

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 10 de junio de 2015, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Hitters, Kogan, Pettigiani, Negri, Genoud**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 119.110, "S. A. , C. contra D. , M.F. . Reintegro de hijo".

A N T E C E D E N T E S

La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora confirmó la sentencia de primera instancia que, oportunamente, ordenara el inmediato reintegro del niño X. S. D. a la ciudad de Mataró, España (fs. 377/387 vta.).

Se interpuso, por la demandada, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 399/415).

Oído el señor Subprocurador 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 Hitters dijo:

1. Se iniciaron las presentes actuaciones con la demanda promovida por el Titular de la Unidad de Defensa Civil n° 7 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, deducida luego del requerimiento de trámite formulado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, en su carácter de Autoridad Central designada por el Estado Argentino para la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores ("CH1980"), a través del cual se comunicó la solicitud efectuada por el señor C. S. A. dirigida a obtener la restitución internacional de su hijo X. S.D. , quien se encuentra hoy junto a su madre radicado en nuestro país (fs. 3/83).

Con el escrito inicial se adjuntó documentación que acredita la residencia habitual -anterior al traslado a Argentina- del menor en la ciudad de Mataró, España y copia de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n° 7 de dicha localidad española, que declaró extinta la unión de hecho de los progenitores y aprobó el convenio regulador mediante el cual se atribuyó a ambos el ejercicio de la patria potestad confiriéndose a la madre la custodia del hijo. De dicho instrumento, surge -además- la necesidad de permiso expreso del señor S. para

un cambio de residencia del menor o, en su defecto, autorización judicial.

En la pieza de inicio se relató que la señora D. había solicitado autorización al señor S. para que el hijo de ambos viajara a la Argentina a visitar a los familiares maternos, a lo que el primero de los citados había accedido acordando tanto la fecha de salida como el posterior regreso del niño a España.

Se continuó exponiendo, en la referida actuación procesal, que a la fecha en la que el menor debía retornar la madre se puso en contacto con el señor S. manifestándole su intención de no regresar a España con el hijo, reteniéndolo así -según se dice- de modo ilícito en Argentina.

Con fecha 19 de septiembre de 2013 el Juzgado de Familia n° 8 del citado Departamento Judicial hizo lugar a la pretensión y ordenó el inmediato reintegro del menor a la ciudad de Mataró una vez cumplido el ciclo escolar correspondiente al año en curso (fs. 321/324 vta.).

A su turno, la Cámara de apelación confirmó lo así decidido (fs. 377/387 vta.).

2. Contra dicho fallo la requerida interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, por el cual denuncia la violación de los arts. 3, 8, 9 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 3, 11, 12, 13 "a"

y "b" y 20 de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores.

Aduce que se ha vulnerado su derecho de defensa en juicio al denegarse la apertura a prueba del proceso, con sustento en que resultaba suficiente la constancia documental incorporada.

Expone, asimismo, que resulta contradictorio el temperamento de la alzada al sostener, por una lado, que resultaba innecesaria la apertura a prueba y, por otro, apreciar como admisible y con valor suficiente la documentación aportada por el actor, incurriendo así en una desigualdad procesal (fs. 405 vta./406).

Sostiene que los juzgadores de ambas instancias se han apartado de las pautas sentadas por este Tribunal en el precedente C. 104.149 (sent. del 15-VII-2009), fundamentalmente en la posibilidad para el demandado de oponerse a la restitución, alegando y probando alguna de las excepciones establecidas en la normativa internacional (fs. 407).

Argumenta que en el presente caso se encuentra en tela de juicio lo relativo a la residencia habitual y el carácter ilícito de la retención, ya que ambos aspectos han sido controvertidos por su parte mediante el ofrecimiento de probanzas que no fueron valoradas por el **a quo** (fs. 409/411 vta.).

Señala que el decisorio cuestionado ha omitido efectuar un análisis de la situación concreta, afirmando de manera genérica y abstracta que no se han demostrado las eximentes, sin siquiera aclarar de cuáles de ellas se trata (fs. 411 vta.).

Esgrime, finalmente, que ha faltado en estos obrados la producción de prueba profesional para acreditar el perjuicio psicológico al que se vería expuesto el menor con el reintegro decidido (fs. 413/414).

3. En coincidencia con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, estimo que el recurso debe prosperar.

Me limitaré a analizar el último de los agravios antes referenciados, por considerar que su tratamiento abastece suficientemente la presente propuesta decisoria.

i) En la referida parcela del embate, la recurrente puntualiza que "el ambiente social, educativo y familiar en el que estaba inmerso X.S.D en Barcelona era altamente perjudicial, por no contener redes sociales de apoyo conforme la indica la Lic. Helena Pérez Fuster en su informe. Esto produjo en el menor ataque de ira y fobias sociales cuya solución era la medicación o el cambio de hábitat. Dichos ataques que constante y reiteradamente sufría X.S.D. (el menor de autos) en España están

acreditados con el informe de la licenciada Xufré acompañado en autos. Para mejorar la situación psicológica y evitar el tratamiento farmacológico de X. se acordó con el progenitor un cambio de hábitat de X.S.D. hacia Argentina junto a su madre. Este punto -añade- no es menor porque el retorno implicaría para X.S.D. un retroceso emocional y de salud muy importante. Los beneficios de este actuar han repercutido rápida y notablemente en la salud psicofísica del menor ya que casi han desaparecido las rabietas o ataques de ira, se encuentra alejado de los malos tratos sufridos por su entorno escolar y social, produciéndose un avance en la vida y crecimiento del niño, todo conforme se acredita con el informe psicológico acompañado en autos y labrado por el Lic. Diego Tzoymaher" (fs. 413).

Inmediatamente se queja la recurrente de que "ha faltado en estos obrados la producción de la prueba conducente, pertinente y profesional para acreditar el perjuicio psicológico al que se vería expuesto X.S.D. como es la pericial psicológica", recordando que "reiterados fallos de la S.C.J. de Buenos Aires toma en consideración de forma fundamental los informes psicológicos elaborados en el período probatorio, entre ellos la causa C.100.742, 'B., S. M. contra P., V.A. Restitución de Menores' (Acuerdo 2078 del 04/02/2009)" (sic. fs. cit. y vta.).

Más adelante reiteraría este déficit, al ponderar que "hubiera sido adecuado efectuar una pericia psicológica en el menor, lo que fue omitido a lo largo del proceso" (fs. 414).

De su lado, y en lo que atañe al tópico, el dictamen del Representante del Ministerio Público estimó "prudente requerir a V.E. que proceda a ordenar a la instancia de origen la impresión de un trámite 'urgentísimo' a fin de resolver definitivamente la cuestión a la luz de las rigurosas pautas interpretativas emanadas de la doctrina de la Corte Nacional y de conformidad con la diligencia y celeridad excepcionales que esta clase de procesos exige (SCBA, Ac. 84.818, sent. del 19-VI-2002). Lo dicho -añadió- sin desmedro de la posibilidad de que V.E. ejercite -como en otras ocasiones y en resguardo del principio del interés superior del niño- sus exclusivas y excluyentes facultades disponiendo la producción de la prueba que resulte conducente a los efectos de verificar en la especie la configuración de la excepción del grave riesgo psíquico o físico del niño (art. 13 inc. b CH1980)" (fs. 437 y vta.).

Cabe señalar que este Tribunal dispuso como medida para mejor proveer la realización de una pericia psicológica dirigida a determinar la posible configuración de un "grave riesgo" en el menor de autos en caso de

procederse a la restitución, prueba cuya producción había sido denegada en las instancias de grado (fs. 438).

Efectuada así la evaluación psicológica en cuestión, el perito interviniente concluyó que "...teniendo en cuenta la labilidad psíquica del niño, se considera que, de enviar a regreso al niño X. S. D. a España a dirimir la presente situación, existe grave riesgo de que se produzca un quiebre con la realidad, pudiendo repetir los ataques que se encuentran descritos en autos por los profesionales tratantes en España, con las consecuentes pérdidas para el niño de los logros que ha hecho hasta el momento aquí..." (fs. 454).

Para arribar a esa conclusión, ponderó que "en relación a su vida en España, realiza un relato en donde no puede traer un solo recuerdo gratificante. Se angustia mucho recordando su vida allá. Su padre aparece como figura autoritaria y violenta, que permanentemente lo maltrataba y golpeaba. Describe escenas de mucha violencia entre los padres, en donde el progenitor amenazaba a la madre con pegarle un tiro en la cabeza y luego lo responsabilizaba a él por dichas peleas. Pero no sólo es su padre el que aparece como fuente de miedo, malestar y angustia, también la escuela y sus compañeros resultan fuente de recuerdos de maltrato y angustia, realizando un relato que por momentos resulta algo bizarro y

persecutorio. En este contexto, la posibilidad de tener que regresar allí resulta sumamente amenazante para él, siendo fuente de importantes fantasías de muerte. En su fantasmática -prosigue- España resulta para él el lugar de donde provienen todos sus sufrimientos, sufrimientos que ha logrado superar a partir de que se establecieron en Lanús con su madre. Pero hay elementos objetivos sobre los que sustenta dicha fantasmática y que generaron los distintos ataques de violencia descritos en los informes médicos enviados desde España" (fs. 453 vta.)

Luego, ante el pedido de explicaciones efectuado por ambas partes (v. fs. 459/vta. y 467/461), el citado profesional remitió a algunos conceptos vertidos en el informe realizado y puntualiza otros, a saber: "la posible sintomatología que esta situación podría adquirir es tan amplia que no es posible hacer una descripción precisa de la misma, pero teniendo en cuenta los antecedentes del niño, posiblemente podría tomar por el lado de ideas persecutorias y conductas auto y heteroagresivas" (fs. 464 vta.). Más adelante, señaló que "la angustia de X. ante la posibilidad de regresar a España no sólo está centrada en el progenitor -aunque éste es la principal fuente- sino en el lugar en sí, dado que en su fantasmática es toda su vida allí la que le generaba malestar. En lo que hace a las características del relato,

esto da cuenta de cierta falta de adecuación entre lo relatado y lo posible, lo cual da cuenta de la aparición de ideas paranoides en el niño que lo llevan a que determinados hechos fueron como él los relata, más allá de la imposibilidad concreta de que así sucedieran" (fs. 465 y vta.). Finalmente, destaca que "nos encontramos ante un sujeto en proceso de constitución subjetiva, que ha tenido que atravesar a lo largo de **toda** su corta vida situaciones altamente traumáticas. El niño deposita en su vida en España, pero especialmente en su progenitor y en los compañeros de escuela estos hechos, y la posibilidad de tener que regresar allí le generan tal montante de angustia y miedo que lo colocan al borde de la desorganización psíquica, lo que podría producir dicho quiebre" (fs. 465 vta.).

Más adelante, en el marco de la audiencia celebrada en esta instancia, X. manifestó espontáneamente y de modo enfático su negativa frente a la posibilidad de un eventual regreso a España (v. acta de fs. 514).

ii) Ahora bien, no obstante que el Convenio de La Haya establece la obligación del Estado requerido de restituir inmediatamente al niño, el mismo instrumento contempla una serie de excepciones mediante las cuales aquél podrá eximirse de cumplir con dicha obligación. Esas causales de excepción están descriptas en el art. 13, el

que se encuentra redactado de la siguiente manera: "No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: ... a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención o 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. La autoridad judicial o administrativa 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. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor, proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor" (énfasis añadido).

iii) Al definir la configuración del "grave riesgo", el máximo Tribunal nacional ha sostenido que la facultad de denegar al 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 (Fallos 333:604 y sus citas).

En el caso, las contundentes conclusiones a las que ha arribado el perito psicólogo que evaluó a X. , como las propias afirmaciones del niño en la audiencia realizada en esta sede, dan cuenta de la concurrencia del grave riesgo que para él implicaría la posibilidad de regresar a España.

En tal virtud, estimo que en resguardo el interés superior del niño, pauta medular para decidir los conflictos que lo involucren, conforme lo establece el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, se impone desestimar el requerimiento de restitución articulado.

4. Por lo expuesto, en consonancia con lo aconsejado por el Ministerio Público, habiendo sido acreditadas en estas actuaciones las causales de excepción

previstas en el art. 13 "b" de la Convención de La Haya, corresponde acoger el recurso interpuesto, revocar el fallo impugnado y rechazar la pretensión articulada (conf. art. 289, C.P.C.C.).

Costas por su orden, en atención a la índole del tema debatido (art. 68, segundo párrafo, Cód. cit.).

Voto por la **afirmativa**.

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

1. Adhiero al voto del colega que me precede en el orden de votación y no obstante la claridad de su exposición, me interesa remarcar que estamos frente a un caso en el que consideramos que se presenta una excepción al art. 13 inc. "b" de la Convención de La Haya por los motivos que muy bien señala el doctor Hitters.

Dicha situación genera que la restitución internacional solicitada no proceda, pero considero que debe ser puesto de relieve a riesgo de ser redundante, que ello no impide que el fondo de la cuestión continúe su trámite en España, ya que es la medida urgente la que en este acto se está denegando, sin que ello conlleve una intromisión respecto de las atribuciones del Tribunal requirente sobre otras medidas que entienda oportuno adoptar.

II. Con esta aclaración doy mi voto por la

afirmativa.

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

I. Comparto la solución que proponen los colegas que me preceden en el orden de votación.

1. Inicialmente, es posible concluir que el carácter ilícito de la retención del niño fue operado por su madre cuando se abstuvo de regresarlo a su residencia habitual española hacia el mes de enero de 2013 (arts. 1, 3, 5, 14 y concs., CH 1980).

Dicha conclusión se aprecia a partir del tenor riguroso del texto expreso del Convenio Regulador de la separación de hecho de los progenitores, suscripto en la ciudad de Mataró, Barcelona, España, el 8 de abril de 2009, homologado por el magistrado a cargo del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Mataró con funciones de Familia e Incapacidades el 22 de septiembre del mismo año (mediante sentencia 447/09, fs. 36/41), conforme al cual las partes acordaran expresamente que si "la señora D. O. decid[ía] marcharse a vivir de forma permanente a Argentina junto con el hijo menor de edad, [precisaba] la autorización expresa y por escrito del señor C.S. , y en caso de discrepancia, siempre [sería] la autoridad judicial quien decidiría [la autorización de] ese cambio, puesto que el mismo comportaría un cambio radical del ... Convenio Regulador en

cuanto a guarda y custodia, régimen de visitas, pensión de alimentos y uso de la vivienda conyugal" (fs. 38). Tal acuerdo de partes, vigente y válido según el derecho del estado de la residencia habitual del menor (tal lo evidenciado por su homologación judicial, conf. arts. 6, 1809 y sigtes., Cód. Civil español; 19 y concs., Ley de Enjuiciamiento Civil española; 7 e, 8 f y 15, CH1980), exigía a la progenitora que cualquier intención suya de mudar la residencia española de X. tuviera el expreso y previo consentimiento por escrito del padre del niño, o la venia judicial sustituta.

Tales extremos, sin embargo, estuvieron ausentes al tiempo de realizar en septiembre de 2012 el viaje hacia la Argentina. Por el contrario, al partir de España con el objeto de realizar una visita familiar, por tiempo determinado (tal lo refiere el informe de la psicóloga catalana Maribel Xufre acompañado en la contestación de demanda, fs. 128), madre e hijo poseían pasajes de regreso (fs. 42/3).

Por demás, cierto es que frente a un traslado o retención inicialmente ilícitos, el titular del derecho de custodia perjudicado puede aceptar con posterioridad la nueva radicación permanente del menor en el extranjero (conf. art. 13, párr. 1º, inc. a, CH 1980).

La comunidad internacional exige que dicha

aceptación posterior, expresa o tácita, haya sido inequívoca y convincente (conf. "50b17/08, Oberster Gerichtshof" [2008], INCADAT HC/E/AT 981; "21 UF 70/01, Oberlandesgericht Koln", INCADAT HC/E/DE 491; entre otros), sin que pueda confundirse ese consentimiento específico con cualquier otro brindado para prolongar un viaje, una visita internacional o una estadía vacacional. Tampoco procede su verificación cuando el solicitante ha pretendido -mediante su aquiescencia- asegurarse la restitución voluntaria del menor por medio de una posterior negociación (conf. "Wanninger v. Wanninger" [1994], INCADAT HC/E/USF 84; entre otros) o por medio de un intento de reconciliación con el sustractor (conf. "5P.367/2005/ast", Bundesgericht, II. Zivilabteilung, INCADAT HC/E/CH 841; entre otros).

El sindicado como sustractor tiene la carga de producir pruebas que lleven a la convicción de que el perjudicado estuvo de acuerdo de manera clara, explícita o tácita, con un cambio definitivo de la residencia del menor (conf. "Baxter v. Baxter" [2005], INCADAT HC/E/USF 808; entre otros), y tales recaudos no se abastecen -de ordinario- por medio de comentarios pasajeros, cartas o correos electrónicos escritos por dicho progenitor cuando se encuentra recientemente afectado por el trauma del traslado ilícito de su hijo (conf. "H. and Others [Minors] [Abduction: Acquiescence]", [1998], INCADAT HC/E/UK 46;

entre otros).

En autos, más allá de los fundamentos brindados en torno de la inobservancia de los requisitos de procedencia del planteo anulatorio de la parte demandada, la alzada sostuvo que la apertura a prueba no era necesaria a tenor de la documentación agregada, la cual daba pautas claras y suficientes para resolver en forma definitiva la cuestión vinculada con el carácter ilícito de la retención actuada por la progenitora (fs. 384 vta.).

Dicha conclusión, si bien fue objeto de reproche por parte de la recurrente (fs. 405 y sigtes.) en lo concerniente a la alegada aceptación posterior que el señor S. habría dado autorizando la nueva residencia habitual de su hijo en Argentina, debe ser mantenida, toda vez que un repaso por los medios probatorios ofrecidos en la contestación de demanda muestra claramente que, aparte de la documentación allí agregada, los restantes ofrecidos por la parte demandada (tanto los exhortos a los juzgados, dependencias administrativas, escuelas y psicólogos españoles, como los oficios ofrecidos para ser diligenciados en la Argentina, como los diversos testimonios -a tenor de los interrogatorios glosados a fs. 108/127-, las pericias médica, psicológica y psiquiátrica sobre el solicitante, la ambiental en el actual domicilio del niño e incluso el reconocimiento de firma y contenido

del informe psicológico de la licenciada Xufré, fs. 288 vta. a 292), resultaban verdaderamente inconducentes para acreditar las referidas exigencias convencionales en el tópico.

Es que en materia probatoria, la admisibilidad de los medios ofrecidos por las partes, atento a la necesaria urgencia de los procedimientos de restitución internacional de menores, se encuentra subordinada a un doble examen minucioso (conf. "M.W. v. Director-General, Department of Community Services" [2008], INCADAT HC/E/AU 988; entre otros), esto es, a la apreciación de su aptitud para acreditar los extremos alegados, en tanto éstos también se muestren susceptibles de justificar, en términos convencionales, una excepción al deber de restituir al menor a su última residencia habitual lícita.

Y en este aspecto, como fue dicho, ninguno de los medios probatorios ofrecidos en la contestación de demanda luce idóneo para indagar, con el rigor que los términos convencionales exigen, acerca del alegado consentimiento posterior del señor S. con la nueva radicación permanente de su hijo (doct. arts. 358, 362, 496 y concs., C.P.C.C.).

Por demás, la circunstancia de que por una deuda hipotecaria se tuviera que proceder a la devolución

del bien que ocupaban la madre y el niño en la ciudad de Mataró, junto a la entrega a terceros, por venta o donación, de los bienes muebles del mismo (fs. 249 vta., 250, 293), tampoco resultan aptas para configurar un supuesto de aceptación posterior a la nueva residencia habitual del niño, atento a la especial exigencia de claridad que la jurisprudencia internacional impone a la exteriorización de la voluntad en dicho sentido, máxime cuando en el caso se hallaba vigente ya el pedido de restitución internacional cursado por el solicitante (fs. 6/23).

Y finalmente, si bien la demandada alegó que el peticionario habría enviado voluntariamente la documentación personal del menor para su inscripción en el colegio al que asiste en Argentina (fs. 293), frente a la negativa del solicitante (fs. 307 y vta.), ni la prueba documental agregada (fs. 108 a 265) ni la restante ofrecida (fs. 288 vta. a 292) han sido dirigidas a tal acreditación, por lo que dicho extremo carece de todo soporte probatorio (doct. arts. 375, 384, 496 y concs., C.P.C.C.).

2. Ahora bien, distinta es la suerte que deben correr los agravios de la recurrente en torno de la verificación de los supuestos de excepción que autorizan a rechazar la solicitud de restitución internacional del menor de autos. En efecto, tal como sostiene el doctor

Hitters en su voto, es posible en el caso tener por acreditado el grave riesgo de que el regreso del menor lo exponga a un peligro de daño psíquico (conf. art. 13, 1° párr. inc. b, CH1980). Así como también es posible hallar demostrado el repudio del menor a regresar a su residencia habitual (conf. art. 13, 2° párr., CH1980).

A. En lo concerniente al primer tópico, sabido es que en general, cuando se acreditó la posibilidad de que el retorno le pueda causar serios daños psicológicos al menor, la negativa a la restitución ha sido considerada viable (conf. "M. [Abduction: Psychological Harm]" [1997], INCADAT HC/E/UKE 86; entre otros).

En estos casos, se 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, de un cambio de su lugar de residencia o de la desarticulación de su grupo de convivencia (conf. C.S.J.N., Fallos 333:604 y sus citas). La mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o idioma, no bastan para considerar la situación excepcional que habilita a rechazar la solicitud de restitución en estos términos (conf. C.S.J.N., "W., E. M. c. O., M. G.", sent. del 14-VI-1995, LL 1996-A-260; entre otros).

Pues bien, a través de los estudios realizados sobre el menor por parte de los profesionales

que lo han abordado, tanto en España como en el marco de estas actuaciones, ha sido posible observar -tal como refiere el citado colega preopinante- que su salud psicológica podría razonablemente deteriorarse seriamente con su regreso a su residencia habitual española. No sólo por volver a tomar contacto con la persona de su padre, sino también por volver a vincularse con un entorno que, tal como refieren sus antecedentes, le resultaba hostil y perjudicial, y respecto del cual el niño guarda -aún hoy- muy ingratos recuerdos.

Aún cuando el niño pueda ser restituido en compañía de su madre o a un ambiente en el cual su padre no esté presente, su labilidad psíquica, con escasos mecanismos defensivos y tendencia a la actuación de sus impulsos, podría llevarlo a concretizar ciertas fantasías que se presentan dentro de su fantasmática como atribuidas al opresivo entorno padecido en su residencia habitual (conf. informe técnico de fs. 453/4).

En este aspecto, no es posible soslayar que el niño, hacia el año 2011, contando con 8 años de edad, presentaba ya en su residencia habitual un cuadro clínico de depresión infantil, con síntomas de tristeza, irritabilidad, anhedonia, sentimiento de no ser querido, baja autoestima, aislamiento social, hiperactividad, disforia y autolesiones. Por su sintomatología, se hallaba

en un nivel importante de riesgo de sufrir trastornos, por lo que debía recibir urgentes tratamientos pedagógico, farmacológico y psicológico con el objeto de ayudarlo a vehicular adecuadamente sus emociones (informe psicológico de fs. 56/77).

Aquél concreto y objetivo diagnóstico, sumado a la actual percepción que el niño posee sobre el transcurso de su vida en España, lo colocan hoy en una situación de particular y considerable vulnerabilidad psíquica ante la posibilidad del retorno (conf. aclaraciones al informe técnico de fs. 466), extremos que desde una perspectiva convencional, resultan susceptibles de configurar una circunstancia excepcional limitativa de su inmediata restitución, atento al riesgo cierto y grave de que ésta lo exponga a un peligro psíquico o una situación que verdaderamente le resulte intolerable (conf. art. 13, 1° párr. inc. b, CH1980).

B. Paralelamente, al decidir respecto de la procedencia de la restitución de un niño no puede prescindirse de recabar la opinión que éste posee sobre el tópico (art. 13, 4° y 5° párr., CH1980), la que debe ser pasada por el rasero que implican su edad y grado de madurez, para lo cual es imprescindible al juez conocer al menor 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. Ac. 78.728, sent. del 2-V-2002; entre otras).

Así las cosas, tanto a partir de la entrevista que mantuve con el menor (fs. 514), como de las realizadas en esta instancia con el perito psicólogo (fs. 453/4 y 464/6), es posible observar que X. se opone fervientemente a regresar a España, y vistos su edad y grado de madurez actuales, considero que resulta apropiado tener en cuenta tales objeciones (conf. art. 13, 2° párr., CH1980).

Es que se admite que la opinión del menor pueda ser decisiva si, a criterio 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 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, 1982, en <http://hcch.net/upload/exp1128s.pdf>, párr. 30).

Existe consenso en la comunidad internacional en que el menor no sólo debe oponerse a la restitución, sino que debe demostrar un sentimiento fuerte

más allá de la mera expresión de una preferencia o deseo (conf. "Richards & DirectorGeneral, Department of Child Safety" [2007], INCADAT HC/E/UKS 904; "F. [Hague Convention: Child's Objections]" [2006], INCADAT HC/E/AU 864; "90b102/03w" [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. y. S." [2002], INCADAT HC/E/UKS 963).

En autos, observo que espontáneamente el niño ha insistido enfáticamente en negarse a ser devuelto a su residencia española. Y dicho rechazo, a partir de sus propias experiencias y percepciones, que reputo suficientemente autónomas de las influencias que podría haberle infligido la sustractora, ha logrado distinguirse de las cuestiones vinculadas a su custodia, para referirse exclusivamente a sus angustias y temores por un indeseado retorno a un ambiente agobiante y abrumador, descrito a partir de vivencias familiares y sociales pasadas, confrontadas con la relativa estabilidad de su actual entorno material y afectivo.

Luego, atento a la edad de X. y su actual estado de construcción de su subjetividad, considero que

sus objeciones alcanzan la suficiente trascendencia para conformar otro impedimento a su inmediata restitución (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 y. Flores" [2010], INCADAT HC/E/USF 1026; "W. (Minors)" [2010], INCADAT HC/E/UKS 1324).

C. Cabe tener presente, en este estado, que la propia Convención sobre los Derechos del Niño 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, Questionnaire - Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents, Doc. Prel. N° 1, agosto 1977, pág. 21). Despersonalizar al niño por su corta edad, sometiendo la determinación de su residencia habitual o el mantenimiento del contacto con sus referentes afectivos, exclusivamente a la voluntad de uno de sus progenitores, importa tanto como negar su subjetividad moral en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño (conf. Preámbulo y arts. 1, 2, 3, 7, 11, 12 y concs.).

Ahora bien, dado que una fijación apriorística de su superior interés en los casos de sustracción internacional podría atentar contra su concepción más clara, 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..., cit., párr. 34). Ello así, pues el superior interés del niño, aún en este marco, debe ajustarse y definirse de forma individual, con

arreglo a la situación concreta del menor 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, tal como aquí ocurre, que justifican el rechazo a dicha restitución.

En autos, el fin convencional debe ser dejado de lado ante la verificación de las mencionadas circunstancias excepcionales que, justamente en aras del concreto interés superior de X. , 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 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, Convención sobre los Derechos del Niño y la Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño; arts. 1, 2, 13 y conchs., CH1980; art. 14, ap. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos; arts. 8, 19 y 25 de la 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. nacional; 11, 15, 36.2 y concs., Const. provincial; 1, 2, 3, 5, 19, 24, 27, 29 y concs., ley 26.061; 4 y concs., ley 13.298; 3 y concs., ley 13.634).

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

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

1. Inicia estos obrados el Titular de la Unidad de Defensa Civil n° 7 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, en los términos del art. 7 inc. g de la ley 23.857, con el objeto de obtener la restitución internacional del niño X. S.D. , que vive actualmente con su madre en nuestro país en la localidad de Lanús (v. fs. 80/83).

2. El juez de primera instancia hizo lugar al reclamo y ordenó el inmediato reintegro del menor a la ciudad de Mataró, España, tal como fuera requerido por el padre del niño (v. fs. 321/324).

3. La Cámara de Apelaciones confirmó esa decisión (v. fs. 377/387).

4. Contra este último pronunciamiento la accionada dedujo el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley obrante a fs. 399/415.

5. Entiendo que le asiste razón.

a. El reclamo efectuado no puede ser cumplimentado en términos automáticos ni rituales (v. mi voto en C. 87.754, sent. del 9-II-2005).

La actuación del juez está aquí, acaso como nunca, ligada al resultado de lo que resuelva.

Y esto es así, especialmente, cuando el propio texto del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en su art. 13 prevé que "... la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está 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 grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable...".

Y agrega que "... La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones...".

b. Por ello, advierto que en este caso se ha vulnerado el derecho de defensa en juicio de la impugnante, al denegarle la producción de prueba tendiente a demostrar

la existencia del referido supuesto de excepción (conf. art. 18, Const. nac.).

6. En consecuencia, corresponde hacer lugar a recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado (conf. art. 289, C.P.C.C.).

De este modo, en consideración a lo expuesto por la apoderada de la progenitora del menor a fs. 445/446, la evaluación psicológica producida en esta instancia (v. fs. 438, 453/454, 464/465), y la expresa negativa formulada por el niño frente a la posibilidad de retornar a España (v. fs. 514), estimo corresponde vuelvan las actuaciones a la instancia de origen para que, con la celeridad que el supuesto requiere, resuelva la cuestión planteada.

Voto por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **Genoud**, 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, en consonancia con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, por mayoría de fundamentos, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia de fs. 377/387 vta. y, en consecuencia, se

rechaza la pretensión articulada. Las costas se imponen por su orden en atención a la índole del tema debatido (arts. 68, 2do. párrafo y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HECTOR NEGRI

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

CARLOS E. CAMPS

Secretario