

**Voces:** AUTORIZACION PARA VIAJAR AL EXTERIOR ~ CONSENTIMIENTO ~ CONVENCION DE LA HAYA ~ PROGENITORES ~ RESIDENCIA PERMANENTE ~ RESTITUCION DE MENORES ~ VIOLENCIA FAMILIAR

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS)

**Fecha:** 21/05/2013

**Partes:** F., C. del C. c. G., R. T. s/reintegro del hijo

**Publicado en:** LA LEY 03/06/2013 , 11, P.q.-S; DJ14/08/2013, 31 - LA LEY 30/10/2013, 30/10/2013, 7 - LA LEY2013-F, 20 -

**Cita Online:** AR/JUR/17505/2013

#### **Hechos:**

La madre de la niña objeto del litigio tuvo que radicarse en México por razones laborales. El progenitor viajó a ese país para llevar a la hija de ambos y radicarse allí. Con motivo de llevar a su hija de vacaciones dentro del Estado mexicano, la trasladó a Argentina. La madre solicitó la inmediata restitución, pedido que fue admitido, pese a que se alegaron situaciones de violencia familiar. Interpuesto recurso extraordinario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia impugnada.

#### **Sumarios:**

1. Dado que la salida del país de residencia habitual de la niña no contó con la anuencia materna, titular de los derechos de custodia, ya que no fue controvertido en el caso, que la progenitora no sólo ignoraba los pormenores sino la realización misma del supuesto viaje de vacaciones, procede el pedido de restitución de la menor (del dictamen de la Procuradora Fiscal).
2. La postura de la niña, que no importa una resistencia cerrada a retornar al país donde vivía con su madre, sino que apunta a la marcada preferencia que tendría en cuanto a vivir con su padre, no permite extraer una actitud interna auténticamente intransigente dirigida a resistir la restitución en los términos del art. 13, párrafo cuarto del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya (del dictamen de la Procuradora Fiscal).
3. Rehusar la restitución de la niña objeto del litigio con fundamento en la excepción de grave riesgo, no es procedente, pues si bien fueron denunciadas situaciones de violencia por parte de la madre, quien hace el pedido, no se ha detallado ninguno de esos episodios ni la frecuencia que los enlazaría; sin perjuicio de ello se recomienda que, una vez que esté la niña en su lugar de residencia habitual, se haga el seguimiento del caso y se analice en profundidad la índole de la relación materno-filial, adoptando las medidas que fueren menester para su resguardo efectivo (del dictamen de la Procuradora Fiscal).
4. La negativa del padre requerido a retornar al lugar de residencia habitual de su hija, cuando ella manifestó que volvería voluntariamente si lo hiciese con él, es una conducta que no merece aval institucional, pues, de lo contrario, todo el mecanismo creado para combatir el desplazamiento transfronterizo de niños, quedaría a merced del designio unilateral del sustractor (del dictamen de la Procuradora Fiscal).

#### **Texto Completo:**

F. C. D. C. c. G. R. I. s/reintegro de hijo

S.C. F. N° 354; L. XLVIII

#### **Dictamen de la Procuración General de la Nación:**

Suprema Corte:

— I —

La sentencia dictada por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, admitió el pedido de restitución a los Estados Unidos Mexicanos, formulado por la progenitora respecto de la hija menor de las partes, C.B.

Contra dicho pronunciamiento, el padre demandado dedujo el recurso extraordinario de fs. 203/217, concedido a fs. 236.

— II —

La apelación resulta formalmente procedente, ya que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980 (a cuyo articulado me referiré, salvo aclaración en contrario), de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (N° 26.061); al tiempo que la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en las predichas regulaciones (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

Consecuentemente, el análisis no se encuentra restringido a los argumentos de las partes o del a quo, sino que incumbe a V.E. realizar una declaratoria sobre la controversia (doct. de Fallos: 333:604 y 2396, entre muchos otros).

Por otro lado, las particularidades de la cuestión debatida, la íntima conexión de los aspectos fácticos con la hermenéutica de la materia federal, y la generalidad que exhibe el auto de concesión del recurso extraordinario, tornan razonable una revisión integral del asunto traído a esta instancia.

— III —

En base a las potestades que confieren al Ministerio Público los arts. 25, inc. g), y 26 de la ley 24.946, en el marco del art. 120 de la Constitución Nacional, esta Procuración General ha cursado un oficio a la Autoridad Central nacional, de cuyo contenido y resultado dan cuenta las constancias que acompaño en este acto.

Sin perjuicio de que V.E. sustancie previamente dicha pieza con el recurrente, o requiera a su respecto las medidas que entendiere pertinentes, ante la existencia de cuestión federal y ponderando las características de la situación que trasciende del expediente, dejaré expresada mi opinión en este estado.

— IV —

En esa tarea, cabe advertir ante todo que el litigio estaría regido por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo (CIDIP IV), aprobada por la ley 25.358 (v. su art. 34).

Sin embargo, tanto el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya, como la CIDIP IV, satisfacen las directivas del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño, mediante cláusulas sustancialmente coincidentes (Fallos: 328:4511 y 334:1287; v. punto W de los respectivos dictámenes de esta Procuración, a los que remitió V.E.).

Desde esa perspectiva, resulta pertinente aplicar los criterios generales elaborados en tomo al Convenio de 1980, en cuyos propósitos y remedios básicos contra la sustracción transnacional de niños, se alinea —insisto— la CIDIP IV.

— V —

A partir de dicha premisa, considero que el conflicto encuentra respuesta en los conceptos que esta Procuración y V.E. han venido sosteniendo en la materia, de modo que he de remitirme a los estándares interpretativos bastamente aplicados en la jurisprudencia de esa Corte, para aconsejar el rechazo del recurso interpuesto (v. esp. Fallos: 333:604; 334:913; 334:1287; 334:1445; S.C. G. N° 129, L. XLVIII, “G., P.C. c. H., S.M. s/reintegro de hijo”, sentencia del 22 de agosto de 2012; y S.C. H. N° 102, L. XLVIII, in re “H. C., A. c. M. A., J. A. s/restitución internacional de menor s/oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, sentencia del 21 de febrero de 2013).

Sin perjuicio de ello, corresponde sintetizar aquellas pautas que contribuirán al análisis de las circunstancias fácticas relevantes del caso: (i) las disposiciones del Convenio de 1980 han de interpretarse teniendo en cuenta su objetivo fundamental, cual es el restablecimiento del statu quo ante, mediante la rápida devolución del niño trasladado o retenido ilícitamente (art. 10); (ii) las hipótesis de denegación poseen carácter excepcional, por ende, riguroso; (iii) las defensas articuladas por la parte demandada deben someterse a escrutinio estricto; (iv) la concurrencia de los supuestos de excepción, debe ser demostrada por el presunto captor; (v) aun cuando el procedimiento “...concluye normalmente con un nuevo desprendimiento, fruto de la sustracción, de los lazos que hubiese tendido en el país requerido...” (Fallos: 318:1269 [consid. 14]), el centro de vida no puede adquirirse a través de un acto ilícito (cp. art. 30 de la ley N° 26.061, como el art. 3° de su Decreto reglamentario N° 415/2006); (vi) si el trámite de restitución se inicia antes de cumplido el año desde el traslado o retención, la integración al medio no puede alegarse como motivo de oposición autosuficiente, ni excusa el cumplimiento urgente de la devolución, a menos que se compruebe alguna de las circunstancias eximentes explícitamente reguladas (art. 12, primera parte); (vii) a los fines del art. 12, la interposición posterior de la acción judicial no resta virtualidad a la apertura del dispositivo convencional efectuada, dentro del año, ante la respectiva Autoridad Central; (viii) la aceptación del traslado o retención del niño por parte del progenitor desasido puede verificarse tácitamente, pero debe ser inequívoca; (ix) la ponderación de la opinión del niño no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores; (x) la excepción del art. 13 (penúltimo párrafo) está supeditada a la concurrencia de una verdadera oposición del niño, entendida como un repudio irreductible a regresar al lugar de la residencia habitual; (xi) admitir una desactivación automática del mecanismo restitutorio frente a la simple resistencia del sustractor a retomar al país requirente, equivaldría a dejar todo el sistema diseñado por la comunidad de naciones, a merced de

la voluntad unilateral de la parte demandada; (xii) las autoridades del Estado de refugio sólo están habilitadas para tratar la procedencia del retomo, no así para dilucidar quién de los padres se encuentra en mejor situación para ejercer la guarda; (xiii) el progreso de la demanda no implica una modificación de las titularidades jurídicas o del ejercicio de la guarda, sino sólo el reintegro a la jurisdicción competente, donde deberá resolverse en definitiva; (xiv) la obligación de restituir no supone una negación de los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, puesto que los Estados signatarios han interpretado que —en la singular emergencia de una sustracción internacional— el mejor interés del niño es la restitución.

A la luz de estos principios, se examinará el presente caso.

— VI —

Los principales elementos que deberían tenerse presentes para una mejor comprensión del problema, pueden sintetizarse como sigue: (i) La niña C.B. G. nació el 23 de agosto de 1999, en la ciudad de Buenos Aires, fruto de la unión entre C. del C. F. y T.R.G. (v. fs. 10); (ii) en el año 2000, la pareja se disolvió; (iii) en junio de 2003, la Sra. F. emigró a México, en función de una oferta laboral de la cadena hotelera para la que trabajaba; (iv) sobre esa base, ambas partes acordaron que —una vez asentada la madre en México— el Sr. G. llevaría a C.B. para reunirse con aquella; (v) con ese trasfondo, se plasmó una autorización de viaje, fechada el 3 de marzo de 2003 (v. fs. 50 primer párrafo y fs. 248/250); (vi) C.B. llegó a México cuando contaba con cuatro años de edad (diciembre de 2003); (vii) aunque separado de la Sra. F., el progenitor también se estableció en dicho país; (viii) en abril de 2009, C.B. revestía la condición de residente —renovable anualmente y válida hasta abril de 2010—, con el objeto de “...vivir al lado y bajo la dependencia económica de su madre...” (v. fs. 50 segundo párrafo y certificación de la autoridad migratoria glosada en copia a fs. 16); (ix) C.B. se afincó durante cinco años y medio en la localidad de Los Cabos —Estado de Baja California Sur—, donde se encontraba escolarizada y contaba con seguro de salud (v. fs. 26/28 y 50 tercer párrafo); (x) en agosto de 2009, el Sr. G. partió junto a C.B. con destino a Buenos Aires (v. esp. fs. 128 y 252); (xi) el 23 de agosto de 2009, la actora se enteró concretamente de los alcances de la situación (v. fs. 50 vta.); (xii) la demanda restitutoria (en el sentido del art. 30), cursada por la Autoridad Central mexicana a su par argentina, fue recibida por ésta con fecha 15 de enero de 2010 (v. informe referido en el punto III).

— VII —

La litis se trabó sin contestación por parte del demandado. Entonces, entre otros hechos sostenidos en el escrito inicial, quedó aceptado que la madre no autorizó siquiera una visita a Argentina, a la que se había opuesto. Tampoco se controvertió que la Sra. F. ignoraba no sólo los pormenores sino la realización misma del viaje, ocurrido en ocasión de unas vacaciones que debían transcurrir en suelo mexicano (v. fs. 50 y vta.).

El silencio del Sr. G. a ese respecto, se ha mantenido en esta instancia. De tal manera, más allá de lo que se dirá en el punto VIII (acápito i), puede inferirse que la salida del país no contó con la anuencia materna.

Asimismo, en el contexto de los antecedentes recolectados en autos y según lo dispone el art. 356 del CPCCN, debe tenerse por reconocida la autenticidad de la documentación agregada a fs. 10/28, que —por lo demás— no requiere legalización ni formalidades análogas, en tanto fue girada por conducto de las Autoridades Centrales (arg. art. 23).

De otra parte, al constituirse el proceso, el progenitor no desconoció que la madre fuese titular de derechos de custodia, en los términos convencionales. Empero, transcurrido el pleito, se introdujo una nueva versión en el sentido de que la niña no vivía con su madre.

Por de pronto, ese relato contrasta con la instrumental transmitida por la Autoridad Central mexicana, según la cual la condición migratoria de C.B. vigente en el momento del desplazamiento, suponía “... vivir al lado y bajo la dependencia económica de su madre...” (el subrayado me pertenece; v. acápito (viii) del punto VI). Tampoco encuentra respaldo en las poco claras descripciones de la hija, quien en su momento expresó que en México habitaba con el Sr. G., más tarde manifestó que así lo hizo desde la separación de los progenitores, y últimamente refirió al Sr. Defensor Oficial ante esa Corte que “... su padre... al terminar su jornada laboral se ocupaba tanto de ella como de su hermanita... mientras su madre trabajaba...” y que “... ella iba al colegio jornada doble, siendo su padre quien se ocupaba de llevarla y luego de retirarla, con el permanecía hasta la medianoche que su madre regresaba de trabajar, solo compartía con aquella los días de descanso o no laborables de esta...” (sic; v. fs. 105, 129, 256 vta. y 260 vta. in fine/261 supra).

La consideración integral de los elementos de juicio que acabo de repasar, deja sin asidero a la hipótesis de la guarda paterna exclusiva, en tanto muestra una situación en la cual la hija pernoctaba con la demandante, quien además tiene en su poder documentación esencial para el manejo cotidiano de un niño, como son el carnet de salud y las constancias escolares pertinentes.

De tal suerte, aun cuando el Sr. G. también se habría encargado activamente de C.B. durante los días en los que la Sra. F. trabajaba, acompañándola desde que salía de la escuela hasta que la madre terminaba su horario laboral, difícilmente pueda pensarse que la niña viviese efectivamente con alguien que no fuera su madre. Reparemos solamente en que, de adherir por un momento a aquel relato, pierde sentido la radicación de la hija en Los Cabos, siendo que la conexión con México provenía exclusivamente de la Sra. F., quien —según ahora pretende el recurrente— no la tenía a cargo.

Luego, la alegación sobre el punto se reduce a una mera manifestación de parte que, reitero, se introdujo extemporáneamente, no se aviene a las constancias documentales del expediente, y carece de sustento fuera de los imprecisos datos proporcionados por C.B.. Es que el interesado no se ha ocupado siquiera de aclarar su tardía postura, ni de aportar un mínimo marco fáctico que la sustente. Con ello, su agravio deviene absolutamente dogmático —por lo mismo, inatendible—, sobre todo en el contexto hermenéutico estricto propio del Convenio de 1980.

A partir de los predichos datos fáctico-jurídicos y en orden a lo dispuesto por el art. 3, puede extraerse una primera conclusión acerca del carácter ilícito del desplazamiento, puesto que inmediatamente antes de la salida

inconsulta hacia Argentina, C.B. vivía bajo la custodia de su madre en el Estado de Baja California Sur, cuyo régimen familiar no se ha puesto en discusión.

Párrafo aparte merece la invocación del supuesto deseo de la propia niña de viajar a la República, como factor idóneo para alterar el carácter irregular del traslado.

A ese respecto, observo que dicho argumento no se sometió a la consideración de los jueces de la causa, sino que fue introducido recién en esta instancia por el Sr. Defensor Oficial ante esa Corte.

Por otro lado, el Sr. G. y C.B. narran que ésta vino a Buenos Aires en la convicción de que lo hacía por un tiempo acotado, a causa de la enfermedad de la abuela paterna o de su fallecimiento. En esto los involucrados aportan, una vez más, datos ambiguos (v. esp. fs. 128, 258 segundo párrafo y 261 primer párrafo). Aseveran, además, que la niña quería volver a México; tanto, que habría llegado con su padre hasta el aeropuerto de Ezeiza, donde se habrían percatado de la insuficiencia de la autorización de viaje. Así las cosas, y más allá de las contradicciones que exhibe la postura del demandado, no está probado que la aspiración primigenia de C.B. haya sido mudarse a la República.

Finalmente, y aun considerando por hipótesis que el designio de la hija haya sido ese, no existe en la causa ningún indicio que permita conjeturar siquiera la presencia de un anhelo irremisible de dejar México para no regresar; con lo cual, a la luz de la doctrina del art. 13, cuarto párrafo, aquel argumento está desprovisto de toda eficacia en el plano convencional (v. puntos V [acápito (x)] y VIII [acápito ii.- “b”]).

— VIII —

Aunque los ejes centrales del recurso encuentran satisfacción en lo que llevo dicho hasta aquí, creo prudente profundizar algunas cuestiones.

i.- Consentimiento anterior y aceptación posterior de la madre.

No debatidos los hechos invocados en el escrito introductorio y dada la perspectiva estricta con que, reitero, debe valorarse lo relativo a la autorización del progenitor desasido, entiendo que no es posible atribuir el carácter de una expresión de voluntad anticipada —subsistente, en tanto no se revocó— al poder amplio extendido seis años antes en esta ciudad; máxime cuando ese instrumento tiene directa conexión con la implementación de la mudanza hacia México.

Igual juicio me merecen las actitudes de signo equívoco de las que se acusa a la Sra. F., tales como no viajar a Argentina para llevarse a su hija, o no iniciar un régimen de contacto, o indicarle a C.B. que no volviera a comunicarse telefónicamente, episodio este último que —además— se reduce a una mera manifestación de parte.

En cualquier caso, el padre no logra solventar la inconsistencia de su relato en cuanto a que sólo lo movió a viajar la enfermedad (o el deceso) de su madre, y que su propósito era volver a México, objetivo que habría sido truncado por la propia actora al no extender una nueva autorización ni venir a buscar personalmente a C.B. Tal explicación resultaba imprescindible, sobre todo porque esa tesis se ve ampliamente desmentida por las distintas gestiones realizadas por la Sra. F. en punto a obtener el retomo. A ese respecto, la afirmación de la hija, avalada por el demandado, en cuanto a que “... como su papá no pudo regresar a México no quiso regresar ella sola, ni tampoco que su madre viniera a buscarla...” (v. fs. 128 y fs. 214 vta., segundo párrafo), es sumamente significativa, pues pone en crisis a la narrativa propuesta en el recurso.

Vale decir, entonces, que no se ha justificado con la certidumbre exigible, que la partida definitiva hacia Argentina contara con la anuencia previa o posterior de la progenitora, quien formuló además una denuncia inmediata (fs. 50 vta, cuarto párrafo —art. 356 CPCCN—) e inició y sostuvo los trámites de devolución con una razonable presteza (v. informe referido en el punto III).

En ese contexto, y atendiendo al tenor manifiesto que debe presentar la actitud parental para configurar una autorización en el sentido convencional, estimo que de aquellas imprecisas circunstancias, no puede extraerse una conclusión de tanta trascendencia como es la existencia del consentimiento materno.

ii.- Audiencia de C.B..

(a) Cumplimiento del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta Procuración General ya tuvo oportunidad de expedirse acerca de la doctrina de dicha cláusula y de la interpretación contextual del art. 27 de la ley 26.061 (v. dictamen emitido en los autos S.C. M. N° 394, L. XLIV, “M., G. c. P., C.A. s/tenencia de hijos”, al que V.E. adhirió en su sentencia del 26 de junio de 2012, distinguiendo el asunto del supuesto de Fallos: 333:2017).

Creo que, atento a las características del problema que aquí se ventila, sus consideraciones bastan para contestar el agravio sobre el punto, por lo que me limitaré a agregar unas pocas observaciones, que encuentro especialmente atinentes al conflicto de autos.

La primera, es que el progenitor no ha demostrado la necesidad de proceder, en este litigio en particular, a la provisión oficiosa de una asistencia letrada para C.B., como sí la hubo en el citado precedente de Fallos:

333:2017, en el que mediaba una denuncia de abuso sexual entre los progenitores.

La segunda —más allá de que, a mi ver, la delicada cuestión del abogado del niño debe examinarse en cada caso concreto—, es que hay aquí una variable de apreciación previa, como es que C.B. no desea presentarse con asesor letrado. A ese respecto, el Sr. G. se limita a argüir genéricamente con una supuesta falta de información de C.B. acerca de la posibilidad de contar con patrocinio, argumento que cae prontamente no bien se advierte que recientemente el Sr. Defensor Oficial ante esa Corte la indagó sobre el particular, con resultado negativo (v. fs. 256 vta.).

Paralelamente, el apelante invoca el obstáculo que conlleva la ausencia de asistencia técnica para la aportación de pruebas por parte de la hija, mas no individualiza esos elementos. No precisa, en efecto, en qué podrían consistir las defensas y probanzas puntuales que C.B. se habría visto impedida de producir, ni qué hallazgos hubiesen surgido de ella, ni en qué medida estos habrían de alterar el sentido de la respuesta jurisdiccional.

Las deficiencias antedichas, dejan indeterminada la relación directa entre el agravio y la cláusula federal que se dice vulnerada, por lo cual la apelación tampoco llena la exigencia que para este remedio de excepción impone el art. 15 de la ley 48.

(b) La opinión de C.B. (art. 13, cuarto párrafo).

En razón de su finalidad específica, el Convenio de 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) sólo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual; y, dentro de esta área específica, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar (v. dictámenes de Fallos: 333:604 [en especial puntos X (6) y XIII y sus citas] y Fallos: 334:913 [en especial punto X, quinto párrafo]; y S.C. H. N° 102, L. XLVIII, in re “H. C., A. c. M. A., J. A. s/restitución internacional de menor s/oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, del 21 de febrero de 2013, consid. 15).

Estimo que las constancias de autos no permiten extraer una actitud interna auténticamente intransigente dirigida a resistir el regreso. Por el contrario, en base a los criterios que sintetice en el punto V y parafraseando al dictamen emitido in re S.C. G. N° 129, L. XLVIII, pienso que desde el enfoque ciertamente diferenciado en el que debemos situarnos, no podemos considerar a nuestro país como un núcleo existencial que deba recibir aval jurisdiccional, en tanto vino a suplantar ilícitamente al centro de vida constituido regularmente en México. Tampoco estamos en presencia de una negativa férrea de la niña a volver a ese país, con las características requeridas por V.E. para tener por configurada la eximente del art. 13, párrafo cuarto. Antes bien, como surge claramente de fs. 105, 128, 129 último párrafo y 253/264, la postura de C.B. no importa una resistencia cerrada a retornar a México, sino que apunta a la marcada preferencia que tendría en cuanto a vivir con el Sr. G.

Vuelvo a recordar que el demandado sostiene, al igual que su hija, que ambos quisieron retomar a Los Cabos, y tropezaron en el aeropuerto con un defecto en la respectiva autorización de viaje. Empero, matiza la situación aduciendo que la Sra. F. no colaboró para remover ese obstáculo. Este suceso, lejos de tener la repercusión que le atribuye el recurrente, comporta un reconocimiento tanto del lugar de la residencia habitual, como de la actitud de la joven respecto del país requirente que, a mi ver, en modo alguno puede calificarse como una repulsa irreductible.

iii.- Grave riesgo (art. 13, inc. b).

(a) Situación intolerable, en función del nuevo desarraigo.

Esta Procuración es consciente de que, en este arduo problema de la sustracción internacional, los principales afectados —que, a no dudarlo, son los niños— difícilmente puedan librarse de padecer preocupación, temor y dolor, sobre todo cuando el proceso se dilata, apartándose de la urgencia impuesta en el art. 11 (v. punto VI, cap. i.- (b), del citado dictamen S.C. G. N° 129, L. XLVIII).

Precisamente por eso y en concordancia con los lineamientos reseñados en el punto V, resulta igualmente necesario no perder de vista que la facultad de denegar el retomo en base a la cláusula de grave riesgo, requiere que el niño presente una perturbación superior a la que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres; situación extrema de la que no nos advierte ninguna de las intervenciones realizadas en la causa, ni puede inferirse siquiera de los antecedentes que tengo a la vista.

(b) Hechos violentos.

Este organismo viene poniendo especial énfasis en “...el modelo de abordaje específico que la complejidad de la violencia familiar reclama, y ha llamado la atención sobre la responsabilidad internacional que, también en esa esfera, compromete al Estado argentino (ley n° 26.485; Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, aprobada mediante la ley n° 23.179; Recomendación General de las Naciones Unidas [Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer - CEDAW] n° 19, esp. puntos 6, 19, 23, 24 incs. “b”, “i”, “k”, “l” y “r” acáp. ‘v’; y Convención Interamericana para prevenir, sancionar

y erradicar la violencia contra la mujer, aprobada mediante la ley n° 24.632...”. También ha reconocido expresamente que “[l]as cuestiones planteadas en tomo a dicha materia son indudablemente delicadas, máxime cuando confluyen con estas otras, que también tocan aspectos profundos de la condición humana” (v. Fallos: 334:1445 y S.C. G. N° 129, L. XLVIII, “G., P.C. c. H., S.M. s/reintegro de hijo”).

Aun a la luz de esos lineamientos, estimo que en este caso tampoco puede tenerse por acreditado un proceso de violencia familiar que obste a la restitución de la niña.

Es cierto que C.B. ha apuntado que la madre “... le pegaba, pues se ponía nerviosa por cualquier cosa”, que “... pelea mucho, critica todo lo que ella hace y le pega... que por esa razón quiere vivir con su papá...” y que “... perdía la paciencia rápidamente y solía maltratarla” (v. entrevistas volcadas a fs. 128/129 y 261). También lo es que este tipo de datos no debe tomarse a la ligera.

No obstante, no se ha detallado ninguno de esos episodios, ni la secuencia que los enlazaría. A su vez, frente al traslado de la demanda, el padre guardó silencio sobre ese crucial aspecto. Sólo más tarde se refirió genéricamente al tema de la violencia doméstica y, al singularizarlo, se limitó a remitirse a los dichos de la hija. La apelación federal vuelve a omitir una denuncia concreta del tenor de dichas agresiones, que correspondía formular en orden a la suficiencia del recurso.

Así las cosas, juzgo que no procede rehusar la restitución en base a la excepción de grave riesgo; sin perjuicio de recomendar muy especialmente que, en suelo mexicano, se haga el seguimiento del caso y se analice en profundidad la índole de la relación materno-filial, adoptando las medidas que fueren menester para el resguardo efectivo de C.B.

(c) Negativa del padre.

A fs. 262, último párrafo, el Sr. Defensor ante esa Corte nos anoticia de que el Sr. G. “... no está dispuesto a regresar a México...”, aseverando más adelante que la orden de restitución “... solo reflejará para [C.B.]... la posibilidad de perder a su padre...” (sic; v. fs. 263).

A mi ver, esas imprecisas referencias, no planteadas ante el tribunal de la causa por el propio interesado, con el respaldo serio de algún fundamento conducente, resultan inatendibles en esta instancia de excepción.

A la inversa, aquellos comentarios dejan al descubierto la falacia que encierra el razonamiento en el que se basa el recurrente. Esto es así porque C.B. ha manifestado que volvería voluntariamente a México si así lo hiciera su padre. Ergo, el demandado ha venido a constituirse en árbitro del problema, de modo que con sólo adoptar una actitud prescindente, cancela cualquier posibilidad de cumplimiento de la condición.

En concordancia con el criterio reseñado en el punto V, acápite (xi), considero que este tipo de conductas no merece el aval institucional. De lo contrario, todo el mecanismo creado para combatir el desplazamiento transfronterizo de niños, quedaría —insisto— a merced del designio unilateral del sustractor.

(d) En función de los elementos de juicio analizados, dado que C.B. deberá regresar a un lugar en el que pasó la mayor parte de su vida en condiciones legítimas, en un contexto en el que no aparece configurado el riesgo de connotaciones rigurosas al que se refiere el Convenio de 1980, estimo que no corresponde rechazar la petición de autos.

En tal sentido, conviene reiterar que la restitución no juzga acerca de la modalidad con la que ambas partes habrían regulado, aunque informalmente, el ejercicio de la responsabilidad parental. Entonces, el Sr. G. —quien, como dijimos, ni siquiera ha invocado oportunamente, ni justificado la imposibilidad de volver junto a su hija a México, o de ejercer allí su derecho de defensa—, estaría en condiciones de dar continuidad a ese esquema, sin perjuicio de reclamar la exclusividad ante los jueces de ese país, de cuyo territorio no debió remover a su hija sin la anuencia efectiva de la madre.

— IX —

Por lo expuesto, dado que la alegación genérica del beneficio del niño no basta para configurar la situación excepcional que permitiría rehusar la restitución (v. esp. Fallos: 318:1269, consid. 18), opino que la apelación no debe progresar.

Es que los Estados partes han adquirido el compromiso de combatir la sustracción de menores y, salvo circunstancias rigurosamente particulares, no deberían abdicar de esa responsabilidad —contraída ante la comunidad mundial—, al abrigo de hechos consumados, generados irregularmente por uno de los progenitores.

En ese orden, conviene recordar aquí que el Convenio de 1980 tiene como premisa que el bienestar del infante, víctima del fraude, se alcanza volviendo al estado de cosas anterior al acto de turbación, de manera que preserva su mejor interés —proclamado como prius jurídico por el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño—, mediante el cese de la vía de hecho.

También creo importante sumarme a la preocupación que este Ministerio Fiscal y V.E. vienen expresando en este campo, haciendo extensiva al caso la recomendación de que ambos padres sostengan a su hija con el mayor de los equilibrios, eviten su exposición psicológica y den pronto cumplimiento a la restitución con una actitud ponderada de acompañamiento.

En esa misma línea, aun cuando —repito— las alusiones a supuestas dificultades en el terreno de la violencia doméstica carecen, en estos autos, de idoneidad para configurar una causal de exención, considero que la Autoridad Central argentina debería actuar coordinadamente con su par extranjera en función preventiva, arbitrando los medios informativos, protectorios, de seguimiento y de asistencia jurídica, financiera y social que fueren menester, para que tanto el regreso como el proceso de readaptación en territorio mexicano, transcurran —en lo posible, con la presencia de su padre— del modo más respetuoso a la condición personal de C.S. y a la especial vulnerabilidad que deviene de la etapa vital por la que atraviesa (Fallos: 334:1287 [consid. 7° a 9°] y 334:1445 [consid. 3°]; S.C. G. N° 129, L. XLVIII, “G., P.C. c. H., S.M. s/reintegro de hijo”, sentencia del 22 de agosto de 2012 [consid. 3° a 5°]; y S.C. H. N° 102, L. XLVIII, in re “H. C., A. c. M. A., J. A. s/restitución internacional de menor s/oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, sentencia del 21 de febrero de 2013 [consid. 200 y 21]; v. asimismo punto VIII, acápite iii (b) in fine).

Por último, propongo que el texto de la sentencia a dictarse se ponga en conocimiento de la Autoridad Central, de la forma que esa Corte entendiere adecuada, con miras a una inmediata comunicación a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya.

— X —

En tales condiciones, opino que el recurso extraordinario debe rechazarse, sin perjuicio de que V.E. escuche previamente a C.B., de estimarlo pertinente. Buenos Aires, 18 de marzo de 2013. — M. Alejandra Cordone Rosello (Procuradora Fiscal Subrogante ante la Corte Suprema de la Nación)

F. 354. XLVIII.

F., C. del C. c. G., R. T. s/reintegro de hijo.

Buenos Aires, 21 de mayo de 2013.

Vistos los autos: "F., C. del C. c. G., R. T. s/reintegro de hijo".

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente examinadas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal y a los que corresponde remitirse por razones de brevedad.

Por ello, oído el señor Defensor Oficial ante esta Corte (\*) y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Esta Corte exhorta a los progenitores de la menor en los términos del 4° párrafo del punto IX del dictamen. Igual exhortación cabe dirigir al juez de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para la niña y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos. Notifíquese, comuníquese con copia a la Autoridad Central argentina, a los efectos de que actúe de conformidad con lo expresado en el 5° párrafo del punto IX del citado dictamen. Devuélvase. — Ricardo Luis Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Carmen M. Argibay. — Juan Carlos Maqueda.

(\*) Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Expediente Letra "F", N° 354, Libro XLVIII, Año 2012, caratulado "F., C. del C. c. G. R. T. s/reintegro de hijo"

Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

J. H. L., Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyendo domicilio en la calle ..., 1° piso (contrafrente), Capital Federal, vengo a contestar la vista conferida a fs. 247vta.

I.- En atención a lo que surge de estos obrados, asumo la representación que por ley me corresponde (cf. arts. 59 del Código Civil y 54 de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946) respecto de la menor C.B.G, nacida el 23 de agosto de 1999, en la República Argentina, (cf. Copia de la partida de nacimiento obrante a fs. 10).

II.- En tal carácter, paso a expedirme con relación al recurso extraordinario interpuesto por el Sr. R.T.G. por derecho propio y en representación de su hija menor que fuera concedido a fs. 236/vta., oportunamente planteado a fs. 203/217 contra la sentencia dictada el siete de marzo de 2012 por la Sala "D" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (v. fs. 195/200).

Por medio de tal pronunciamiento el Tribunal resolvió confirmar el decisorio de fojas 143/153 en cuanto decidió hacer lugar al pedido de restitución internacional de C.B.G. a los Estados Unidos Mexicanos,

exhortando a los progenitores a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a la niña una experiencia aún más conflictiva.

III.- En cuanto a la procedencia formal del recurso extraordinario, entiendo que en el sub lite se encuentra en juego el alcance e interpretación de normas que integran el bloque de constitucionalidad, y el decisorio impugnado ha sido contrario a las pretensiones que la recurrente fundara en ellas (cf. art. 14, inc. 3°, de la ley 48; Fallos: 323:3804; 324:1648, 2193, entre otros y Fallos: 326:2906).

Por ello, considero que el remedio federal deducido ha sido correctamente concedido.

IV.- En cuanto al fondo de la cuestión, en primer lugar me referiré a los hechos en que se funda la presente acción.

Se iniciaron las actuaciones en el mes de marzo de 2011, con el objeto de solicitar que en los términos del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores de 1980 (en adelante CH1980), se ordene en forma inmediata la restitución de la niña C.B.G. a su residencia habitual en la Ciudad de Los Cabos, Estados Unidos Mexicanos (v. fs. 49/55vta.).

Del relato de los hechos efectuados en la presentación de inicio, se desprende que los padres de mi defendida iniciaron su relación de pareja en el año 1996. El día 23 de agosto de 1999 nació la niña C.

Al año de su nacimiento los padres de la pequeña decidieron separarse.

En el año 2003, la Sra. C.F. recibió un importante ofrecimiento laboral para trasladarse a Los Cabos, México. Tras conversarlo con el progenitor de la niña, deciden que lo mejor sería que ella viaje sola (junio de 2003) y luego llegaría él con la niña (diciembre de 2003), para dejarla con su madre y retornar él a la República Argentina.

Finalmente el Sr. R.G. fue quedándose en la ciudad de Los Cabos, junto a su hija.

A mediados del año 2009, tras seis años de residencia allí el Sr. R.G. pide autorización a la Sra. C.F. para llevarse de vacaciones a la niña a La Paz, debiendo regresar la niña para el comienzo de clases.

Sin embargo al advertir que el domingo previo al inicio de clases la niña no había regresado, la requirente se comunicó con el Sr. R.G. quien le hizo saber que viajaría a la Argentina con su hija, a lo que ella se negó terminantemente. Sin perjuicio de ello, esto finalmente ocurrió, tal es así que el día 23 de agosto de 2009 —cumpleaños de la niña— la Sra. C.F. la ubicó en la casa de su ex cuñada, en la localidad de Merlo Pcia. de Buenos Aires.

Asimismo refiere que sabe que la niña estaría residiendo junto a su progenitor en la ciudad de Buenos Aires y que asiste a la Escuela.

A fs. 57/vta. dictaminó la Señora Defensora de Menores e Incapaces quien solicito se convoque a la partes junto a la niña a una audiencia ante V.S. con la presencia de un cuerpo interdisciplinario.

A fs. 60/vta. se fijó la audiencia peticionada y se decretaron medidas de prohibición de salida del país y de prohibición de innovar en el domicilio de la menor.

A fs. 105 obra acta que da cuenta de la audiencia celebrada con la niña C., quien en dicha oportunidad manifestó: "que desea regresar a vivir a México, siempre y cuando lo haga con su padre, con quien residía allí antes de trasladarse a la Argentina y con quien desea seguir viviendo. Relata que cuando quisieron volver a México llegaron al Aeropuerto Internacional de Ezeiza y allí les informaron que la autorización para salir del país estaba vencida. Continúa diciendo que su padre llamó a su madre a México y ella se negó a viajar para autorizar el regreso de la niña a dicho país".

A fs. 110 se presentó el demandado con el patrocinio de la Defensora Oficial Indiana Pena, manifestando que no pudo contestar el traslado de la demanda por no contar en ese plazo con patrocinio teniendo en cuenta sus magros ingresos, es así que solicitó que se designe una nueva audiencia a fin de poder concurrir con la debida asistencia técnica.

Una vez llevada a cabo la audiencia el día 15 de junio de 2011, con la presencia del Defensor de menores, la apoderada de la actora en su nombre y representación, el demandado con su letrado y si bien no se logró un acuerdo sobre el fondo, se solicitó la pronta resolución de las actuaciones (v. fs. 117).

A fs. 119/124vta. se presentó el Sr. R.G y solicito se designe un letrado patrocinante para que la niña intervenga activamente en el presente proceso y haga valer su derecho a opinar respecto de la cuestión que la involucra.

A fs. 126, dictaminó la Señora Defensora de Menores, quien fijó una audiencia para que la menor emita opinión respecto de la designación solicitada por su padre.

A fs. 128 comparece la menor ante la Defensora de Menores, en dicha oportunidad manifestó que: "...se encuentra en Argentina, desde que viajó con su papá (...) en agosto de 2009. Informa que vino a ver a su familia paterna, aclara que (...) no quiso quedarse en México con su mamá (...) porque ella le pegaba pues se ponía nerviosa por cualquier cosa, menciona que como su papá no pudo regresar a México no quiso regresar ella sola,

ni tampoco que su madre viniera a buscarla, ya que no le gusta como la trata. Camila refiere que su mamá la llamó al principio cuando vino a este país, en dos ocasiones, pero que luego comenzó a no comunicarse y ella misma no quería hablar porque no quería decirle que no deseaba volver y que su madre le volviera a pegar. Explica que su madre la llamó por última vez el mes pasado y que no se comunica tampoco por otro medio. En total fueron tres llamadas telefónicas según cuenta. (...) mantiene contacto tanto con sus tíos y primos maternos como paternos. Al respecto dice que aquí tiene más familia que en México, que allí solo tiene a su madre y a su hermanita (...) La entrevistada refiere que asiste a 7º grado (...) va a natación y está aprendiendo inglés. Expresa que su deseo es vivir con su papá, que no quiere convivir con su mamá."

A fs. 137/139vta. emitió opinión la Sra. Defensora de Menores con relación a la petición efectuada por el demandado respecto de la designación del abogado del niño, entendiendo que toda vez que la niña había participado activamente en la actuaciones habiendo sido oída en dos oportunidades y no constaba finalmente un pedido expreso de la niña en cuanto a la designación de un letrado que la patrocine, a fin de no dilatar aun más la cuestión indagando al respecto consideró resguardado tal derecho con lo actuado por la niña en la causa y se expidió en definitiva sobre la cuestión de fondo; entendiendo que se encontraban configuradas las excepciones que prevé el art. 13 del Convenio de la Haya de 1980 (oposición del menor y existencia de una situación intolerable), motivo por el cual solicitaba el rechazó del pedido de restitución.

En igual sentido dictaminó el Ministerio Público Fiscal a fs. 141/142vta.

A fs. 143/153, obra glosada la sentencia de grado que en cuanto aquí interesa resolvió hacer lugar al pedido de restitución internacional de C.B.G a los Estados Unidos Mexicanos, por entender que para que existe una situación intolerable la niña debe presentar. "... una perturbación emocional muy superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres y que esa situación excepcional exige de una situación delicada, que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o de la desarticulación de grupo conviviente". Asimismo consideró que no se configuraba de modo categórico la resistencia de la niña en los términos previsto por el art. 13 CH1980.

Dicha decisión fue apelada a fs. 157vta. por la Defensora de Menores y a fs. 158 por el demandado.

A fs. 195/200 obra la sentencia dictada por la Sala D de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que resolvió confirmar el decisorio de fs. 143/153 en todo cuanto decide y fue materia de agravios.

Contra dicho decisorio la demandada interpuso recurso extraordinario federal (v. fs. 203/217), el que concedido a fs. 2367vta., motivó la elevación de las actuaciones a esa Corte y presente vista.

V.- Luego de haber circunscripto los hechos en que se funda esta causa, me avocaré específicamente a la cuestión traída a estudio y a los agravios que ocasiona la decisión puesta en crisis.

En primer lugar hago saber a V.E. que el día 27 de julio me constituí en el domicilio sito en la calle ... P.B "D", Ciudad de Buenos Aires, donde reside mi defendida junto con su padre, a fin de mantener una entrevista con la adolescente, para poder determinar, a través de la intermediación y el contacto personal con ella, cuál es hoy la solución más contemplativa del interés superior que me corresponde tutelar, teniendo en cuenta que es doctrina de esa Corte que sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan (cf. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865).

Pues, como lo tiene dicho V.E., el interés superior del niño no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso (cf. Fallos: 330:642).

Y lo cierto es, que en materia de sustracción internacional de niños se parte de una presunción: "el bienestar del niño o su interés superior es la inmediata restitución a su situación anterior al traslado o retención ilícita, es decir su pronto retorno a su residencia habitual".

Ahora bien, en cuanto esto no sucede en el plazo breve que el CH 1980 prevé (seis semanas) y el transcurso del tiempo incide, en la vida del niño/niña víctima de un supuesto traslado o retención ilícito, ya sea por las demoras en iniciar el trámite o por la extensión del proceso, el Convenio no establece una solución específica u otra presunción de la cual pueda partirse para considerar el interés superior del niño. A mi entender una interpretación armónica de este instrumento y de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, indican que al momento de resolver la cuestión es el interés superior del niño analizado en forma concreto y no en abstracto, el eje que debe regir la decisión que se adopte (art. 3 CDN).

De allí que se torne imperioso, a los efectos de determinar cuál es la solución que asegure mayor satisfacción de derechos y menor restricción, analizar: 1) cuáles son los derechos que se pretenden tutelar, 2) cuáles son las circunstancias que rodean al caso, 3) cuál es la voluntad de la niña y 4) cuáles son sus necesidades.

Para completar el análisis, cabe preguntarse, ¿Quién ejercía la custodia efectiva de la niña? ¿Cuáles fueron las causas del traslado a la Argentina? ¿Si el traslado fue ilícito o en su caso hubo una retención que pueda calificarse de ilícita? ¿Fue consentida la residencia en nuestro país por la solicitante? ¿Cómo influyó el transcurso del tiempo, conforme art. 12 del CH 1980 en la vida de esta niña? ¿Se respetó la noción de urgencia que estas cuestiones requieren a fin de garantizar un retorno inmediato al estado en el que tenía su residencia

habitual, conforme art. 11 del CH 1980? ¿Cuál es hoy su situación, su centro de vida y su residencia habitual? ¿Cuál es la jurisdicción en mejores condiciones para determinar hoy la custodia? ¿Se produjo el efecto derogatorio de la jurisdicción? En síntesis: ¿Cuál es hoy su interés superior?

Como se señaló, la cooperación internacional que se exige al Estado Argentina al promoverse un pedido de restitución internacional, es la de contribuir a restablecer la situación existente con anterioridad al traslado o sustracción, en un claro beneficio del interés del niño, que fue alejado ilícitamente de quien tenía su custodia, debiendo ser esta inmediata, de allí que el CH1980, establezca que si la cuestión no se ha resuelto dentro de las seis semanas, podrá exigirse al tribunal que explique las razones de esa demora.

Ahora bien, no siempre el interés superior del niño coincide con ordenar una restitución, de allí la necesidad de ser minucioso en su análisis, contemplando todas las circunstancias y posibles afectaciones de la decisión que en definitiva se va a adoptar y sin desconocer la interpretación restrictiva que se exige de las excepciones previstas, y sin permitir que terminen convirtiéndose en una trampa legal para estos niños.

Por otra parte, es dable también señalar, sin desconocer lo normado por el art. 16 del CH1980, que frente a la existencia de casos difíciles, resulta especialmente complejo decidir sobre la no restitución, sin entrar a valorar circunstancias que hacen a la cuestión de fondo (visitas y custodia), a pesar de la marcada delimitación que se pretende (cf. Arts. 16 y 19 CH), y prueba de ello es el sub examen, en el que la propia niña no puede separar la conflictiva que la involucra con su claro y vehemente deseo de convivir con su padre y no con su madre.

En definitiva, la decisión de cooperar o no internacionalmente con la restitución del niño, exige de nuestros órganos jurisdiccionales una evaluación integral de la situación y del conjunto de derechos humanos que podrían vulnerarse o satisfacerse según la decisión que se adopte. Así, se debe analizar la existencia de riesgo o peligro para el niño (art. 13 I.b, del Convenio de la Haya), la violación a las libertades fundamentales del Estado requerido (art. 20 CH 1980) y la valoración de la oposición del menor (art. 13.II CH 1980), para no incurrir tampoco, en responsabilidad internacional en base a los tratados internacionales que el Estado suscribió e integran el bloque de constitucionalidad.

En este sentido adelanto brevemente —pues luego volveré sobre esto— mi impresión personal tras la entrevista.

Se trata de una adolescente que en días cumplirá 13 años, se la observó contenida y cuidada por su padre, quien se muestra muy atento a todas sus necesidades y a su salud, comentó que su hobby y el de su padre es la práctica del taekwondo, su padre da clases y ella lo acompaña tomándolas, tal es así que en el domicilio puede verse la cantidad de trofeos y medallas que ambos han obtenido.

La joven relató, que se encuentra cursando primer año del secundario en el Colegio Lenguas Vivas, ubicado frente a su domicilio, que tiene un grupo de amigas, las que a la salida del colegio suelen ir a su casa.

Con relación a su anterior residencia en México, lo único que manifestó fue cierta nostalgia por la belleza de sus playas, las salidas por la tarde con su padre quien al terminar su jornada laboral se ocupaba tanto de ella como de su hermanita, pese a no ser su hija, mientras su madre trabajaba.

Asimismo manifestó estar apenada por no poder ver a su hermanita, de seis años de edad, hija de la madre con otra pareja y a una hermanita de 5 meses.

Refirió que las pocas veces que habló por teléfono con su madre intentó comunicarse con su hermana, pero su madre no la puso al teléfono. Asimismo señaló que en las primeras comunicaciones, por temor no se animaba a decirle a su madre que no deseaba regresar, incluso aludió que su mamá le dijo que si se quedaba con su padre que no la llamará nunca más, cuestión que claramente le causó mucho dolor y angustia.

Por otra parte señalo, que la niña nada manifestó sobre su voluntad de que se le designara un abogado que la represente.

Sentado lo anterior, procedo a expedirme respecto de los agravios sustentados por el recurrente.

V.- Agravios. Se agravia centralmente el recurrente en nombre y representación de su hija menor de edad, invocando la existencia de arbitrariedad fáctica en el análisis y ponderación de los hechos, arbitrariedad normativa por interpretación injusta de la ley, violación al derecho de defensa en juicio y debido proceso en tanto no se proveyó favorablemente la petición de la designación de un abogado del niño.

Seguidamente procedo a expedirme respecto del gravamen que entiendo ocasiona la decisión que aquí se critica para mi defendida.

VI. a).- Inicio de las actuaciones (art. 12 CH1980). Afirmó la Alzada: "(...) la madre de C. inició el reclamo ante la autoridad central de los Estados Unidos Mexicanos antes del plazo previsto por el artículo 12 de la Convención. A su vez, tanto de las constancias obrantes en autos como lo expuesto por niña a fojas 105, su lugar de residencia y centro de vida se encontraba originariamente en la ciudad de Los Cabos, México, lo que pone de manifiesto la retención ilícita de Camila por parte de su padre en el territorio de la República Argentina

En primer lugar, debo advertir que yerra el tribunal cuando afirma que la requirente promovió el pedido de

restitución internacional previo a que se cumpla el plazo de un año que prevé el art. 12 de la CH1980.

Ello es así a poco que se advierta, que el mencionado artículo establece: "Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. (...)" (el desatacado me pertenece).

De la lectura de la norma emerge con meridiana claridad, que se alude al plazo de un año desde el traslado o la retención y el inicio de un procedimiento en sede administrativa (autoridad Central) o judicial en el estado donde el niño o niña se encuentre.

En ese contexto normativo adviértase que la requirente inició un pedido de restitución ante la autoridad administrativa no del país requerido (Argentina) sino del país requirente (México) en el mes de junio de 2010 (v. fs. 1/9), mientras que ante el país requerido inició acción judicial en el mes de marzo de 2011 y la comunicación de la Autoridad Central Argentina data del mes de noviembre de 2010 (v. fs. 33 y 49/56).

Tales datos no hacen más que demostrar, que el inicio del procedimiento tendiente a obtener la restitución de la niña en el Estado contratante tal como lo prevé el art. 12 del CH 1980 fue efectuado en forma tardía, es decir excedido el plazo de un año que prevé la norma contrario sensu a lo afirmado por el a quo.

A ello cabe adunarse, que la ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los Convenios sobre sustracción internacional de niños elaborada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño (v. <http://www.hcch.net>), establece en su art. 11 que: "(...) La presentación de la demanda o solicitud de restitución ante el tribunal competente del país donde se halle el niño marcará la fecha de iniciación de los procedimientos a los efectos establecidos en el art. 12 incisos 1º y 2º de la Convención de La Haya y 14 de la Convención Interamericana" (el destacado me pertenece).

Esto implica que de una interpretación armónica de la letra del artículo 12 del CH1980 y el art. 11 de la ley modelo de procedimientos, emerge que el procedimiento iniciado por la requirente fue efectuado en forma tardía pese a conocer en forma fehaciente y efectiva, tal como lo relató en su presentación de inicio, que desde el mes de agosto de 2009 la niña se encontraba junto a su progenitor en la República Argentina.

Y tales circunstancias habilitan no solo la posibilidad de analizar la existencia de una integración de la niña a un nuevo centro de vida (Buenos Aires), conforme el art. 12 CH1980, como excepción, que configurada permite oponerse al pedido de restitución, sino también para determinar la existencia de actos propios de la requirente que configuran una aceptación tácita de la modificación del cambio de residencia de su hija.

Las circunstancias previas al traslado a la Argentina. Aclarado tal extremo, corresponde asimismo destacar, que tal como me lo manifestara mi defendida al entrevistarla, las circunstancias que originaron el traslado a la Argentina fueron las que a continuación se describen.

Encontrándose de vacaciones con su padre en La Paz, México, les comunican desde Buenos Aires que la abuela paterna se encontraba muy delicada de salud. Ante la noticia el Sr. R.G., le anunció a la niña que lamentablemente debían interrumpir las vacaciones, porque él debía viajar a Argentina. Inmediatamente la niña le manifestó, que quería viajar con él, que no quería quedarse con su progenitora, porque su madre la maltrataba. El Sr. R.G. intentó explicarle que no era posible que no tenía dinero suficiente para solventar dos pasajes aéreos, que su idea era ir y volver lo más pronto posible, sin embargo la niña se mantuvo firme en su posición y el Sr. G. decidió vender la camioneta que tenía para poder pagar el pasaje de la niña.

Asimismo, en oportunidad de la entrevista me hacen entrega de la documentación que respalda la salida autorizada de la niña desde México a la Argentina y que en este acto acompaño (a amplia autorización para viajar y obtener y renovar documentos, pasaportes y pasaporte provisorio expedido por la Representación Consular de la República Argentina en México, válido para regresar a la Argentina, con una vigencia de 60 días desde que fue expedido).

De dicha documentación resulta que el aquí demandado tenía un poder amplio extendido por la progenitora de la menor, que autorizaba a C.B.G a viajar sola o acompañada por mar, aire o tierra y a ausentarse del país con destino a cualquier país del extranjero, facultándola para que gestione ante las autoridades competentes la obtención o renovación de los documentos de identidad, pasaporte y toda otra documentación personal exija.

En dicho instrumento, la Sra. C. del C.F. se comprometió, a comunicar de inmediato a las autoridades policiales y/o migratorias correspondientes, cualquier modificación de su voluntad de suscribir tal autorización amplia.

En base a tal amplia facultad que se le concedió a la niña, tramitó previo al viaje, el día 6 de agosto de 2009,

un pasaporte provisorio expedido por la Representación Consular de la República Argentina en México, válido para regresar a la Argentina, con una vigencia de 60 días desde que fue expedido (v. copia que se adjunta).

Tales elementos probatorios no hacen más que demostrar, por un lado que el traslado no fue ilícito en tanto la niña contaba con una amplia facultad para trasladarse de un país a otro otorgada exclusivamente por su madre y en este caso puntual lo hizo acompañada por su padre, con lo cual podría decirse que contaba indudablemente con el consentimiento de ambos progenitores para salir del país.

A ello debe sumarse que, conforme puede advertir en la entrevista, tampoco puede hablarse de "sustracción", en tanto al momento de decidir el viaje la niña emitió opinión y manifestó su deseo de irse junto su padre (art. 12 CDN).

Desde otra óptica, es dable destacar, que en la causa no obra ningún elemento que acredite que la Sra. C.F. cambió su voluntad y la comunicó a las autoridades migratorias, tal como se comprometió al suscribir la autorización ante escribano público.

Conforme también pude interiorizarme en la entrevista, tras el fallecimiento de la abuela paterna en Argentina, deciden regresar a México, e incluso se baraja la posibilidad de que la Sra.

C.F. viniera a buscar a su hija, aquella llamativamente les respondió que así como se habían ido solos que se las arreglaran solos para volver, e incluso manifestó la niña, que su madre enojada le dijo que si no volvía a México para festejar su cumpleaños que no la llamará más.

La residencia habitual como doble punto de conexión. Es este uno de los conceptos que se advierte como desdibujado, al momento de aplicar el CH 1980 y al que se le atribuye un doble rol sirve para determinar la existencia o no de un traslado ilícito y la jurisdicción competente para resolver sobre la cuestión de fondo "custodia y visitas"

La interpretación de este concepto central (Preámbulo, arts. 3 y 4 CH 1980) ha demostrado ser cada vez más problemática, con interpretaciones divergentes que surgen de distintas jurisdicciones.

Pues no hay uniformidad respecto de si al momento de determinar la residencia habitual, el énfasis debe estar sobre el niño exclusivamente, o si debe estar primordialmente en las intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor. La residencia habitual puede parecer un factor de conexión muy flexible en algunos Estados Contratantes, y mucho más rígido para otros, reflejándose en la noción de una residencia a largo plazo.

Cualquier valoración de la interpretación de residencia habitual se torna aún más complicada por el hecho de que los casos pueden involucrar situaciones fácticas muy diversas.

A modo de ejemplo, la residencia habitual puede tener que considerarse como consecuencia de una mudanza permanente, o una mudanza más tentativa, aunque tenga un final abierto o potencialmente abierto, o la mudanza puede ser, de hecho, por un plazo de tiempo definido.(v. Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562, [1990] 2 All ER 961, [1990] 2 FLR 450, sub nom C. v. S. (A Minor) (Abduction) HC/E/UKe 2 <http://www.incatat.com/>).

Obsérvese, que en el presente caso, la pareja residía en Buenos Aires, Argentina lugar donde nace C. el 23 de agosto de 1999. Luego en el mes de junio del año 2003, ya separada la pareja, la madre de la niña se trasladó por trabajo a México, mientras que la niña junto a su padre viajó en diciembre de 2003. Es decir que la niña vivió cuatro años en Argentina, previo a mudar su residencia a México, allí permaneció hasta el mes de agosto de 2009 (es decir 5 años y medio) hasta que viajó con su padre a Buenos Aires, llevando ya 3 años de residencia en Argentina.

Por lo tanto, se observa que el tiempo de residencia de esta niña en el país requirente, fue de 5 años y medio; mientras, que en Argentina residió sus cuatro primeros años de vida y ahora hace tres que reside aquí, es decir suman 7 años de residencia en Argentina.

De allí, la dificultad que se señalaba para interpretar el concepto de residencia habitual.

¿Cuál es hoy la residencia habitual determinante de la jurisdicción en mejores condiciones para resolver la cuestión de fondo? ¿Cuál es la residencia habitual de C.?

En mi opinión el status quo que el CH 1980 intenta preservar y recuperar en forma inmediata, retornando a la residencia anterior ya no existe, toda vez que, la situación, es otra totalmente distinta, pues se constituyó inexorablemente otra residencia, que tiene una permanencia y que fue elegida y consentida por la niña y en alguna medida por la requirente (aceptación tácita).

Parecería así, que los conceptos de "residencia habitual" (CH 1980) y de "centro de vida" (Ley 26.061) se enfrentan y contraponen a la hora de aplicar el Convenio y decidir este tipo de conflictos y, lo grave es que finalmente quienes se perjudican con esa contraposición son los niños.

Recuérdese, que la residencia habitual anterior del menor sirve, a un doble objetivo: permite la calificación de un traslado como sustracción ilícita y, presupone un criterio de competencia de los tribunales de dicho estado.

Tal como lo establece el art. 92 del C.C., la residencia para que cause domicilio, ha de ser habitual y no accidental (Fallos 124:269).

Esta idea de permanencia de la residencia, hace que entren en juego los "efectos derogatorios" y los "efectos atributivos" de la competencia judicial para resolver este tipo de conflictos (v. Pilar Jiménez Blanco, "Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores", Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 28), producto así también de la manipulación del concepto de residencia habitual (el que exige algún grado de permanencia para tener un viso de seriedad).

Resulta ilustrativa la jurisprudencia de Canadá, en materia de residencia habitual, ya que adoptó un enfoque orientado al menor. Así la Cour d'Appel de Montréal sostuvo, que la determinación de la residencia habitual de un menor era una cuestión puramente fáctica que debía resolverse a la luz de las circunstancias del caso con respecto a la realidad de la vida del menor, más que a la de sus padres. El plazo de residencia efectiva debe haberse extendido durante un período de tiempo continuo no insignificante; el menor debe tener un vínculo real y activo con el lugar, aunque no se establece período de residencia mínimo alguno (cf. Droit de la famille 3713, Cour d'appel de Montréal, 8 septiembre 2000, No 500-09-010031-003 [Cita INCADAT: HC/E/CA 651]).

Recaudos que se dan claramente en el sub lite, con relación a la residencia en Buenos Aires.

En síntesis, debe partirse de la idea de que la residencia es el centro de intereses vitales del niño, donde aquel se siente más integrado; siendo los tribunales de dicho lugar, los más próximos para poder resolver (principio de inmediación) acerca de cualquier modificación sobre su custodia.

En tal sentido, cabe concluir, que los criterios interpretativos del concepto de residencia habitual deben partir de los componentes fácticos que rodean al caso, que en definitiva son los que conducirán a obtener una solución justa y contemplativa del interés que se debe tutelar.

En ese entendimiento, cabe hoy cuestionarse, si no han operado los efectos derogatorios de la competencia, siendo la jurisdicción argentina quien asume por efecto atributivo la competencia para dirimir la cuestión de custodia y visitas que aquí se genera, asegurando que la niña guarde un adecuado contacto con ambos progenitores y con sus hermanitas.

Residencia habitual consentida por el ahora requirente: No obstante lo hasta aquí marcado, nótese que los actos que la Sra. C.F. ha venido desplegando, fueron motivando que la residencia de ella y la de su hija no coincidan, como así también que la residencia de C., en la República Argentina se convierta en habitual.

Obsérvese que si bien la Sra. C.F. en el mes de agosto de 2009, tomó fehaciente conocimiento de que la niña se encontraba en Argentina, hecho afirmado en su escrito constitutivo, un año y siete meses después de tomar conocimiento de este hecho promovió el procedimiento judicial tendiente a obtener la restitución de la niña, y el reclamo administrativo que inicio dos meses de cumplirse el año lo hizo ante la autoridad administrativa requirente más no ante la el Estado requerido como lo exige el art. 12 CH 1980, lo que a mi entender siguiendo la jurisprudencia comparada implica una aceptación inactiva o pasiva en el sentido de que el progenitor perjudicado deje pasar el tiempo sin palabras o acciones de su parte que se refieran a la insistencia de una restitución inmediata, como ha sucedido en este caso. (INCADAT, H. v. H. (Abduction: Acquiescence) [1996] 2 FLR 570, HC/E/UKe 169, <http://www.incadat.com/>).

En el presente caso, las acciones de la requirente, no fueron clara e inequívocamente congruentes con su intención de obtener un recurso inmediato en el marco del Convenio. (cf. INCADAT Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1998] AC 72 HC/E/UKe 46, Aceptación posterior-art. 13(1)a, <http://www.incadat.com/>).

Durante ese período, tampoco requirió la actora, la fijación de un régimen de visitas que le permitiera tener adecuado contacto con su hija en este largo período de tres años, sino que por el contrario tal como me lo hiciera saber la niña le llegó a decir a C. que no la llame más.

VI. c).-Las excepciones del art. 13 CH 1980. Corresponde evaluar si en la especie, concurren algunas de las excepciones establecidas por la Convención.

Al respecto señaló la Alzada en el fallo recurrido "(...) la existencia de un grave riesgo de que la restitución de la menor la exponga a un peligro físico o que de cualquier otra manera la ponga en una situación intolerable, no resulta un extremo comprobado en autos, máxime si se tiene en cuenta lo expuesto por C. en la primera oportunidad en que fue entrevistada por el señor Juez de grado a fs. 105 y en presencia de la señora defensora de menores e incapaces donde expresamente manifestó: "que desea regresar a vivir a México, siempre y cuando lo haga con su padre, con quien residía allí antes de trasladarse a la Argentina y con quien desea seguir viviendo". Por otra parte afirma que los dichos de la niña: "ella no quiso regresar sola, ni tampoco que su madre viniera a buscarla ya que no le gusta como la trata (...) manifestaciones estas que a criterio del tribunal, no encuadran dentro de las excepciones previstas por el artículo 13 inciso b) de la Convención, para modificar lo decidido por el fallo recurrido"

Al momento de analizar el tribunal si se configuraba alguna de las excepciones que prevé el art. 13 CH1980, sostuvo que no se encontraban probadas, como así también, que los dichos de la niña tampoco encuadraban en

las previsiones del citado artículo.

Repárese, que la niña manifestó en las distintas oportunidades que fue oída, que su único deseo es convivir con su padre y me lo reiteró en oportunidad de entrevistarla.

Claramente, la joven no logra separar su lugar de residencia con su deseo de seguir a su padre, en tanto justamente este fue el hecho puntual que motivó que ella se trasladara con su padre a la Argentina.

Por otra parte, la niña me describió como era su rutina cotidiana, ella iba al colegio doble jornada, siendo su padre quien se ocupaba de llevarla y luego de retirarla, con el permanecía hasta la medianoche que su madre regresaba de trabajar, solo compartía con aquella los días de descanso o no laborables de esta, relatando que en dichas oportunidades esta perdía la paciencia rápidamente y solía maltratarla, de allí que cuando su padre le comunica que viajaría a Argentina por el estado delicado de salud de la abuela, ella no quiere quedarse en México con su madre.

La única razón que eventualmente, la vincula a México es ver a su hermana y conocer a una hermanita que nació hace unos meses, pero no esgrime necesidad de reencontrarse con su madre, ni necesariamente con un centro de vida que ya no le pertenece, ha señalado en varias oportunidades que aquí tiene más vínculos familiares, pues cuenta con su familia extensa materna y paterna.

De hecho el día en que me constituí en su domicilio estaba disfrutando de sus vacaciones de invierno y aprovechando la visita de una de sus primas y se iba a pasar el fin de semana, como lo hace en forma habitual, al domicilio de la abuela materna.

De lo hasta aquí descripto, entiendo que resulta en este caso puntual difícil separar la cuestión de fondo con el orden de restitución que la Sra. C.F. pretende, la que a esta altura y recordando que se tomó un año y siete meses para iniciar judicialmente el pedido que hoy nos ocupa, parece caprichosa.

Desde otra óptica y ante las necesidades que la niña esgrime de ver a sus hermanas, pareciera que es más una cuestión de visitas (internacional) que de restitución.

VI.d).-Cuestión de fondo e Interés superior de la niña. El tribunal apelado sostuvo que:"(...) Sucede que en la especie se impone separar claramente dos situaciones. Una relativa a la conveniencia de que la titularidad de la guarda recaiga en el padre o la madre; la otra atinente a la procedencia del retorno, siendo este último el único debate para cuyo tratamiento están habilitadas las autoridades del refugio. La confusión que en este punto emana de los antecedentes del caso, invade la apreciación de la opinión de la niña que, en el contexto convencional, no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con alguno de los progenitores (...), contrariamente a lo sostenido por el recurrente, la decisión adoptada ha sido teniendo en cuenta el interés superior del niño, que imponen como directiva general los tratados.(...)No debe perderse de vista que si el objetivo es evitar la "cosificación del menor" es necesario tener presente que lo que las normas procuran es "lo más conveniente al niño para su desarrollo integral y armónico y no lo que pretenden los adultos enfrentados a ese interés(...).La convención parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos."

Tales apreciaciones no son más que afirmaciones dogmáticas, que él a quo con su decisión finalmente no logró proteger, por el contrario al hacer caso omiso a la opinión de la niña, parece cosificarla, en tanto si bien la opinión de ella no es vinculante si es orientativa y para apartarse el tribunal debería justificar las razones que lo conducen a tomar un rumbo diferente y comunicárselo a la niña (cf. Observación General N° 12 de Comité sobre los Derechos del Niño).

Entiendo, todos coincidimos en que los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres; sino que, deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propias (cf. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. 31 Sesión Ordinaria. Recomendación relativa a una Carta Europea de los derechos del Niño. Texto adoptado el 4 de octubre de 1979).

Es evidente que atentar contra la voluntad de la niña generará una situación intolerable, cuyas consecuencias se mostrarán palpables una vez acaecidas y la actuación de la justicia será tardía, ocurrirá en el Estado requirente, sin garantías o mecanismos post retorno previstos para estos niños y con una situación de desigualdad entre las partes.

VII.- Bajo tal plataforma fáctica, corresponde detenerse y analizar cuáles son los derechos que se encuentran en juego y deben satisfacerse para luego analizar cuál es la solución que concede mayor satisfacción y menor restricción.

Al respecto, entiendo se encuentra en juego el derecho de C., a crecer en el seno de una familia, a mantener un adecuado contacto con ambos progenitores, a un adecuado desarrollo psicofísico, integridad psicofísica a no ser retenida ni trasladada ilícitamente, a su identidad (sentido dinámico, cultural, lazos familiares etc.).

De lo hasta aquí señalado entiendo, emerge con meridiana claridad, que no puede separarse la cuestión de fondo (custodia-visitas), puesto que justamente este es el punto que originó el traslado de la niña a esta jurisdicción no encubierto por una sustracción sino consentido por la niña y con una autorización vigente, tampoco hubo una retención ilícita en tanto la Sra. C.F., encontrándose en condiciones de poder lograr el

regreso de su hija se negó a concretarlo, luego se tomó un año y medio para iniciar un proceso judicial invocando el Convenio de la Haya de 1980, cuyo objetivo es lograr la restitución inmediata de un niño que haya sido trasladado o retenido ilícitamente, circunstancias que aquí no se dan, en primer lugar porque no hubo ni traslado ni retención ilícita y la inmediatez en lograr el regreso seguro de la niña a su residencia habitual, tampoco existe porque pasaron 3 años.

Como lo señalé desde el inicio, lo cierto es que al no haberse promovido y obtenido la inmediata restitución a su residencia anterior, se desdibujó el objetivo del CH 1980, que es retornar con urgencia las cosas al estado anterior y la jurisdicción mexicana perdió la atribución de su competencia para dilucidar, cuál es el progenitor en mejores condiciones para ejercer el cuidado o la custodia de la menor.

Ahora bien, cabe preguntarse qué sucede si el tiempo transcurrido, impidió el cumplimiento del objetivo del Convenio con la urgencia que este impone, por circunstancias obviamente ajenas a la mayor perjudicada, C.

En este sentido el Convenio presenta un vacío, toda vez que no prevé una solución para estos supuestos, que sin embargo en Argentina son sumamente frecuentes y preocupantes, en tanto aún no se cuenta con una normativa interna que regule o reglamente este tipo de procesos a los que debe darse un trámite urgente y preferencial.

Tampoco contempla mecanismos para cubrir el post retorno, que en este caso de no compartirse la solución que propugno, serán necesario arbitrar, máxime tenido presente el fuerte vínculo que une a la niña con su padre, quien no está dispuesto a regresar a México, de allí que la pequeña constantemente sostenga que lo único que quiere es convivir con su padre porque tiene la convicción de que si retorna eso no sucederá y se le generará una situación intolerable haciendo caso omiso a su opinión.

Es por tal razón que, en este tipo de supuestos, se viene bregando, porque se realice un análisis minucioso respecto de cuál es el real interés de los niños afectados por un supuesto de sustracción internacional, el que necesariamente debe ir acompañado de una mirada atenta a las circunstancias fácticas que rodean al caso en el momento en que debe resolverse y no de una aparente aplicación automática de la Convención en supuestos en que los recaudos para su aplicación no están configurados.

Es decir se recurre a la aplicación de un instrumento internacional que se termina convirtiendo en una trampa legal para la niña involucrada.

Pues, como es sabido, las necesidades de todo niño/a varían conforme a su edad y al paso del tiempo y lo que hoy es beneficioso para ellos, mañana puede no serlo, de allí que se requiera un análisis comprometido de las repercusiones de cada decisión que se adopte, la que claramente incide en el futuro de estos pequeños.

Nótese, que es en estos casos claramente se advierte como la aplicación del Convenio se convierte en una piedra en el camino de estos niños, y la protección que en su origen el convenio pretendía, se transforma luego en un instrumento de tortura y castigo para ellos.

Ello es así, toda vez que por la aplicación del CH1980 vuelven a sufrir una modificación de su situación de cotidianidad, y lo grave es, que ahora no es provocada por quien injustamente muchas veces es calificado de "sustractor", sino por el propio Estado, que decide restituirlos pese a que trascurrió un largo período, sin analizar cuáles serán las repercusiones de estas decisiones.

Una análisis parcial de la cuestión la coloca en una situación de desigualdad frente a aquellos niños que se encuentran inmersos en una familia sin puntos de conexión internacionales, quienes parecería gozan de mayores garantías y de un concreto y minucioso análisis, de cuál es su interés superior, mientras que respecto del niño que se inserta en una familia internacional, su suerte queda sellada por una presunción de que su bienestar esta dado por el regreso pronto a su residencia anterior, presunción que parece indestructible y así lo viene demostrando en forma reiterada la praxis judicial.

Sentado ello, y en base a mi impresión personal, considero que si bien mi defendida, conoce la existencia del conflicto judicial que la involucra, no es consciente, ni está preparada para afrontar un cambio radical como el que se avecinaría de confirmarse la solución que se critica.

Ello es así, porque no visualiza como posible —quizás porque ha crecido y cuenta con madurez para entender la situación— que alguien ajeno a su familia, los obligue abandonar sus afectos, sus amistades, su casa, sus actividades.

Se impone así la necesidad de una evaluación proyectando cualquier solución sobre los menores hacia el futuro, pues el interés superior del menor no se agota con el examen de las necesidades actuales a satisfacer en el caso concreto, sino que cualquier decisión obliga a proyectar la evaluación de cara al futuro, de modo que pueda considerarse cada fórmula como estando destinada a facilitar la formación del menor y establecer las pautas para el desarrollo de su personalidad (cf. Roca y Trías, E., "Contestación" al discurso de ingreso de la doctora Alegría Borrás sobre "El interés del menor como factor de progreso y unificación en el ámbito del derecho internacional privado", Revista Jurídica de Cataluña 4 (1994) 976, citada por Marina Vargas Gómez-Urrutia en "El interés del menor como principio inspirador en el derecho convencional de la Conferencia de la Haya de derecho Internacional Privado").

En este orden de ideas, no puede pasar inadvertido que bajo el panorama hasta aquí descripto no puede resultar garante de su interés superior y, mucho menos, de su voluntad, ordenar su restitución y la que solo reflejará para ella la posibilidad de perder a su padre.

No cabe duda que nos encontramos frente a un supuesto que merece una mirada diferente a fin de que no se pierda el eje central del CH 1980 y su aplicación armónica con la CDN, que es asegurar el interés superior del niño, el que no se preserva castigando al padre o madre sustractor, ni beneficiando al padre o madre o sustraído, sino que se asegura en la medida en que se adopte la decisión que mejor satisfaga todos los derechos a la integridad psicofísica, salud, derecho a un debido contacto con el progenitor no conviviente, derecho a ser oído, expresar su voluntad y que esta sea tenida en cuenta).

Sentado lo anterior, debo recordar que el interés superior del niño reclama que las decisiones que los afectan no se tomen a sus espaldas, como lo hizo la Alzada.

En ese entendimiento, la propia ley 26.061 establece desde el inicio de su articulado, que los derechos reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño (cf. Art. 1°).

Por otra parte, resulta esclarecedor lo señalado por los Jueces Kovler y Steiner de la Corte Europea de Derechos Humanos, en un caso de restitución internacional. El primero sostuvo que para resolver casos tan sensibles como el de autos, la Corte debe enfocarse en las condiciones materiales y psicológicas en las que el niño tendría que vivir con cada padre, respectivamente. Y por su parte, Steiner aludió a que: "el interés superior es el criterio rector que debe aplicar para dilucidar la cuestión bajo litis, interés que debe prevalecer por sobre cualquier otra consideración y criticó el excesivo formalismo jurídico en que se peca cuando se soslaya ese interés" (Caso: "Isabelle Neulinger y Noam Shuruk v. Suiza" solicitud nro. 41614/2007, fecha de resolución 8/1/2009).

Así las cosas, como ya se señaló, ordenar una restitución en ese contexto, acarrearía sin duda consecuencias nocivas; desvirtuando totalmente "...la misión específica del tribunal especializado en asuntos de familia..." (cf. CSJN "T., A. D." sta. 15/02/00, LA LEY, 2000-C, 423).

Conforme lo hasta aquí reseñado, deviene palmario, que la restitución no puede proceder, en tanto no se configuran los presupuestos legales exigibles para que la cooperación internacional se ponga en marcha, principalmente porque no existió sustracción y la noción de urgencia se perdió y ello incidió en la vida de esta niña y en su futuro.

Ordenar una restitución en estas condiciones vulnera el resto de los compromisos asumidos por el Estado Argentino y sin duda generará para mi defendida un grave perjuicio, que se consolidará al desembarcar y enfrentarse con su nueva realidad, debiendo insertarse en un medio social con los efectos y pesares que ello acarreará en su vida cotidiana, máxime si se la conduce a residir alejada de su padre con quien la une un vínculo afectivo muy fuerte.

Pues a esta altura de los acontecimientos, cabe preguntarse qué se entiende por perturbación grave o intolerable, como así también, si su determinación debe ser preventiva o habrá que esperar que realmente esta niña esté perturbada seriamente para actuar luego paliativamente.

En base a la solución que propugno, me compete asimismo insistir en que se garantice a mi defendida en la medida de las necesidades que estos manifiesten y sientan, con el acompañamiento terapéutico que el caso amerite, el derecho a mantener contacto con la progenitora no conviviente, y con sus hermanas no obstante que se encuentren residiendo en distintos países.

Al respecto resulta esclarecedor lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: "Para un padre o una madre y su hijo, disfrutar de la mutua compañía representa un elemento fundamental de la vida familiar..." (cf. Johnsen contra Noruega, sentencia del 7 de agosto de 1996 y Bronda contra Italia, sentencia del 19 de junio de 1998).

VIII.- Por lo expuesto, y en estricto resguardo de los derechos de mis asistidos; solicito que se haga lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoque el decisorio apelado y se rechace sin más trámite la restitución peticionada, asegurándose a mi defendida el debido contacto con la progenitora no conviviente y sus hermanitas en la medida de sus necesidades y con el acompañamiento terapéutico que el caso aconseja (art. 9 de la Convención sobre los derechos del Niño). Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3 de agosto de 2012.