



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 28 de Octubre de 2021

Vistos los autos: "A. G., L. I. c/ R. M., G. H. s/ restitución internacional de menores".

Considerando:

1º) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley, revocó la sentencia de cámara y rechazó el pedido de restitución internacional de las niñas A. y N. R. A. a la ciudad de Palafolls, Barcelona, España, con sustento en la oposición de estas a regresar a dicho país (art. 13, penúltimo párrafo, del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores -CH 1980-).

Contra dicho pronunciamiento, la progenitora requirente dedujo el recurso extraordinario federal que fue concedido.

2º) Que las cuestiones vinculadas con la admisibilidad del remedio federal, la configuración del traslado ilícito de las infantes por el progenitor que torna operativo el mecanismo de restitución pretendido y la inexistencia de una situación de grave riesgo que, en los términos del art. 13, inc. b, del CH 1980, constituya una excepción al pedido de retorno, encuentran adecuada respuesta en los fundamentos del dictamen del señor Procurador Fiscal, que esta Corte Suprema comparte, hace suyos y a los que cabe remitir en razón de brevedad.

3°) Que respecto a la oposición de las niñas a regresar a su país de residencia habitual (art. 13, penúltimo párrafo, del CH 1980), excepción que la sentencia recurrida tiene por configurada y que motivó el rechazo de la demanda, este Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que, por la singular finalidad del convenio que rige el asunto, no cabe adherir a una sumisión irrestricta respecto de la opinión que pudiese haber expresado el infante. La posibilidad de negar el regreso fundado en ese supuesto particular solo se abre frente a una voluntad cualificada dirigida al reintegro al país de residencia habitual que no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio genuino e irreductible a regresar (conf. Fallos: 333:604; 334:913; 335:1559; 336:97 y 458; y 339:1742).

Ello así, la configuración de la excepción sustentada en la oposición de los niños exige la existencia de una situación delicada que exceda el natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente. La mera invocación genérica del beneficio del niño, o los perjuicios que pueda aparejarle el cambio de ambiente o de idioma, no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución (conf. Fallos: 318:1269; 328:4511; 333:604 y 2396; 334:1445 y 339:1763).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En esa línea de razonamiento, se ha sostenido que la integración conseguida en el nuevo ambiente -o, en el caso, el mantenimiento de la conexión afectiva y emocional con el círculo de pertenencia existente en la ciudad de Bernal que, según se refiere en la sentencia recurrida, invocan las niñas en apoyo a su postura y al que, según expresan, se sienten vinculadas e integradas- no constituye un motivo autónomo de oposición ni resulta decisivo para excusar el incumplimiento de la obligación internacional asumida, ceñida únicamente a evitar que se concreten sustracciones ilícitas en infracción al derecho de custodia de uno de los progenitores (conf. Fallos: 333:604; 339:1763).

Idéntica conclusión resulta aplicable a la oposición fundada en la preferencia de vivir con uno u otro de los progenitores, desde que -valga recordarlo- no constituye objeto del proceso de restitución examinar lo atinente al cuidado personal de las niñas, que será asunto de análisis por ante la jurisdicción competente del país de residencia habitual.

5°) Que las constancias de la causa dan cuenta de que las niñas fueron adecuadamente oídas durante el proceso de manera directa por los magistrados intervinientes en las diferentes instancias judiciales y también por intermedio de profesionales especializados, sin que de una adecuada ponderación tanto de sus dichos como de las consideraciones efectuadas en las distintas resoluciones e informes emitidos en autos pueda concluirse la existencia de una oposición a retornar

con las características exigidas para configurar la citada excepción del art. 13, penúltimo párrafo del CH 1980 (conf. fs. 143; 145/146; 231; 331 y peritaje psicológico del 16 de octubre de 2019 incorporado digitalmente al expediente).

Aun cuando en las entrevistas las niñas manifestaron su deseo de permanecer viviendo en la localidad de Bernal, Provincia de Buenos Aires, tales declaraciones no tienen entidad suficiente para sustentar la excepción en cuestión. No ponen de manifiesto una resistencia u oposición irreductible a regresar a España fundada en serios motivos que así lo autoricen, sino solo una simple preferencia respecto de continuar residiendo en el lugar en donde expresan se encuentran integradas y sin poder precisar si desearían vivir con su madre a quien, sin embargo, han manifestado querer verla (confr. fs. 143). Tales argumentos, apreciados a la luz de los criterios señalados en este pronunciamiento, no bastan para constituir una objeción a la restitución.

La conclusión señalada no impide que las niñas, al tiempo de resolverse sobre las cuestiones de fondo vinculadas con su custodia y la responsabilidad parental -entre las que se encuentra la determinación del lugar de residencia-, puedan ejercer nuevamente su derecho a ser oídas y reiterar sus manifestaciones por ante quienes tienen a su cargo la resolución de tales aspectos, circunstancia que ha sido destacada por el señor Defensor General adjunto en su dictamen (confr. fs.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

145/146 vta. y peritaje del mes de octubre de 2019 anteriormente citado).

Refuerza la solución propuesta el peritaje elaborado en respuesta a la medida para mejor proveer ordenada por la suprema corte local, según el cual ambas niñas cuentan con los recursos y mecanismos psicológicos necesarios para afrontar una situación de traslado -en caso de ordenarse su retorno-, y la circunstancia destacada por el referido tribunal en punto a que, por su edad, logran distinguir entre las cuestiones relativas a su custodia de las relacionadas con la solicitud de restitución.

6°) Que no obstante lo manifestado, el Tribunal estima conveniente reafirmar que el objetivo del CH 1980 radica en garantizar el regreso del niño no solo inmediato sino también seguro (conf. Fallos: 339:1763 y 344:1757). A tal efecto, el magistrado a cargo del proceso, de acuerdo a las particularidades del caso, determinará la forma, el modo y las condiciones en que deberá llevarse a cabo el retorno, procurando siempre decidir por aquellas que resulten menos lesivas para las niñas.

A tal efecto, podrá evaluar la viabilidad de las medidas sugeridas por el señor Defensor General adjunto ante este Tribunal en el punto VI de su dictamen u otras que propendan a cumplir con la finalidad mencionada y resulten contemplativas de la emergencia sanitaria ("Guía de Herramientas para el Convenio HCCH Sobre Sustracción de Niños de 1980 en

tiempos de COVID-19", publicado en <https://assets.hcch.net/docs/3a0aceaf-a251-4eaa-a42c-4bbc227cd863.pdf>).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal y tomado intervención el señor Defensor General adjunto, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y, en los términos señalados, se hace lugar a la demanda de restitución internacional (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Costas por su orden atento a la naturaleza de la cuestión debatida. Notifíquese. Comuníquese la decisión a la Autoridad Central Argentina y a las Juezas de Enlace de la República Argentina pertenecientes a la Red Internacional para la aplicación del Convenio de La Haya de 1980. Oportunamente devuélvanse las actuaciones.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por HIGHTON Elena Ines

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Recurso extraordinario interpuesto por **la actora L. I. A. G.**, representada por **la Dra. María Laura Lazzara**.

Traslado contestado por **G. H. R. M.**, con el patrocinio letrado de **la Dra. María José Altamirano**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Quilmes y Juzgado de Familia n° 2, ambos de la Provincia de Buenos Aires**.

S u p r e m a C o r t e:

–I–

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en lo que aquí interesa, revocó la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Quilmes, que había hecho lugar al pedido de restitución internacional de las niñas A.R. y N.R. al Reino de España, en los términos del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convención de La Haya) (cfr. sentencia del 30/12/20 obrante en el expediente digital, al que me referiré en lo sucesivo, salvo aclaración en contrario).

El tribunal consideró que de las constancias de la causa se desprendía que no estaban dadas las condiciones para que se llevara a cabo la restitución de las niñas A. y N. al país requirente.

De modo preliminar, apuntó que la sentencia impugnada infringió la Convención sobre los Derechos del Niño, por cuanto entendió que la decisión adoptada no tuvo en consideración el interés superior de las niñas involucradas en el caso. Ello, en la medida en que, a su juicio, se ha soslayado valorar las distintas maneras de desarraigo que han sufrido y afrontado las niñas A. y N. a lo largo de sus vidas.

Asimismo, el superior tribunal consideró relevantes los dichos de las niñas en el marco de la audiencia celebrada ante el juez de origen, en particular, sus manifestaciones en cuanto a que su madre no desconocía que se trasladarían a Argentina, y lo manifestado por la niña N. respecto de que no mantenían ninguna comunicación con ella desde el año 2016. Añadió que de la audiencia que tuvo lugar el 16 de octubre de 2019 ante la Suprema Corte de la provincia, surgía que las niñas no se habían logrado integrar emocionalmente a la comunidad catalana (fs. 331).

Concluyó que, teniendo en cuenta la edad y el grado la madurez de las niñas, las firmes objeciones expresadas por ellas tenían suficiente entidad como para constituir un impedimento para ordenar la restitución al país requirente.

Por otro lado, valoró la circunstancia de que no se hubiera producido prueba que acreditara la renovación de la tarjeta de residencia de la actora en España, como un elemento indicativo de que el traslado a Argentina no se trataba de una mudanza familiar transnacional temporaria. Señaló que a ello se adicionaba la circunstancia de que el traslado de España a Francia (Eurodisney) no requería de una autorización notarial, como alegaba la accionante.

En segundo lugar, juzgó que la restitución pretendida resultaba desaconsejable a la luz del contexto de emergencia sanitaria generada por la pandemia del Covid-19, pues la situación imperante demanda “asegurar el mantenimiento de la situación actual de las niñas”, en aras a la presentación de su derecho a la salud. Agregó que, a su modo de ver, el *a quo* efectuó una aplicación mecánica de las disposiciones de la Convención de La Haya, sin adoptar recaudos previos para garantizar el bienestar de las niñas.

Por lo demás, consideró improcedente el planteo incoado por la actora, relativo a la falta de designación de un abogado del niño, dado que A. y N. fueron escuchadas en todas las instancias, en presencia del Ministerio Público.

–II–

Contra ese pronunciamiento, la actora interpuso recurso extraordinario, que fue contestado y fue concedido.

En primer lugar, y en atención a los fundamentos expuestos en la sentencia del superior tribunal local, la recurrente acredita su condición de residente legal en España con copia del acta del otorgamiento de la residencia.

En segundo lugar, alega que la sentencia viola el interés superior de las niñas en los términos del artículo 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En este sentido, manifiesta que en la sentencia recurrida se valoró como esencial el vencimiento de la residencia legal de su parte en mayo de 2019, lo cual afectó su derecho de defensa en juicio, pues no se le dio la posibilidad de acreditar el otorgamiento de la residencia habitual.

Asimismo, afirma que no fue analizado el planteo presentado vinculado a la interrupción de la comunicación con las niñas. Expresa que en un primer momento se comunicaba con ellas telefónicamente pero que esas llamadas eran monitoreadas y controladas por el padre, por lo que resolvió no exponer a las niñas a discusiones entre los progenitores. Sostiene que el padre obstaculizó el contacto de A. y N. con la abuela materna quien recién pudo verlas en la audiencia celebrada ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Critica la sentencia en cuanto valora como determinante que las niñas están arraigadas en el país, por cuanto la Convención de La Haya en su artículo 12 únicamente habilita la consideración del arraigo cuando las actuaciones para lograr el retorno del niño se hubieran iniciado fuera de término, lo que no aconteció en el caso. Además, resalta que la pericia psicológica del 16 de octubre de 2019 revela la capacidad de las niñas de construcción de nuevos lazos, y que no existe grave riesgo que las exponga a un peligro psíquico.

Por otra parte, entiende que el tribunal no tuvo en cuenta que las expresiones de las niñas respecto a que sentían afecto por su madre pero no “añoranza” -según fue resaltado por la psicóloga Rossi- fueron realizadas con el mismo tono y construcción enunciativa, lo que daba cuenta que su relato fue armado previamente por un adulto. Así también fue advertido por el licenciado Lucas Losa en el informe del 28 de diciembre de 2017, donde opinó que “las niñas, en virtud de lo relatado, habrían quedado identificadas con el discurso paterno”.

Agrega que no obstante lo anterior, lo manifestado por las niñas no tiene virtualidad para rechazar la restitución internacional solicitada, ya que trasunta una mera preferencia por el lugar donde se han acostumbrado a vivir, pero no un rechazo que importe un grave riesgo para las niñas.

En línea con ello, la recurrente entiende que el fundamento de la sentencia vinculado con la pandemia y el peligro del traslado de las niñas en ese contexto, carece de sustento fáctico y legal. En este punto, aduce que esa consideración viola el derecho al debido proceso en tanto no se le dio la oportunidad a su parte de ejercer su defensa al respecto y, además, es arbitraria ya que no se explica por qué las niñas estarían en mayor riesgo de salud en España que en la Argentina y si la preocupación es por el traslado en sí o su estadía en Barcelona.

Por último, y a todo evento, señala que el permiso de viaje fue otorgado al progenitor ya que él afirmó que resultaba necesario y, además, esa formalidad no es claro que no sea necesaria. Al respecto, destaca que la Directiva Oficial de la Unión Europea indica que para que los menores de edad viajen dentro de la Unión Europea con uno solo de los progenitores, pueden necesitar además de su pasaporte o documento de identidad, un documento oficial que autorice el viaje, firmado por los padres, el otro progenitor o las personas que tengan su custodia legal.

–III–

La Defensoría General de la Nación, el 10 de agosto de 2021, opinó que a fin de garantizar el interés superior de las niñas A. y N. corresponde declarar procedente el recurso planteado, revocar el pronunciamiento impugnado, y disponer la orden de restitución de las niñas a España, adecuando la decisión a medidas de regreso seguro: 1) otorgar provisoriamente la guarda de las niñas al padre hasta tanto la cuestión de fondo sea resuelta por el juez competente del

lugar de residencia habitual, 2) comunicar a la Autoridad Central Argentina la decisión que se adopte para que en cumplimiento de las funciones propias, realice las gestiones pertinentes ante su par de España, 3) se exhorte a ambos progenitores a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia, 4) establecer un régimen de comunicación de las niñas con su madre de modo virtual para restablecer el vínculo, y 5) que se arbitren las medidas necesarias para tutelar la salud e integridad psicofísica de las niñas.

–IV–

El recurso extraordinario federal es formalmente admisible por cuanto se encuentra en tela de juicio la interpretación y aplicación de instrumentos internacionales que regulan la restitución transnacional de personas menores de edad y la decisión impugnada es contraria al derecho que la recurrente pretende sustentar en sus cláusulas (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

Por otro lado, las particularidades de la cuestión en debate y la conexión inescindible de algunos aspectos fácticos con la hermenéutica de la materia federal, hacen razonable una revisión integral del problema traído a esta instancia de excepción.

–V–

En autos no se encuentra controvertido que la pareja conformada por L.I.A.G. y G.H.R.M., ambos ciudadanos argentinos -aunque este último cuenta también con ciudadanía española-, se conocieron en la República Argentina en 1992, contrajeron matrimonio en el año 2013 y que fruto de esa relación nacieron sus dos hijas: A.R., el 5 de junio de 2006, en España, y N.R., el 14 de enero de 2010, en Argentina.

Tampoco se debate que la pareja residió en España en dos ocasiones, primero entre los años 2006 y 2009, luego retornaron a este país, hasta abril de 2014, fecha en la que la pareja resolvió establecerse nuevamente en

España, hasta el 30 de julio de 2016, fecha en la cual el padre trasladó a las niñas a la Argentina.

En base a lo expuesto hasta aquí, los litigantes coinciden en que, previo a su traslado a Argentina, la familia y las niñas residían en la ciudad de Palafolls, ubicada en Barcelona, España, y que la responsabilidad parental era compartida.

Finalmente, no está en tela de juicio que L.I.A.G. inició el pedido de restitución antes de cumplirse el año del desplazamiento.

–VI–

Ante todo, cabe señalar que el caso está regido por la Convención de La Haya, aprobada por ley 23.857 y ratificada el 1 de junio de 1991, y, a su vez, que entró en vigor en España el 1 de septiembre de 1987.

Ese instrumento dispone que el mecanismo de reintegro opera siempre que el traslado o la retención de una persona menor de edad sean ilícitos y que ello ocurre cuando esto último se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual, inmediatamente antes de su traslado o retención (art.3, Convención de La Haya).

Luego, el primer interrogante a dilucidar en orden a la pertinencia del procedimiento de restitución, es si el padre contó con una habilitación relevante, para establecer la residencia de A. y N. en el suelo argentino. A propósito de este extremo sustantivo, no se contiene que la progenitora otorgó oportunamente su permiso para la salida de los niños de España, pero ambas partes difieren en torno a la finalidad de esa autorización.

Al respecto, la progenitora relata que la autorización de salida del país otorgada el 19/07/2016 a sus hijas, fue sólo a los efectos de que A. y N. realizaran con su padre un viaje a Francia, para conocer Eurodisney. Indicó

que la intención inicial era que este fuera un viaje de toda la familia, pero que debido a conflictos de pareja y, en particular, un suceso de violencia, la actora se negó a acompañarlos, sin perjuicio de lo cual otorgó la autorización notarial pertinente para que sus hijas pudieran concretar el viaje con su padre. Enfatiza que dicha autorización no tuvo en miras una relocalización de las niñas. Finalmente, refiere que G.H.R.M. egresó de España por vía terrestre el 26 de julio de 2016 y que con fecha 30 de julio de ese mismo año el demandado se comunicó telefónicamente con la actora haciéndole saber que las niñas se encontraban en Argentina y que no pretendía regresar. Ello motivó el pedido de restitución de las niñas en estudio dentro del plazo legal.

El progenitor, en cambio, aduce que en España se produjo la ruptura de la relación, y que la decisión de restablecerse en Argentina con las niñas se trató de una decisión acordada por ambas partes de la pareja, ya que allí residía la familia de ambos.

En este marco fáctico, corresponde agregar que es jurisprudencia de la Corte Suprema que la anuencia al traslado a la Argentina para que constituya el destino para que la familia viva en forma permanente, con la modificación de la residencia habitual, debe ser concluyente y la prueba debe superar el plano de una simple posibilidad, suscitando un nivel de certidumbre sobre la voluntad del solicitante de la restitución, sin que baste un panorama de ambigüedad (Fallos: 341:1136, “G.A.,D.I.”).

Entonces, si bien la salida de España contó con la autorización materna, lo cierto es que, por un lado, no fue rebatido que tanto el padre como las niñas se fueron de Barcelona rumbo a Francia en auto, como así tampoco que no llevaron sus pertenencias. Es más, las niñas en el acta obrante a fojas 143 manifestaron que sus juguetes, ropa y su computadora estaban en

España, lo cual da cuenta de que el traslado de la residencia no era una decisión conjunta de los progenitores.

Por otro lado, aun admitiendo la existencia de una autorización para realizar el viaje a la Argentina, la permanencia de las niñas allí no puede considerarse consentida por la madre, valorando que de forma inmediata hizo la denuncia e inició la restitución internacional de las niñas. En relación con ello, la accionante acompañó con su escrito inicial la certificación prevista en el artículo 15 de la Convención de La Haya expedida por el Juzgado de Instrucción 6 de Arenys de Mar de Barcelona, que acredita la ilicitud del traslado de las niñas, para lo cual tuvo en consideración: que la potestad parental la ostentaban ambos progenitores, que las niñas se encontraban plenamente adaptadas al entorno social, educativo y sanitario de España (desde su arribo a ese país residían en el mismo domicilio y estaban escolarizadas), y que la autorización era para un simple viaje lo que implícitamente conducía a que debían retornar al territorio español.

Así las cosas, al descartarse la existencia de una autorización para trasladar la residencia de las niñas a la Argentina, considero que ha quedado verificada la ilicitud a la que la Convención de La Haya supedita la operatividad del dispositivo de restitución.

En tales condiciones, corresponde examinar si se configuran las excepciones convencionales que fueron invocadas por la sentencia recurrida, consistentes en la situación de grave riesgo en que se colocaría a las niñas de concretarse el reintegro, y en la existencia de una oposición de las niñas a regresar a España.

Al respecto, en lo que aquí interesa, el artículo 13, de la Convención de La Haya establece que “[l]a autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra

que... b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable” y agregar que la autoridad judicial “podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones”.

La Convención de La Haya determina como regla la inmediata restitución de la persona menor de edad al país de su residencia habitual, motivo por el cual las excepciones a dicha obligación son de carácter taxativo y deben ser interpretadas de manera restrictiva a fin de no desvirtuar la finalidad del convenio (Fallos: 339:1763 cit.).

En ese contexto, la excepción prevista en el artículo 13, inciso b, como ha interpretado esa Corte Suprema, sólo procede cuando el traslado le irrogaría a las personas menores de edad un grado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente deriva de un cambio de lugar de residencia o de la ruptura de la convivencia con uno de los padres (Fallos: 318:1269, “Wilner”; 328:4511, “S.A.G.”).

La Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Parte VI Artículo 13(1) (b), realizada en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado celebrada en el año 2020, establece pautas interpretativas para la excepción prevista en el artículo 13, inciso b, de la Convención de La Haya (<https://assets.hcch.net/docs/6de308cc-a588-4154-acc0-bf8c15c51b12.pdf>). Este instrumento contiene reglas de *soft law* (cf. punto 8) de carácter orientativo y consultivo, respecto del umbral de gravedad requerido para la procedencia de la excepción.

En este sentido, señala que el riesgo debe ser real y alcanzar cierto “grado de seriedad” para ser calificado de “grave”, y debe representar una “situación intolerable”, esto es, una situación que no se debería esperar que un niño tolere (punto 34).

Examinadas las circunstancias del caso desde la perspectiva rigurosa que imponen los criterios interpretativos enunciados, en mi opinión asiste razón a la recurrente en este punto.

En efecto, en primer lugar, la integración de las niñas al nuevo ambiente no resulta razón suficiente para rechazar la restitución, cuando en el caso no se presenta la particular situación prevista en el artículo 12, segundo párrafo de la Convención de La Haya, ya que la restitución internacional fue solicitada por su madre en término. En relación con ello, la Corte Suprema ha establecido que la integración conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento de aquél, aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo. En esta línea, el Tribunal ha señalado en forma reiterada que 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 (Fallos: 333:604, “B., S.M.”; 336:97, “H.C., A.”; 339:1763, “G. L.”).

Al margen de que el demandado no ha invocado argumentos de entidad que resulten suficientes para apartarse de dicha regla, no puede ser desconocido para ninguna de las partes ni para quienes tienen el deber de resolver el conflicto, que la permanencia de las niñas en el Estado requerido ha sido consecuencia de la demora que insumió la tramitación del pleito -a la fecha, más de 5 años-, en el que no se han respetado los plazos establecidos tanto en la Convención de La Haya (art. 11, 6 semanas) como en el Protocolo de Actuación

para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, afectando gravemente los derechos de las niñas.

En este punto, es necesario destacar que en la causa tanto en primera como en segunda instancia se hizo lugar a la restitución internacional que no logró ejecutarse en tanto el demandado interpuso recurso extraordinario local ante el superior tribunal. En función de todo ello, no cabe admitir que el paso del tiempo, en el caso, pueda dar lugar a la configuración de la excepción pretendida, pues de lo contrario la finalidad del CH 1980 se frustraría por la propia conducta de quien sustrajo o retuvo ilícitamente a las niñas (Fallos: 337:1763, “G., L.”).

En segundo lugar, y en orden a analizar la existencia de un grave riesgo para las niñas que torne improcedente la restitución internacional en los términos del artículo 13, inciso b, de la Convención de La Haya mencionado, es necesario hacer referencia a la pericia psicológica efectuada en autos y a la audiencia convocada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (fs. 145/146, audiencia del 16 de octubre de 2019 según fs. 331). En ambos informes periciales, tal como también destaca el dictamen de la Defensoría General de la Nación, se despejó la existencia de riesgo y se resaltó que ambas niñas -de 15 y 11 años- cuentan con los recursos y mecanismos psicológicos para afrontar su regreso a España.

Tampoco fueron invocados por el progenitor situaciones o hechos que permitan concluir que el retorno a España implique exponer a las niñas a un riesgo grave. Cabe aquí recordar que en el presente procedimiento no se juzga sobre la modalidad de cuidado personal de las niñas, ni sobre el derecho y deber de comunicación con ellas, lo cual será objeto de análisis ante la jurisdicción competente.

En relación a la existencia de riesgo grave, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en su sentencia de diciembre de 2020,

para rechazar la restitución se refirió a la emergencia sanitaria generada por el Covid-19, sin analizar el avance de la pandemia en cada uno de los países, y el riesgo particular para las niñas dada su condición y edad.

El punto 62 de la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Parte VI Artículo 13(1) (b) señala que cuando lo que se encuentra en peligro es la salud del niño, el juez debe centrar el análisis en la disponibilidad del tratamiento en el Estado de residencia habitual, y no en una comparación entre la calidad de atención de cada Estado. Es decir, que el grave riesgo exigido para que concurra la excepción (art. 13, inc. b, Convención de La Haya) solo se produce en aquellos casos donde un tratamiento es o sería necesario con urgencia y no se encuentra disponible o del todo accesible en el Estado de residencia habitual. En el caso de autos, al momento de este dictamen se encuentran autorizados los viajes a España, por lo que no habría imposibilidad material de realizar el traslado, y el acceso a las vacunas y el nivel de vacunación en el Estado requirente no se discute en esta instancia.

Más allá de lo expresado, dada la cambiante evolución de la pandemia en cada uno de esos países, esas consideraciones deben ser efectuadas al momento de la ejecución de la restitución mediante la adopción de medidas adecuadas tendientes al resguardo psicofísico de las niñas.

Por lo demás, y en atención a que el superior tribunal local en la sentencia recurrida valoró como circunstancia determinante para rechazar la restitución solicitada, que la actora tenía una tarjeta de residencia que vencía en mayo del 2019, es preciso señalar que fue acreditada la obtención de la tarjeta de residencia vigente en España al momento de presentar el recurso extraordinario, por lo que deviene inconducente el análisis de tal fundamento. En efecto, las sentencias de la Corte Suprema deben ajustarse a las condiciones existentes al

momento en que se dictan, incluso si estas son sobrevinientes al recurso extraordinario (Fallos: 344:1360, “Tabes S.A.”).

Despejados tales aspectos, no advierto configurada en el caso de autos la excepción prevista en el artículo 13, inciso b, de la Convención de La Haya.

Ahora bien, en la audiencia celebrada ante el superior tribunal local, según surge de la sentencia recurrida, las niñas manifestaron oponerse “fuertemente” a su regreso a España, “por un profundo deseo de continuar su vida en un entorno muy específico, pues ambas dejan enérgicamente ver que sus dos años de estadía en España no lograron alterar su propia conexión afectiva y emocional con su círculo de pertenencia existente en la ciudad de Bernal, al cual siempre se han sentido y mantenido vinculadas e integradas” (v. consideración del magistrado Pettigiani). En la sentencia se agrega que tanto A. como N. logran distinguir entre las cuestiones relativas a su custodia de las relacionadas con la solicitud de restitución.

En relación con ello, cabe precisar que la excepción prevista en el artículo 13, cuarto párrafo, de la Convención de La Haya en cuanto se refiere a la opinión de los niños, sólo procede frente a una verdadera oposición, entendida como un repudio genuino, coherente e irreductible a regresar, y no como una mera preferencia o negativa (Fallos: 339:1742, “B.D.C., G.E.”).

Bajo tales premisas, y en tanto no consta agregada a la causa acta o registro que dé cuenta de las manifestaciones concretas de las niñas en la audiencia celebrada ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires el 16 de octubre de 2019, no es posible determinar la existencia de una verdadera oposición en los términos requeridos por la Convención para la procedencia de la excepción. En tales condiciones, y teniendo en cuenta la carencia apuntada, de estimarlo pertinente esa Corte Suprema, podría convocarse a las

niñas A. y N. a efectos de que sean oídas (art. 12, Convención sobre los Derechos del Niño) en su caso con la intervención de la Defensoría General de la Nación y de esta Procuración General.

–VII–

Finalmente, considero oportuno reiterar que en el presente procedimiento no se juzga sobre la modalidad del cuidado personal de las niñas, ni sobre el derecho y deber de comunicación con ellas.

Además, estimo prudente destacar la preocupación puesta de manifiesto en casos anteriores, haciendo extensiva la recomendación que ambos progenitores recurran a la asistencia profesional en el área de la salud, sostengan a sus hijas con el mayor de los equilibrios y la responsabilidad que requiere la delicada situación en la que están inmersas.

–VIII–

En esos términos, téngase por contestada la vista concedida.

Buenos Aires, 2 de septiembre de 2021.

**ABRAMOVICH
COSARIN
Victor Ernesto**

Firmado digitalmente por
ABRAMOVICH COSARIN Victor
Ernesto
Nombre de reconocimiento (DN):
serialNumber=CUIL 20165543387,
c=AR, cn=ABRAMOVICH COSARIN
Victor Ernesto
Fecha: 2021.09.02 12:43:51 -03'00'