

## **A C U E R D O**

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, de conformidad con lo establecido en el art. 4 del Acuerdo n° 3971, procede al dictado de la sentencia definitiva en la causa C. 123.322, "A. G., L. I. contra R. M., G. H. Restitución de menores", con arreglo al siguiente orden de votación (Ac. 2078): doctores **Torres, Pettigiani, Genoud, Kogan, de Lázari**.

## **A N T E C E D E N T E S**

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo civil y Comercial del Departamento Judicial de Quilmes confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la restitución internacional promovida por la progenitora de las niñas A. y N. R. A. G. a la ciudad de Palafolls, Barcelona, España (v. fs. 232/241).

Se interpuso, por el progenitor de las niñas citadas, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 277/291 vta.).

Oído el señor Procurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

## **C U E S T I Ó N**

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

## **V O T A C I Ó N**

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Torres dijo:**

I. Se inician las actuaciones con la demanda promovida por las doctoras Guadalupe del Pilar Guerrero y María Laura Lazzara en representación de la señora L. I. A. G. solicitando la restitución internacional de las hijas de su representada a su residencia habitual en la localidad de Palafolls, Barcelona, España, en los términos de lo establecido en la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores del 25 de octubre de 1980, aprobada por ley 23.857 (v. fs. 41/48).

En el escrito de demanda relatan que la señora A. G. y el señor R. mantuvieron una larga relación de pareja y que, habiéndose conocido en Argentina, decidieron mudarse a España para continuar su vida, primero temporalmente y luego de manera permanente (v. fs. 41 vta.).

Exponen que, durante la primera estadía de las partes en España, el día 5 de junio de 2006 nació A. y luego, ya de regreso en Argentina, el día 14 de enero de 2010 nació la segunda hija de la pareja, N. (v. fs. 41 vta.).

Transcurridos algunos años en Argentina, los cónyuges decidieron retornar a España, asentándose en Barcelona (v. fs. 41 vta.).

Siguiendo lo manifestado en el escrito postulatorio la relación de pareja fue siempre problemática (v. fs. 41 vta. y 42) y, en el último intento de recomponer la relación después de un período de agresividad de género, las partes acordaron realizar un viaje familiar a Eurodisney. Sin embargo, antes de que dicho paseo pudiera concretarse, se produjo un nuevo suceso de violencia. Finalmente la actora se negó a realizar el viaje aduciendo motivos laborales (v. fs. 42).

En ese contexto, señalan que debido a que las niñas estaban ilusionadas con visitar Eurodisney la señora A. G. accedió a efectivizar una autorización notarial para que pudieran salir del país (v. fs. 42).

Según los dichos de la actora, el día 30 de julio de 2016 -mientras esperaba el retorno de las niñas-, el demandado le comunicó telefónicamente que se encontraban en Argentina y que no pretendía regresar (v. fs. 42 y vta.).

Con la demanda se acompañó -entre otros documentos- copia de la certificación del art. 15 del Convenio de La Haya, expedida por el Juzgado de Instrucción 6 de Arenys de Mar en fecha 18 de abril de 2017, acreditativa de que el traslado de las niñas a la Argentina fue ilícito en los términos del art. 3 del referido Convenio (v. fs. 31/34).

Corrido el traslado de la acción, el demandado contestó a fs. 134/142.

Allí relató que las partes se conocieron en el año 1992 y contrajeron matrimonio en el año 2013, que ambos son argentinos y que el accionado cuenta con la ciudadanía española.

Que en el año 2006 fueron a España donde nació la mayor de las niñas, A., y que allí permanecieron hasta el año 2009, tiempo en el cual retornaron a la Argentina.

Que estuvieron en Argentina hasta el año 2014, período durante el cual nació N. y la mayor de las niñas cursó su nivel inicial primario, desde primer hasta tercer grado, en el Instituto Benito González, mientras que la menor asistió al nivel inicial, puesto que en abril de 2014 la pareja decidió establecerse nuevamente en España.

Que durante ese lapso de tiempo (2009 a 2014) las niñas, sobre todo A., forjaron relaciones de amistad con sus compañeros de clase.

Que en abril de 2014 viajaron nuevamente a España, oportunidad en la cual la actora, por ser cónyuge de ciudadano español, obtuvo la tarjeta de residencia por cinco años.

Que la relación llegó a su fin y de común acuerdo decidieron que el demandado regresara con las niñas para establecerse nuevamente en Argentina, donde reside toda la familia, tanto de la actora como del demandado.

Aduce que es falso que la peticionante le haya otorgado autorización para viajar a Francia y visitar Eurodisney, toda vez que tal autorización no es necesaria, sino que la misma estaba destinada a permitirle al accionado trasladarse a la Argentina tal como habían convenido con la señora A.

Narró que luego de visitar Eurodisney con las niñas, desde Francia volaron hacia la República Argentina, lo que era conocido por la actora desde un primer momento.

II. El Juzgado de Familia n° 2 de la localidad de Quilmes hizo lugar a la restitución internacional de las niñas, ordenando el libramiento de la documentación pertinente (v. fs. 168/172 vta.).

III. Apelado dicho fallo por el accionado, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Quilmes lo confirmó (v. fs. 232/241).

IV. Contra el pronunciamiento de la Cámara el señor R. deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley denunciando la violación de los arts. 16, 18 y 75 incs. 22 y 23 de la Constitución nacional; 1, 8, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 11 y 15 de la Constitución provincial; 3, 9 inc. 3 y 12 apartados 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Observación General n° 12 y n° 14 del Comité de Derechos del Niño; Opinión Consultiva n° 17 de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; arts. 13 del Convenio de La Haya; 25, 26, 638, 639, 646, 647, 706, 707 del Código Civil y Comercial; 1, 2, 3, 27 y 29 de la ley 26.061 y 27 del decreto 415/06; de la ley 14.568 y su decreto 62/15; de las Reglas de Brasilia y Carta de Cancún (v. fs. 277/291 vta.).

Sostiene que la resolución de la Cámara es contraria a los arts. 18 de la Constitución nacional y 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y además que resulta arbitraria por no aplicar la ley vigente 26.061, en atención a que la escucha de niños niñas y adolescentes se realice con asistencia letrada de un abogado del niño especializado, que es la garantía del debido proceso y defensa en juicio.

Asimismo, denuncia absurdo en la valoración de la prueba destinada a determinar la residencia habitual y en consecuencia el carácter ilícito del traslado.

Aduce que existe un peligro psíquico que obstaría al pedido de reintegro internacional, sumado a que si tuviesen que hablar el catalán sufrirían un desarraigo irreparable, toda vez que las niñas tienen su centro de vida en Bernal -partido de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, República Argentina- y la decisión afecta su superior interés.

Afirma que mal podría ser Barcelona el centro de vida de las niñas cuando pasaron más años viviendo en la Argentina, sumado a que a la progenitora se le vencía su permiso de residencia en mayo de 2019 y que no tiene la ciudadanía española y que ha quedado demostrada la integración de A. y N. al ambiente en Bernal, que es el lugar donde han pasado más tiempo y donde están sus abuelos, tíos, primos, amigos y sus colegios.

Concluye en que A. y N. han hecho operativa la excepción prevista en el art. 13 de la Convención de La Haya por lo que, ya sea por la vía de la nulidad de las resoluciones dictadas sin participación de las niñas o por la excepción aludida, corresponde suspender la ejecución de la sentencia dictada en autos.

V. El recurso debe prosperar.

V.1. Le asiste razón al recurrente cuando afirma que la sentencia impugnada infringe la Convención sobre los Derechos del Niño (v. fs. 278 vta., 282) según la cual "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos,

una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3.1, CDN).

Arribo a tal conclusión tras considerar que a la hora de dictar resolución en este caso concreto, es esencial analizar las circunstancias existentes y vigentes en torno a las niñas A. y N., en tanto que tal como lo ha sostenido la Corte nacional "el interés superior de los menores (art. 3º, ap. 1º, de la referida Convención) constituye una pauta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales en el juzgamiento de las causas en las que se ven involucrados intereses de aquellos" (CSJN, 15-XI-2005, "L. F. c/V. L.", Fallos: 328:4013, con cita de Fallos: 322:2701 ; 324:122) resaltando que "cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional" (CSJN, 26-IX-2012, "M. d. S., R. y otra s/ordinario s/nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos", M.73.XLVII.RHE, Fallos: 335:1838, cons. 16, con cita de Fallos: 324:122 y 327:2413 y 5210).

Tendré así en cuenta primordialmente a la hora de resolver que "los jueces deben pesar las consecuencias futuras de sus decisiones, sobre todo cuando los destinatarios son los niños" (CSJN, 29-IV-2008, "M. D. H. c/M. B. M. F.", Fallos: 331:941, con cita de 'A. F.' de 13-III-2007 y Fallos: 312-371, cons. 61 y 71).

En efecto, se advierte de las constancias obrantes en autos que no están dadas las condiciones para que se pueda llevar a cabo la restitución al país requirente de las niñas A. y N., quienes han vivido, sufrido y afrontado distintas maneras de desarraigo.

En la contestación de la demanda incoada, el progenitor de las niñas manifestó que la señora A. G. había obtenido la tarjeta de residencia en España por cinco años y que la misma vencía en mayo de 2019 (v. fs. 136), no habiendo la actora acompañado constancia alguna que permita asegurar que la hubiese renovado o arbitrado algún mecanismo tendiente a brindar seguridad en torno a la condiciones en que pasarían a residir las niñas en aquel país mientras se dirime el fondo de las cuestiones relativas a la guarda o custodia de aquellas. Teniendo en cuenta que la pareja ya había residido temporalmente en España y regresado a la Argentina, el hecho de que el permiso de residencia tuviera un plazo permitiría colegir que la residencia en España era transitoria. Máxime si a ello se le suma la autorización notarial para salir del país otorgada el 19 de julio de 2016, innecesaria para ir a Eurodisney (v. fs. 92/96), y los dichos de las niñas en el marco de la audiencia celebrada ante el juez de origen donde, en presencia de la Asesora de Incapaces, expresaron: "que vinieron al Juzgado porque su mamá mandó un 'papel' de España diciendo que no sabía que venían a la Argentina y desconocía el lugar donde estaban viviendo. Que eso no es verdad, que ella sabía que venían a este país" (fs. 143).

Y en este discurrir y con la mirada puesta, como ya se puntualizó, en el interés superior de las niñas, también se observa la ruptura que habrían tenido en la comunicación con la madre. En este orden de ideas, se lee en el acta de la audiencia celebrada en el juzgado que las pequeñas manifestaron "Que cuando llegaron a Argentina, durante los primeros meses se comunicaban telefónicamente con la mamá, que ahora no lo hacen [...] Que N. habló por última vez con su mamá en 2016" (fs. 143 y vta.).

El mismo eje puede verse reflejado en la pericia psicológica realizada en esta sede por la licenciada Elisa Rossi cuando, con relación a A., refirió que "Su grupo familiar conviviente en la actualidad se encuentra conformado por su padre, abuela paterna y su hermana. Expresa afecto y afinidad con el progenitor e idealización por el mismo. Con relación a la progenitora expresa afecto, aclarando que no sentía añoranza por la misma, quien se encuentra viviendo en España. Revela algunos recuerdos provistos de cuidado y afecto en la cotidianeidad de su hogar, en los años compartidos con la progenitora".

Con respecto a la evaluación de la niña N. informó que "Pertenece al mismo grupo familiar que su hermana, conformado por su padre, su abuela paterna y A. Manifiesta una relación de apego con su padre. Expresa afecto por la progenitora, aclarando a la vez que no siente añoranza, frase que repetirá de manera recurrente, en distintos momentos de la entrevista, con el mismo tono y construcción enunciativa que A." (v. escrito electrónico de fecha 23 de octubre de 2019).

Asimismo, los deseos y convicciones de las niñas manifestados en la audiencia celebrada en este Tribunal se verían conculcados si se dispone su restitución al país requirente (art. 13, CH1980).

Como ha resaltado la Corte nacional "la consideración del interés de los menores de edad debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a esta Corte Suprema (Fallos: 318:1269, especialmente considerando 10), a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75 inc. 22, Ley Fundamental). El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto (conf. doctrina de Fallos: 328:2870; 331:2047)", Corte Suprema de Justicia de la Nación, "S., M. A. s/ art. 19 de la CIDN", 27-XI-2018, La Ley 31-I-2019, 31-I-2019, 3 - DFyP 2019 (junio, 51 Cita Online: AR/JUR/63273/2018).

V.2. De igual modo debo destacar -como otra consideración que sustenta la negativa a la restitución- la relativa a la emergencia sanitaria generada por la pandemia del COVID-19, que ha tornado necesaria la adopción de múltiples medidas de emergencia pública por parte de los Estados, situación inesperada e imprevisible que torna imprescindible poner bajo resguardo la salud de las niñas en atención a su interés superior.

La propia Convención sobre los Derechos del Niño tiende a que el niño no sea separado de sus padres, pero establece una salvedad cuando tal separación es mejor para él, por ejemplo cuando puede estar involucrada su salud (arts. 9 y 24, CDN).

Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "...en los procesos en los que se debate la custodia de un niño, el derecho a la salud -reconocido como atributo inherente a la dignidad humana y, por ende, inviolable-, interpela directamente a los jueces, como una manda de jerarquía superior, que reclama la búsqueda de los medios más idóneos para su consagración efectiva..." (del dictamen de la Procuración General al que remitió

la Corte Suprema en autos "M.D.H. c/ M.B.M.F. s/TENENCIA DE HIJOS; M. 2311. XLII. RHE 29/04/2008", Fallos: 331:941).

No paso por alto la circunstancia de que en el supuesto de autos este no es el proceso de fondo en el que se debate el derecho de cuidado personal de las niñas, mas a mi juicio ello no representa un obstáculo para considerar que, en aras a la preservación de un valor superior como es el derecho a la salud, en el presente caso se deba asegurar el mantenimiento de la situación actual de las mismas.

En el precedente citado, el más Alto Tribunal de la Nación ha sostenido también que "Al tratarse de la vida de una persona menor, la utilización ciega de la letra de la ley, huérfana de otra compañía que avale la prudencia de la decisión, en función de lo más conveniente para ese pequeño en particular, tiñe la actuación jurisdiccional de arbitrariedad, pues es claro que los textos positivos deben contrastarse con los antecedentes de hecho, máxime en asuntos en los que el interés del niño -de rango superior- opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre los preceptos cuya implementación se revele contraria a los derechos de aquél" (del dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema en autos "M.D.H. c/ M.B.M.F. s/TENENCIA DE HIJOS; M. 2311. XLII. RHE 29-IV-2008", Fallos: 331:941).

Tal lo que ha acontecido en esta causa en donde, a mi modo de ver, se ha efectuado una aplicación mecánica de las disposiciones de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, prescindiendo de arbitrar recaudos previos para garantizar el bienestar de las niñas.

Empero, resulta improcedente el agravio relativo a la falta de designación de un abogado del niño, dado que A. y N. han sido escuchadas en todas las instancias en presencia del Ministerio Público (v. fs. 143 y vta., 231 y 331).

Por ello, ponderando la totalidad de las constancias de la causa y habiendo oído a las niñas en el marco de la audiencia llevada a cabo en este Tribunal (arts. 12, CDN y 707, Cód. Civ. y Com.), cuya acta obra a fs. 331, estimo que la solución que propicio es la que mejor resguarda el interés superior de A. y N. R. A. (arts. 3.1, CDN y 706, Cód. Civ. y Com.).

VI. Por lo expuesto, oído el señor Procurador General, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario deducido, revocar la sentencia impugnada y rechazar la demanda interpuesta, con costas por su orden dada la índole de las cuestiones planteadas (arts. 68 segundo párr. y 289, CPCC).

Voto por la **afirmativa**.

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:**

Concuero con la solución propuesta por el estimado colega preopinante.

I. Primeramente, corresponde abordar los embates del recurrente contra la configuración -en el presente caso- de un supuesto de sustracción internacional de menores. Concretamente, sus objeciones contra la fijación, por parte del magistrado de origen -y su ratificación por el Tribunal de Alzada- de la última residencia habitual lícita de las menores en la ciudad de Palafolls, Barcelona, Reino de España.

Ello pues la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (CH1980) solo impone la obligación de restituir a los menores en aquellos casos en que se haya llevado a cabo un traslado o retención que deba ser considerado ilícito. Se hace referencia así a dos situaciones distintas: a) al traslado, que deviene en ilícito desde el mismo momento en que el menor es retirado de su residencia habitual en violación a un derecho de custodia efectivamente ejercido en dicho lugar, y b) la retención, que puede ser consecuencia de un traslado legalmente realizado pero que deviene en ilícito ante la negativa de restituir al menor a su centro de vida (conf. arts. 3 y 5).

Luego, la ilegalidad del traslado o retención, que constituye un requisito esencial para la admisibilidad de toda solicitud de restitución se yergue como un elemento jurídico, no fáctico (conf. CNCiv., Sala I, *in re* "S., Z.A.A. c. A., D.D.", sent. de 14-IX-1995; e.o.), cuya apreciación necesariamente depende de las definiciones que se adopten acerca de dónde se hallaba la "residencia habitual del menor" antes de la vía de hecho reputada ilícita y quién ejercía en dicho lugar el "derecho de custodia" que se alega infringido por el accionar del sustractor.

Aquí, los cuestionamientos del recurrente se apuntocan en el primer elemento. Insiste en que la residencia habitual de las niñas al año 2016 debía ubicarse en la República Argentina y no en España, considerando que había sido en este país donde habían transcurrido la mayor parte de sus vidas. Para ello, reitera que si bien la pareja se había trasladado a España en el año 2006 (donde naciera A., el 5 de junio), habían regresado definitivamente al país en 2009 (naciendo N. el 14 de enero de 2010). Y si bien en abril de 2014 la familia completa se había vuelto a trasladar a España, ello había sido solo temporariamente (hasta julio de 2016, v. fs. 289 vta. y 290).

Ahora bien, en el referido instrumento internacional, el término "residencia habitual" es utilizado como punto de conexión para determinar el derecho que resuelve si se ha infringido la custodia, presupuesto que resulta necesario para configurar la ilicitud del traslado o retención. Sin embargo, la convención se ha abstenido de definir lo que debe entenderse por residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención.

Se ha sostenido -entonces- que para asignarle significado a dicho término convencional el juez requerido debe primeramente acudir a las definiciones o calificaciones de su *lex fori* (conf. Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Cuarta edición actualizada, T. I, pág. 480 y sigs., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000; e.o.).

En este sentido, considerando que la sustracción de las niñas habría tenido lugar el último día del mes de julio de 2016, en ocasión de trasladarse a este país directamente desde Eurodisney junto con su padre, absteniéndose de regresar a España, el Código Civil y Comercial -aplicable al caso, en tanto vigente al momento del hecho reputado ilícito, conforme doctrina art. 7- establece que toda persona humana posee su residencia habitual en el Estado en el que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado (conf. art. 2.613).

Mediante esta redacción se acepta que la residencia habitual se presenta como una noción de hecho que, diferenciándose de los conceptos jurídicos de domicilio, simple residencia o habitación, conforma un término sociológico flexible que tiene en cuenta el lugar donde

-en este caso- el menor posee efectivamente su centro de gravedad, su ubicación en el espacio como una situación de hecho que supone un apreciable grado de estabilidad y proyección de permanencia (conf. CSJN, *in re* "W. c/ O.", Fallos: 318:1269; e.o.). Así, la residencia habitual del menor comulga con su centro de vida, ejerciendo -ambos conceptos- una suerte de mutua retroalimentación semántica, tal como lo disponen la ley 20.061 y su decreto reglamentario 415/06.

De este modo, la residencia habitual del menor no puede reflejar un significado exclusivamente cuantitativo (v.gr. respecto del lugar en donde el menor haya vivido por más tiempo durante su corta vida, tal como propone el recurrente), sino que el concepto se expande e implica la definición del sitio en el que debe ser ubicado, de conformidad con la intención de quienes ejercen su custodia en términos convencionales, el centro de la presencia del menor, para lo cual también debe atenderse a su entorno familiar y social, sus afectos, su posible asentamiento e integración en el determinado medio, con cierto grado de estabilidad y proyección de permanencia, debiendo ponderarse todos los elementos con el debido criterio de actualidad.

Para más, en esta especial temática y aceptándose que un menor solo puede tener un único lugar de residencia habitual (conf. "SS-C c GC, Cour Supérieure [Montréal]" [2003], INCADAT HC/E/CA 916; e.o; en <http://www.incadat.com>), la comunidad internacional se halla conteste en que una mudanza familiar transnacional temporaria, que posea un término cierto o determinable de finalización, aunque sea por un período extenso, permite sostener que la residencia habitual existente en el primer Estado puede conservarse a lo largo de aquella (conf. "Ø.L.K." [2002], INCADAT HC/E/DK 520; "Re H. [Abduction: Habitual Residence: Consent]" [2000], INCADAT HC/E/UK 478; e.o.). Mientras que si se produce una mudanza definitiva o carente de término de finalización la residencia habitual al momento de la mudanza puede perderse y una nueva adquirirse con relativa celeridad (conf. "Re F. [A Minor] [Child Abduction]" [1992], INCADAT HC/E/UK 40; "Callaghan v. Thomas" [2001], INCADAT HC/E/NZ 413; "Moran v. Moran" [1997], INCADAT HC/E/UK 74; "DeHaan v. Gracia" [2004], INCADAT HC/E/CA 576; "Karkkainen v. Kovalchuk", [2006], INCADAT HC/E/USF 879; e.o.).

Fue en este marco que, auscultando la concreta residencia habitual de las niñas con anterioridad al traslado o retención objetados, la Cámara entendió que debía reputársela ubicada en España hacia fines de julio de 2016, pues ello surgía no solamente del propio relato del emplazado, sino -asimismo- de la documental remitida por la autoridad central requirente y acompañada con el libelo inaugural (v.gr. certificación del Ayuntamiento de Palafolls acreditando el domicilio permanente de todos los miembros del grupo familiar, las tarjetas de seguro de salud de las menores en España y la certificación de la escuela a la que asistían las niñas, habiendo cursado allí en 2014/2015, 2015/2016 y encontrándose matriculadas para el año 2016/2017, conf. fs. 21/22, 23/24 y 25), extremos que permitían apreciar que hacia julio de 2016 no se encontraba previsto volver a modificar dicha residencia familiar en España (v. fs. 235).

A ello agregó -el tribunal *a quo*- que la mera circunstancia de que la progenitora hubiera otorgado un poder a favor de su pareja para que esta pudiera trasladarse con sus hijas fuera de España, sin otra precisión al respecto, no podía constituir suficiente evidencia del consentimiento materno sobre el cambio de residencia habitual de sus hijas, aun cuando el mismo fuera innecesario para el viaje a Eurodisney, pues dada su particular trascendencia en estos casos, dicho consentimiento del cotitular del derecho de custodia



debía resultar inequívoco y dirigido necesariamente al traslado definitivo de la residencia habitual de las menores (v. fs. 235 vta.).

Frente a esta forma de resolver, los embates del impugnante se desentienden de toda crítica, limitándose a exteriorizar una simple opinión discrepante respecto de lo decidido, exponiendo consideraciones fundadas tan solo en su propio criterio personal, con afirmaciones meramente dogmáticas que importan la indebida pretensión de sustituir la opinión de los sentenciantes y no alcanzan a acreditar el error grave, palmario y fundamental en la valoración de las constancias derivadas de la causa, configurativo de absurdo invocado y susceptible de invalidar el pronunciamiento (doctr. art. 279, CPCC; conf. causas C. 104.940, "Yañez", sent. de 21-XII-2011; C. 113.680, "Acosta", sent. de 30-X-2013; C. 117.910, "Agrati", sent. de 16-III-2016; C. 121.688, "Daix", sent. de 6-XI-2019; e.o.).

Y sabido es que quien denuncia absurdo anticipa una premisa que luego debe demostrar (conf. causas C. 122.628, "Benítez", sent. de 6-XI-2019; C. 119.373, "Foricher", sent. de 2-III-2016; e.o.), por lo que el incumplimiento de esta exigencia provoca la insuficiencia del medio de impugnación intentado (conf. causas C. 116.421, "Echarri", resol. de 9-XI-2011; C. 111.236, "Barreto", sent. de 9-X-2013; C. 100.855, "Zweifel", sent. de 12-III-2014; C. 119.460, "Eytec S.A.", sent. de 30-III-2016; e.o.), tal como se verifica en esta parcela del recurso (conf. art. 279, CPCC).

II. Ahora bien, definida la cuestión sobre la configuración de un supuesto de sustracción internacional de menores, corresponde considerar los agravios del impugnante contra el rechazo -por parte del Tribunal de Alzada- de la verificación en el presente caso de una de las circunstancias excepcionales que permiten a las autoridades judiciales del Estado requerido denegar la solicitud de restitución.

En efecto, sabido es que la propia Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) exige a los países la adopción de medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero, promoviendo a tal fin -más allá de la adopción de las disposiciones internas pertinentes- la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a los acuerdos existentes (conf. art. 11).

En dicho escenario, inicialmente cabe reconocer al niño el derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona. Constituyendo la verdadera víctima de la sustracción, pierde su equilibrio y contexto, se trauma por ser separado del progenitor que siempre ha visto a su lado, siente incertidumbres y frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma extranjero, a condiciones culturales que no le son familiares, a nuevos profesores, amigos y -en ocasiones- a una familia desconocida (conf. Informe Dryer, "Rapport sur l' enlèvement international d' un enfant par un de ses parents", Doc. Prel. n° 1, agosto 1977, pág. 21).

En tal entendimiento, la comunidad internacional acepta que la consideración del superior interés del menor en estos casos, a partir de la expresa referencia contenida en el art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño -debido a que la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (CH1980) carece de una definición autárquica al respecto-, conduce a que lo indispensable para todo niño que ha sufrido un traslado o retención ilícitos fuera de su residencia habitual sea su inmediato retorno al lugar en el que se halla su centro de vida (conf. entre tantos, UZAL,

María Elsa "Algunas reflexiones en torno a la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980", ED, 169-1255).

Ahora bien, dado que una fijación apriorística de su superior interés en los casos de sustracción internacional podría atentar contra su concepción más clara -en tanto conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, el que excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (causas Ac. 63.120, "G., V.", sent. de 31-III-1998; Ac. 73.814, "G., J. G.", sent. de 27-IX-2000; Ac. 79.931, "A., K. E.", sent. de 22-X-2003; e.o.)- se admite asimismo que, en ocasiones, aquella presunción objetiva que manda a su inmediata restitución a su centro de vida anterior a la vía de hecho actuada en su contra pueda ser revertida ante la verificación de ciertas circunstancias que excepcionalmente aconsejen una solución contraria, justamente en aras del concreto interés superior del niño involucrado (conf. Pérez-Vera, Elisa, "Informe Explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", 1982, en <http://hcch.net/upload/expl128s.pdf>, párr. 34).

Ello así pues el superior interés del menor, aún en este marco, debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a su situación concreta y teniendo en cuenta su contexto y sus necesidades personales (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14 [2013], párr. 32), de modo que eventualmente pueden presentarse ciertos acontecimientos, sea vinculados con conductas atribuibles al solicitante del retorno, sea con riesgos o situaciones existentes en su residencia habitual, sea con la propia opinión del menor sobre su destino, que pueden justificar el rechazo a dicha restitución (arg. arts. 3, 12, 13, 20 y concs., CH1980).

Concretamente, el recurrente aquí insiste en que las niñas se oponen a todo regreso y que su opinión no ha sido debidamente escuchada en las instancias anteriores (conf. art. 13 2 párr., CH1980; fs. 281/289).

III. Pues bien, considero que en este punto asiste razón al impugnante.

Cabe inicialmente observar que, al decidir respecto de la procedencia de la restitución internacional de un menor, no puede prescindirse de recabar la opinión que este posee sobre el tópico (conf. arts. 3.1, 9.3, 12.1 y 12.2, CDN y la Observación General n° 12, Comité de los Derechos del Niño; 13, CH1980 y su doctr.; 14 apdo. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Observación General n° 13, Comité de Derechos Humanos; 8, 19 y 25, Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 1, 18, 31, 33, 75 incs. 22 y 23 y concs., Const. nac.; 11, 15, 36.2 y concs., Const. prov.).

Cierto es -no obstante- que la opinión que aquel pueda poseer al respecto debe ser pasada por el rasero que implican su edad y grado de madurez (art. 13, CH1980), para lo cual le es imprescindible al juez conocerlo y ponderar cuidadosamente las circunstancias que lo rodean, balanceándolas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presenta el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público y particularmente con la índole de los derechos en juego (conf. causa AC. 78.728, "S. de R., S. R.", sent. de 2-V-2002; e.o.). Es que se admite -en estos casos- que la opinión del

menor pueda ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y un grado de madurez tal que resulte apropiado tener inexorablemente en cuenta sus opiniones, convirtiéndose así en intérprete de su propio interés (conf. Pérez-Vera, Elisa, Informe Explicativo..., cit. párr. 30).

Por lo demás, existe consenso en la comunidad internacional acerca de que -en este tópico- el menor no solo debe oponerse a la restitución sino que debe demostrar un sentimiento fuerte más allá de la mera expresión de una preferencia o un deseo (conf. "Richards & Director-General, Department of Child Safety" [2007], INCADAT HC/E/UKS 904; "F. [Hague Convention: Child's Objections]" [2006], INCADAT HC/E/AU 864; "9Ob102/03w" [2003], INCADAT HC/E/AT 549; "Nro. de role 02/7742/A" [2003], INCADAT HC/E/BE 546; "CA Grenoble, M. V. M." [2000], INCADAT HC/E/FR 274). Debe mediar un repudio irreductible a regresar al lugar de su residencia habitual, para lo cual resultan relevantes la naturaleza y solidez de sus objeciones, así como sus motivos sensatos (conf. "P. V. S." [2002], INCADAT HC/E/UKS 963).

Pues bien, tanto a partir de las entrevistas que A. y N. han tenido con los magistrados de las instancias anteriores (tal como relata el colega preopinante), como particularmente de la mantenida en esta sede en ocasión de la audiencia celebrada ante estos estrados, en la que tuve oportunidad de tomar pormenorizado conocimiento de las niñas y auscultarlas es su realidad actual (v. fs. 331), ha sido posible observar que ambas se oponen fuertemente a su regreso a España, más que por una preferencia de continuar viviendo junto a su progenitor 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 (desde abril de 2014 a julio de 2016) 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 (conf. art. 384 y concs., CPCC).

Cabe observar, por un lado, que las chicas logran distinguir claramente entre las cuestiones relativas a su custodia y las relacionadas con la solicitud de restitución, extremo que evidencia un suficiente grado de madurez en sus opiniones, atento al nivel de abstracción que ello implica, lo que -por demás- resulta acorde con sus edades actuales (13 y 9 años, respectivamente) y la descripción de sus personalidades efectuada por la perito psicóloga en su informe del 16 de octubre de 2019 ante esta sede casatoria, quien reseñó que ambas presentan recursos y desempeños psíquicos acordes y suficientes a las respectivas etapas evolutivas que atraviesan, poseyendo ambas un desempeño por encima de la media esperada a su edad.

Así como, por otro, que no se trata aquí de convalidar la integración de las menores en el nuevo medio eventualmente adquirido con posterioridad a su sustracción (conf. art. 2.614 *in fine*, Cód. Civ. y Com.), sino de constatar -justamente a partir de la fuerza y solidez de sus dichos y de la elocuente manera en que los exponen- que a pesar de la mudanza que tuvo lugar en abril de 2014 tanto A. como N. no solo no lograron integrarse emocionalmente a su nueva comunidad catalana, sino que -más aún- mantuvieron siempre su fuerte ligazón con aquel entorno físico, social, familiar y afectivo que dejaron en Bernal cuando se fueron, que añoraron fuertemente desde el extranjero y que las volvió a acoger cuando regresaron dos años después (conf. art. 384 y concs., CPCC).

Así las cosas, vistas las actuales edades de las niñas y sus grados de madurez, considero que resulta apropiado tener en cuenta sus firmes objeciones a su retorno a España, las que entiendo alcanzan la suficiente trascendencia como para conformar un impedimento a su inmediata restitución (conf. art. 13 segundo párr., CH1980; en el mismo sentido, "De Silva v. Pitts" [2007], INCADAT HC/E/USF 903; "Director-General, Department of Families, Youth and Community Care v. Thorpe" [1997], INCADAT HC/E/AU 212; "Blondin v. Dubois" [2001], INCADAT HC/E/USF 585; "Escobar v. Flores" [2010], INCADAT HC/E/USS 1026; "W. [Minors]" [2010], INCADAT HC/E/UKS 1324; e.o.).

En suma, en autos, los objetivos y fines convencionales deben ser dejados de lado ante la verificación de las mencionadas circunstancias excepcionales que, justamente en aras del concreto interés superior de las chicas, permiten que las autoridades competentes del Estado requerido no se encuentren obligadas a ordenar su restitución. Llego así a la convicción de que la solución aquí propuesta es la que a todas luces resulta más funcional en la armonización de todos los apreciables intereses puestos en juego (conf. arts. 3.1, 9.3, 11, 12.1 y 12.2, CDN; 1, 2, 13 y concs., CH1980; 1, 18, 31, 33, 75 incs. 22 y 23 y concs., Const. nac.; 11, 15, 36.2 y concs., Const. prov.).

Atento a la adhesión formulada y lo precedentemente expuesto, también doy mi voto por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **Genoud**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Pettigiani, votó también por la **afirmativa**.

**A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:**

Adhiero a la solución a la que arriban los colegas que me preceden en el orden de votación y destaco que genera especial convicción para la toma de mi decisión la circunstancia de que no se haya producido prueba que acredite la renovación de la tarjeta de residencia de la actora.

En consecuencia, doy mi voto por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **de Lázari**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Pettigiani, votó también por la **afirmativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

## **S E N T E N C I A**

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Procurador General, se hace lugar al recurso extraordinario deducido, se revoca la sentencia impugnada y se rechaza la demanda interpuesta, con costas por su orden dada la índole de las cuestiones planteadas (art. 68 segundo párr. y 289, CPCC.).

Regístrese, notifíquese de oficio y por medios electrónicos (conf. art. 1 acápite 3 "c", resol. Presidencia SCBA 10/20) y devuélvase por la vía que corresponda.

Suscripto y registrado por el Actuario firmante, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/20).

**REFERENCIAS:**

Funcionario Firmante: 21/12/2020 15:04:36 - DE LAZZARI Eduardo Nestor - JUEZ

Funcionario Firmante: 21/12/2020 19:49:46 - TORRES Sergio Gabriel - JUEZ

Funcionario Firmante: 22/12/2020 08:44:08 - GENOUD Luis Esteban - JUEZ

Funcionario Firmante: 22/12/2020 12:48:02 - KOGAN Hilda - JUEZA

Funcionario Firmante: 23/12/2020 09:37:53 - PETTIGIANI Eduardo Julio - JUEZ

Funcionario Firmante: 30/12/2020 13:26:07 - CAMPS Carlos Enrique - SECRETARIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

%89è

242500289003284067

**SECRETARIA CIVIL Y COMERCIAL Y DE FAMILIA**

**NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS**