

S.C. V N° 24; L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

Suprema Corte:

-I-

Contra la sentencia dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, que mantuvo la orden de restitución a Francia de los menores hijos de las partes, el Sr. Defensor Público Oficial y la progenitora dedujeron sendos recursos extraordinarios, concedidos parcialmente por estar implicadas la inteligencia de tratados internacionales y la responsabilidad del Estado Nacional en ese plano (v. fs. 372/387, 409/425 y 566/567).

-II-

El fallo atacado se funda principalmente en que: i.- este proceso es autónomo respecto de la discusión atinente a la custodia, circunscribiéndose a la ejecución del regreso dispuesto por los tribunales franceses. ii.- ello es así en tanto la finalidad del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (que en adelante denominaré CH 1980 y a cuyo articulado me referiré, salvo aclaración en contrario) es el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos ilícitamente, mientras que el debate sobre el fondo del asunto debe canalizarse ante las autoridades competentes del Estado de la residencia habitual. iii.- en la especie, dicha residencia fue fijada en Francia a cargo del padre y con derecho de visitas de la madre. iv.- a la luz del CH 1980, la legalidad de la situación se determina según la ley francesa. v.- la permanencia de los menores en Argentina, si bien se originó en una crisis sufrida por éstos al momento de abordar el avión que los conduciría a Francia, se ha convertido en ilegítima con la actitud de la madre de no brindar colaboración posterior para cumplir lo resuelto por el juez europeo, ante quien debe ventilarse cualquier planteo. vi.- la restitución no vulnera el interés superior del niño, desde que el CH 1980 y la Convención sobre los Derechos del Niño fueron celebrados y ratificados en el profundo convencimiento de que el bienestar de los afectados se alcanza volviendo al

*statu quo* anterior al desplazamiento o retención ilícitos. vii.- el eventual desconocimiento del derecho de defensa de la madre en que —al decretar la vuelta al lugar de residencia habitual— pudo haber incurrido el juez francés, no es relevante dado que la prerrogativa del padre de obtener ese regreso preexistía a toda decisión judicial y no requería la intervención de la justicia de aquel país, pudiendo gestionarse ante los tribunales nacionales (Fallos: 318:1269, consid. 7º). viii.- tampoco puede alegarse la violación de aquel derecho en las presentes actuaciones, ya que el procedimiento fue concebido íntegramente para tutelar el interés de los niños (Fallos: 318:1269, consid. 14). ix.- respecto del eventual peligro psíquico como posible óbice a la devolución, el material fáctico de la causa debe examinarse rigurosamente, y develar un grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente deriva ante la ruptura de la convivencia del hijo con uno de sus padres. x.- en cuanto a la oposición de los niños, debe tratarse de un vehemente rechazo a regresar, cosa que parece haberse manifestado por parte de G. al subir al avión que lo trasladaría a Francia. xi.- la nulidad articulada por la Sra. C. respecto de la segunda sesión implementada por la Lic. Lacaze de Zambrano resulta extemporánea, ya que la interesada debió advertir allí mismo la ausencia de un traductor público y la conversación que dicha profesional mantuvo a solas con la contraparte. xii.- la pericia psicológica de fs. 114/115 demuestra que los menores tenían incorporado como grupo familiar a los dos padres y a los hermanos de ambas ramas, presentando G. marcada dependencia materna, fuertes tendencias regresivas, poca tolerancia a la frustración, impaciencia y ansiedad. xiii.- el informe evacuado por la misma profesional a fs. 160/161, da cuenta de la actitud esquiva y reticente de G. y E.L., calificándola como normal y frecuente en hijos de padres separados, que temen expresar sus deseos y sentimientos profundos influenciados por el progenitor con el que conviven en ese momento, y por el miedo a desagradarlo y perder su cariño. xiv.- G. presenta un hondo deseo de acercamiento inconsciente a la figura paterna y de búsqueda de libertad y autonomía (favorecida por el contacto con el padre, y que no concreta ante la

S.C. V N° 24; L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

"ambivalencia de estar pegoteado a la figura materna sobreprotectora"). xv.- en la segunda sesión E. evidenció una marcada regresión, patológica para su integridad psíquica. xvi.- sólo puede concluirse el estado emocional sumamente crítico que embarga a los menores por la situación que atraviesan y que los tribunales franceses deberán sopesar al momento de determinar con quién vivirán; pero las circunstancias apuntadas de ningún modo pueden subsumirse en la causal de grave riesgo, que requiere una perturbación de nivel excepcional (Fallos: 328:4511 y "R. M.A. c/P.M.S. s/reintegro" del 21/12/2010). xvii.- la postura de los niños ante el reintegro es una cuestión a tener presente, por lo cual las normas internacionales le brindan la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés y obligan a los Estados a garantizarles el derecho de audiencia ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. xviii.- este recaudo fue satisfecho en autos, a través de las entrevistas que mantuvieron G. y E. con la Lic. Lacaze de Zambrano y la intervención del Defensor de Menores en ambas instancias (Fallos: 318:1269). xix.- a su vez, el tomar en cuenta la opinión del niño está supeditado a que haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados, lo que no ocurre con los menores aquí involucrados, en tanto las entrevistas psicológicas demuestran una marcada dependencia materna que hace suponer la imposibilidad de tomar distancia de las influencias que pretendan ejercerse sobre ellos. xx.- en cualquier caso, queda la posibilidad de solicitar al juez francés –competente en el tema de la tenencia–, que adopte las medidas que estime convenientes para G. y E.. xxi.- no se ha invocado ningún derecho fundamental de los niños que fuera contrario al retorno, en los términos del art. 20, sin que la mera manifestación genérica de su beneficio o del cambio de ambiente basten para configurar la excepción convencional (Fallos: 310:1269). xxii.- en el marco de este proceso –que no tiene por objeto dilucidar la aptitud del padre como guardador–, la posible dureza de trato ejercida por éste no alcanza para abrir juicio sobre si la restitución podría implicar un grave riesgo físico o psíquico, máxime que en autos existe una orden emanada del tribunal que conoció en los aspectos sustanciales de la

tenencia. xxiii.- el único problema subsistente en autos es que el traslado se realice en la forma más adecuada, y son los padres quienes tienen en sus manos las herramientas para solucionar el problema creado, deponiendo actitudes que victimizan a los hijos y acordando las modalidades del retorno, sin que la madre haya esgrimido la imposibilidad de acompañar a sus hijos, sobre todo porque debe presentarse ante los tribunales franceses. xiv.- es imperiosa la necesidad de restaurar una situación normal en bien de los niños y evitarles un traumatismo supletorio.

-III-

En su apelación federal, el Ministerio Público de la Defensa sostiene centralmente que:- i.- el pronunciamiento es arbitrario, defecto que se haría patente en la interpretación de las normas federales aplicables y en la apreciación de la prueba, por haberse apoyado en afirmaciones dogmáticas, "... siendo el remedio federal admisible por verificarse una cuestión federal que causa un gravamen irreparable para los menores, un gravamen institucional y se trata de una cuestión trascendente que compromete instituciones básicas de la Nación, en estrecha conexión con los derechos humanos fundamentales de los menores..." (v. fs. 380 vta.). ii.- se ha incurrido en discordancias, pues por un lado, el fallo habría reconocido que el CH 1980, se orienta a la tutela del interés superior de los niños y no a la defensa de los derechos de los padres, que el niño G. rechazó con vehemencia regresar en el avión que lo llevaba a Francia, así como la posible dureza de trato del padre, refiriéndose también a la causal de grave riesgo y a que la postura de los hermanos debía tenerse en cuenta; pero, contradictoriamente, nada se habría dicho sobre el panorama intolerable al que se expondría a los niños en un retorno contra su voluntad, descartándose infundadamente toda posibilidad de que exista una causal de excepción a un reintegro que deberá cumplirse por así haberlo ordenado el magistrado francés. iii.- se han relativizado los derechos consagrados por las leyes 23.849, 23.857 y 26.061, apartándose de la condición

S.C. V N° 24; L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

de sujetos de derecho de los hijos en un plano de igualdad con sus padres, menoscabándose su participación a pesar de ser los protagonistas y la parte más vulnerable afectada por el conflicto. iv.- ese desconocimiento –conforme a los arts. 2 de la ley 26.061 y 20 de la ley 23.857– hace al orden público nacional, porque atañe a principios básicos del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y libertades fundamentales. v.- se han invertido los pasos procesales, puesto que primero se dictó la sentencia y luego se sugirió una audiencia de conciliación, temperamento que no condice con lo dispuesto por los arts. 7, inc. c) de la ley 23.857 y 36, incs. 2, 3, y 4 ap. a), del CPCCN. vi.- los jueces se limitaron a tratar los agravios de la Sra. C. sin estudiar los presentados por ese Ministerio, omisión que convierte a la sentencia en arbitraria y pasible de nulidad, de conformidad con el art. 34, inc. 4º, del CPCCN. vii.- la Cámara sólo se refirió al riesgo físico, faceta que su parte no había invocado. viii.- se priorizó la responsabilidad estatal, la pretensión paterna y la obligación materna, frente a la situación de los niños quienes sólo podían ser partícipes a través del Defensor promiscuo. ix.- se dio un sentido meramente formal –no efectivo– al derecho de audiencia, ya que al momento de decidir no se habría tenido en cuenta el parecer de G. y E. –quedarse con su madre– ni se habría descalificado dicha opinión con argumentos jurídicos respaldados en pruebas científicas concluyentes, como tampoco se habrían aportado motivos para considerar que ellos no tenían edad y grado de madurez apropiados. x.- decidir contra este anhelo expresado libremente, desde sus más íntimas convicciones y referido no a asuntos generales sino a la restitución, implicaría desconocer la subjetividad de los niños y la importancia que su opinión tiene para determinar cuál es su interés superior.

-IV-

Por su lado, al momento de sintetizar la cuestión federal, la madre invoca la violación del derecho de sus hijos a ser oídos y expresar su opinión para que sea tenida en

cuenta, así como la preterición de su interés superior en la sustanciación del proceso.

Afirma que la sentencia fue dictada en violación a las garantías del debido proceso, sin respetar aquel derecho (arts. 18 de la Constitución Nacional, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

En lo atinente a la audiencia de los niños, en lo sustancial sostiene que:- i.- ellos nunca fueron escuchados en autos para que su voluntad sea considerada, en un proceso que los involucra exclusivamente y los cosifica, a pesar de gozar de la garantía constitucional de expresarse. ii.- los Estados partes no pueden asumir la incapacidad del niño para formarse sus propias opiniones, sino que deben partir de la premisa contraria. iii.- el Comité de los Derechos del Niño (O.N.U.) en la Observación General nº 12, recomienda que el niño tenga la oportunidad de transmitir directamente su parecer y, de no ser así, que se garantice que el representante comunique correctamente sus preferencias. iv.- el reporte Pérez-Vera indica que el CH 1980 brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés. v.- no hay constancias que indiquen que G.V. y E.L.V. no estén en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, por lo que los jueces debieron valorar su postura como factor destacado al momento de decidir.

Con relación a la configuración de las excepciones previstas por el art. 13, alega en lo principal que: i.- dichas salvedades son manifestaciones concretas del principio vector que proclama el interés superior del menor. ii.- el derecho a no ser desplazado de su residencia habitual, debe ceder ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico o colocada en una situación intolerable. iii.- en autos no nos encontramos únicamente frente a una perturbación emocional que deriva de la ruptura de la estancia con uno de los padres o de la desarticulación del grupo conviviente, sino ante una situación extraordinaria y traumática que pondría en riesgo la integridad física y psíquica de G. y E., exponiéndolos a circunstancias intolerables al devolverlos por la 

S.C. V N° 24; L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

fuerza pública y contra su voluntad, a pesar de que ya poseen las condiciones de edad y madurez necesarias para manifestarla inequívocamente. iv.- aunque se le impuso –y le incumbe– la carga de probar la configuración de la causal respectiva, nunca tuvo la oportunidad de hacerlo, pues se le negó participación primero, por el juez de grado, al establecer que la causa debía ventilarse inaudita parte; y luego por la Cámara, al no haber hecho mérito de esa imposibilidad. v.- es por ello que su parte solicitó la realización de estudios psicológicos del padre, del que la profesional actuante nada dijo entre sus conclusiones.

En la sección dedicada particularmente al interés superior del niño invoca, en síntesis: i.- el preámbulo del CH 1980, el art. 3 de la ley 26.061, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la doctrina de V.E., de la Corte Interamericana y del Comité de los Derechos del Niño. ii.- que si bien no se discute que el norte de esta causa es velar por el interés de los niños, no se ha hecho hincapié en ese aspecto. iii.- que no es posible una aplicación correcta del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, si no se respetan los componentes de su art. 12, referido a la audiencia de los menores de edad. iv.- que en autos no se observaron esos factores, desde que las respuestas de los jueces versaron sobre el carácter del proceso, la extemporaneidad de la nulidad articulada respecto de la pericial y la falta de acreditación del daño, sin considerar la participación activa de la madre en primera instancia, y sin tener en cuenta la opinión de los niños ni de su representante promiscuo. v.- con fecha 17 de enero de 2011 el tribunal francés privó a la Sra. C. del derecho de visitas, tanto en Francia como en Argentina, quedando plasmado así un grave daño agregado, puesto que si se restituye a los hijos, éstos no podrán volver a ver a su madre.

Reseña como puntos específicos que develarían arbitrariedad:- i.- la nulidad del informe psicológico, que critica también por escueto y por la inusitada premura con que habría sido realizado. ii.- el exiguo sustento del fallo, que estaría constituido únicamente por

ese informe viciado y que ella no pudo impugnar porque no se la tuvo por parte. iii.- los fundamentos del fallo en torno a la manipulación de los niños, a la conducta del padre en la causa y al abandono inicial por parte de la madre. Remarca el dogmatismo de la sentencia y que en ella no se hayan considerado argumentos que le fueron propuestos.

Atribuye el problema a la cruenta pretensión del padre, puesto que se negaría a buscar una solución amigable y se mostraría reticente para convencer a sus hijos de volver con él; razonando que si no pudo generar un vínculo en cuatro años, menos podrá hacerlo en esta emergencia.

-V-

En la especie, el encuadre formal de la tarea que nos incumbe merece una consideración preliminar, por cuanto el Sr. V. no cursó su reclamo de restitución internacional a través de los órganos propios del CH 1980, sino que optó por solicitar ante los jueces de Francia –que venían entendiendo en la problemática familiar desde años antes–, una orden tendiente a la vuelta de sus hijos a territorio de ese país. Dicha medida fue obtenida y presentada para su cumplimiento ante el tribunal federal de Salta, que admitió el trámite de exequátur con carácter firme, subsumiéndolo en el ámbito de las leyes 24.107 y 23.857 (v. esp. fs. 3).

Así las cosas, cabe precisar en primer lugar que el procedimiento elegido no obsta a la aplicabilidad del CH 1980, toda vez que dicho instrumento –que integra nuestro ordenamiento interno– regula expresamente la situación planteada en esta causa (arg. parág. 139 del reporte explicativo de D<sup>a</sup>. Elisa Pérez Vera [v. art. 29]).

A partir de allí, es claro que en autos existe cuestión federal, por encontrarse en juego la hermenéutica del CH 1980 y de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo la decisión adoptada contraria al derecho que pretende sustentarse en ellos (art. 14 inc. 3 de la ley 48; Fallos: 333:604 y sus citas).



S.C. V N° 24; L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

Por otro lado, al no haberse deducido queja contra el rechazo del que da cuenta la providencia de 566/567 (v. consid. II y punto I de la parte dispositiva), no corresponde expedirse acerca de la tacha de arbitrariedad (Fallos: 322:752; 329:2552, entre muchos otros), por lo que el análisis habrá de ceñirse estrictamente a aquellas facetas que comporten materia federal.

-VI-

En lo que concierne a la alegación de la madre sobre el cercenamiento de su derecho de defensa, creo menester recordar que el debido proceso es un valor fundamental cuyo ejercicio cabal ha resguardado enfáticamente esta Procuración en diversas situaciones, en el convencimiento de que la salvaguarda de esa garantía va en sintonía con la efectiva consagración de la tutela debida a los propios niños.

No obstante, estimo que en este supuesto concurren factores particulares que impiden abrir la consideración del agravio formulado al respecto. En efecto, la Sra. C. participó desde un inicio en todas las etapas de la causa, con la asistencia letrada de rigor, realizando distintas presentaciones con vastos aportes documentales: con lo cual, pienso que –más allá de las peculiaridades del procedimiento adoptado– ha tenido oportunidad de explicitar sus argumentos defensivos (esp. fs. 40, 51/55, 122/126, 174/176 y 205/283; v. as. sobre agregado)

Por lo demás, la interesada expresó al comparecer que lo hacía “a fin de tomar conocimiento de lo actuado y colaborar en el proceso” solicitando que se le diera “legal participación” (v. fs. 40). Más tarde consintió el trámite impreso al expediente, desde que no atacó las providencias que le acordaron la intervención correspondiente, con acceso amplio pero sin contencioso (v. fs. 43 y 158). Tampoco lo hizo con ninguna de las resoluciones que precedieron a la sentencia, entre ellas, la que la remitió a petitionar por la vía y forma, o la que organizó la escucha de los niños sin Cámara Gesell, a través de una

evaluación psicológica y ambiental, o la que implementó las sesiones preparatorias tendientes al cumplimiento de la sentencia extranjera, a cargo de la Lic. Lacaze de Zambrano en las que, además, estuvo presente (v. esp. fs. 84, 88, 89 vta., 115, 116, 130 y 136). De ahí que, según entiendo, la argumentación que formula en torno a este tema, a partir del fallo adverso, no es sino el fruto de una reflexión tardía (arg. Fallos: 330:1491; 331:1730, entre muchos otros).

En todo caso, la requerida no aclara en qué consisten concretamente las defensas y probanzas que se vio impedida de producir y en qué medida ellas hubiesen alterado el sentido de la respuesta jurisdiccional. En esa línea, con la mera referencia formulada a fs. 422 (tercer párrafo) respecto del ofrecimiento de estudios psicológicos de su contrario, no se demuestra mínimamente qué hallazgos hubiesen surgido de esa prueba que fueran inmediatamente atinentes a la restitución de los niños al país de origen (y no a la tenencia, tema por cierto ajeno a este proceso [doct. de los arts. 16, 17 y 19]), de modo que obstaran al progreso de la pretensión, con los contornos rigurosos que el CH 1980 impone. Esa omisión deja indeterminada la necesaria 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 (arg. Fallos: 329:4535; 330:2434; 331:1123).

En ese contexto, dado que las posibles incongruencias internas relativas al razonamiento de la Cámara y al curso que se dio al expediente, han venido a quedar excluidas de la consideración de esa Corte –tal como lo dije en el punto anterior–, opino que este ángulo de la impugnación también deviene inadmisibile.

-VII-

Lo acotado del marco cognoscitivo determinado en los acápites anteriores, implica que lo decidido por los jueces de la causa en aspectos fácticos o netamente

S.C. V N° 24; L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

procesales (entre ellos, los referidos a la competencia del tribunal, al tipo de trámite o a la selección y regularidad de los medios de prueba), llega firme a esta instancia, de manera que –reitero– está exento de la tarea revisora propia de este remedio extraordinario.

Entonces, el examen debe ajustarse a las aristas federales del planteo. Ellas se reducen, a mi ver, a la configuración o no de las excepciones previstas por los arts. 13 inc. b) y 20, en estrecha vinculación con el alcance que –dentro de la estructura del CH 1980 y la Convención sobre los Derechos del Niño– debe acordarse a la opinión de G. y E..

En ese sentido, creo útil puntualizar aquí que la excepción plasmada en los arts. 2 inc. 2º, y 4 inc. 4º de la Convención sobre Cooperación Judicial con la República Francesa (aprobada por la ley 24.107), no debe entenderse como una eliminación de las restricciones emanadas del CH 1980, en los términos de su art. 36, puesto que aquellos preceptos se refieren única y específicamente a la modalidad de funcionamiento de dos extremos del reconocimiento de pronunciamientos extranjeros (cosa juzgada y fuerza ejecutoria), cuando las sentencias versen sobre alimentos, tenencia o derecho de visita (doct. de los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados; reporte Pérez-Vera, parág. 146 y su nota 61).

-VIII-

Pues bien, de acuerdo con los hechos que, como dije, no vienen en discusión, la problemática que genera estas actuaciones toca a una familia francesa, en la que el matrimonio se separó hace varios años. La autoridad parental conjunta se fijó por auto del juez de asuntos familiares de Montpellier, fechado 20 de diciembre de 2006, donde además se atribuyó al progenitor la guarda de los tres hijos comunes, por motivos que no nos corresponde juzgar aquí. En junio de 2008, se confirió judicialmente la patria potestad al padre, con exclusividad y en forma provisoria, restaurándose la titularidad compartida en

noviembre de ese mismo año. Tanto en esa oportunidad como en julio de 2009 –esta vez, previa audiencia con los menores– se confirmó la estancia de estos últimos en la casa de su progenitor (v. fs. 26/27 y 82/83).

Posteriormente, la madre se radicó en nuestro país junto a su nueva pareja, permaneciendo en Francia el resto del grupo, incluida toda su prole (tres hijos del Sr. V. y dos con otra filiación paterna). Más tarde, dos de los hijos –que, reitero, nacieron y vivieron siempre en Francia y cuya guarda ejercía el padre por mandato judicial–, llegaron a Salta sólo para pasar unas cortas vacaciones junto a la madre, pero no volvieron al finalizar el plazo fijado (agosto de 2010).

Por ende, la ilicitud de la retención en los términos del art. 3º resulta patente para mí, hallazgo que torna inmediatamente operativo el mecanismo del CH 1980, para reintegrar a G. y E. al lugar de su residencia habitual, donde los jueces naturales han de dedicarse a la solución del conflicto pendiente (art. 12 primer párrafo).

Es que, inversamente a lo que parece creer la madre, en la economía convencional dicha ilicitud es una calificación jurídica que deviene del contenido de la custodia atribuido por la ley del país de residencia habitual y nada tiene que ver con las salvedades previstas a la obligación de restituir, a cuyo estudio debe abocarse el Estado de refugio, una vez determinada –precisamente– aquella condición de aplicabilidad.

-IX-

Así ubicados, corresponde ahora estudiar las alegaciones presentadas en torno a dichos supuestos de excepción, entre los cuales los interesados mencionan las hipótesis contenidas en los arts. 13 (párrafos tercero y cuarto) y 20.

En ese orden, en homenaje a la amplitud del derecho de defensa, he de examinar los argumentos centrales que hacen a la cuestión federal, adelantando desde ya que no encuentro motivos para su progreso.



S.C. V N° 24; L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

Entiendo, en efecto, que una exégesis correcta del CH 1980 impone separar claramente dos órdenes de consideraciones:- Uno, relativo a la conveniencia de que la titularidad de la guarda recaiga en el padre o en la madre; el otro, atinente a la procedencia del retorno, siendo este último el único debate para cuyo tratamiento están habilitadas las autoridades del Estado de refugio. La confusión que en este punto emana de los antecedentes del caso, como ha de verse más adelante, invade también la apreciación de la opinión de los niños que, en el contexto convencional, no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con alguno de los progenitores (v. dictamen de Fallos: 333:604 [esp. punto XIII y nota 26]).

En cuanto a los lineamientos de la ley 26.061, cabe destacar un hecho crucial en el caso, cual es que esta familia carece de conexiones con la República Argentina, más allá de la que generó la madre al radicarse en Salta, siguiendo la iniciativa de su actual pareja. En efecto, el centro de vida de estas personas en plena formación está, evidentemente, en Francia, donde nacieron tanto ellos como sus parientes, donde hasta ahora habían transcurrido –en circunstancias legales– todas sus vivencias, y donde aún hoy permanece parte esencial de su mundo, incluidos los medio hermanos por vía materna y paterna y especialmente su hermano mayor Y., con quien siempre convivieron.

Es que, dentro del régimen nacional de protección de la infancia, su interés se identifica con la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en dicha ley (v. su art. 3), privilegiándose –como inherentes a una identidad a resguardar– la nacionalidad, la lengua natal, la preservación de las relaciones familiares de conformidad con la ley y la cultura del lugar de origen (v. sus arts. 11 y 15). Asimismo, en sintonía con el CH 1980, la ley 26.061 consagra como uno de sus ejes principales la idea de “centro de vida”, de donde se manda atender al pleno desarrollo personal de los derechos del niño en su medio familiar, social y cultural y expresamente se alude al respeto por ese centro, teniéndose por tal al lugar donde “hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la

mayor parte de su existencia ... principio [que] rige en materia de patria potestad ... [y al] que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse..." (v. su art. 3, inc. f). De tal suerte, creo que la apelación no alcanza a dar cuenta de cómo el desarraigo que devino aleatoriamente de un viaje vacacional, podría ir en beneficio del mejor interés de los niños.

-X-

Un capítulo aparte merece el tema de la audiencia del niño, invocado por ambos recurrentes, quienes a mi juicio sólo vienen a tomar partido por una de las posturas conceptuales elaboradas en este campo tan controvertido. Así, parecen enrolarse ahora en favor de una escucha directa de los niños y de la adhesión irrestricta a lo que ellos expresen. Empero, la madre concede que podrían oírse a través de sus representantes o de equipos interdisciplinarios de tribunales especializados, y que si existiesen elementos para calificar al deseo del menor como inconveniente para el logro de su propio interés, el juez podrá apartarse de él exponiendo claramente los motivos, recaudo que no se habría cumplido cabalmente en autos.

El tenor de esas alegaciones hace menester señalar, en primer lugar, que –contestes en la necesidad de contemplar la opinión de G. y E.–, los jueces la han recibido y ponderado a la luz de lo observado por la perito psicóloga, quien verificó lo lábil de la personalidad de aquéllos, sujeta –sobre todo en G.– a una fuerte dependencia materna, explicando la reticencia de los niños en función de una reacción común en casos de padres separados donde se juegan lealtades, temores e influencias. Asimismo, la experta informó acerca de los sentimientos ambivalentes y de las necesidades profundas de estos hermanos –desveladas mediante entrevistas y test–, que ponen en franca duda lo que ellos dejan traslucir a nivel manifiesto. Como colofón, evaluó el regreso al lugar de origen como

S.C. V N° 24; L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

conveniente para su salud psicológica (v. fs. 114/115 y 160/161).

De ello se sigue que, en verdad, las apelaciones sólo traslucen el disenso con el temperamento adoptado por los jueces de la causa tanto en la metodología de recepción del pensamiento de los hermanos –consentida previamente por los interesados–, como en la valoración de los elementos de juicio allegados, ámbito propio de la doctrina de la arbitrariedad que –como quedó dicho en el punto V– no puede ser objeto de examen en esta instancia.

A ese respecto y con relación a la impugnación de fs. 372/387, puede observarse que –al evacuar la vista previa a la sentencia– el Sr. Defensor Oficial afirmó que el juez había hecho lugar a su solicitud de oír a los niños "...a fin de preservar el interés superior de los menores en cuanto a que sean escuchados en presencia de profesionales idóneos..." (v. fs. 20, 38, 42 y 163 vta.), sin establecer con minuciosidad los motivos por los cuales esa escucha ahora se considera inidónea, siendo que el tribunal se ajustó a las indicaciones de la psicóloga actuante y a la rigurosa regla interpretativa de esa Corte.

A esta altura cabe advertir que, en definitiva, los agravios de los recurrentes fuerzan el acotado espectro convencional que –en razón de su finalidad específica– 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, psicológicamente genuino y no meramente instalado o declamado (v. dictamen de Fallos: 333:604 [v. esp. puntos X (6) y XIII y sus citas]).

En ese sentido observo que la experta, además de la vulnerabilidad y dependencia antes referidas, constató que G. y E. tienen incorporado como grupo familiar a los dos padres, así como su honda necesidad de acercamiento a la figura paterna; con lo

cual –contrariamente a lo sostenido dogmáticamente por los recurrentes–, el repliegue de los hijos ni está dirigido a su vuelta a Francia, ni aparece como una actitud interna auténticamente intransigente, de modo que carece de las características necesarias para configurar la excepción en tratamiento.

Creo que ese es el marco en el que debe leerse el progreso paulatino de la postura reacia –en lo manifiesto– de G. y E., de la que da cuenta la presentación realizada el 18 de marzo pasado por el Sr. Defensor Oficial ante esa Corte, toda vez que una nueva intervención profesional (esta vez, de una Licenciada en Psicología de la Gendarmería Nacional) reafirma el hallazgo de la Lic. Lacaze en torno a la cambiante disposición de los niños que, en un primer momento, se niegan a dialogar con el Sr. V., pero luego acceden a comunicarse naturalmente con él.

Por lo demás, más allá de insistir con la versión de haberlos llevado a Ezeiza, de haberlos alistado para que volvieran con su padre “si ellos querían” y de haber ofrecido una salida acordada, la madre nunca explicó concreta y puntualmente –como debió hacerlo en virtud de la entidad del recurso extraordinario–, qué intentos serios realizó en pos del cumplimiento –v.gr., viajar en su compañía–, frente al gesto de esos pequeños hijos que le habrían comunicado una “decisión” de tan vastas consecuencias, como es la de abandonar su mundo para permanecer con ella en nuestro país.

Es mi convicción que, de admitirse actitudes de esa índole, la efectividad de este resorte de la comunidad internacional en la lucha contra el secuestro transfronterizo de niños quedaría a merced del captor, a través de conductas prescindentes o, incluso, de la manipulación de la voluntad de los propios hijos, penosa realidad que –como señalé en el dictamen emitido el 18/6/2009, *in re* S.C. M. N° 394, L. XLIV, citado en Fallos: 333:604– la experiencia nos muestra con demasiada frecuencia.

S.C. V N° 24; L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

A mi modo de ver, lo dicho hasta aquí descarta también la concurrencia de las restantes excepciones invocadas (grave riesgo y principios fundamentales en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales), respecto de cuya exégesis ya se ha expedido esa Corte.

La madre insiste en que se vio impedida de producir prueba respecto del primero de los aspectos mencionados, cosa que en este estado y más allá de los defectos que reseñé en el punto VI, ha quedado fuera de la consideración. Por otro lado –a pesar de lo que afirma dogmáticamente–, el riesgo que alega apunta en verdad a discutir la aptitud del padre para el ejercicio de la guarda, postura que queda en descubierto no bien intenta explicitar su agravio, pues termina por argüir en contra de la imposición de vivir lejos de ella, con un padre a quien los niños temerían, que so pena de castigos y tormentos pretendería sustituir la figura materna con su actual pareja, y que persigue embarcarlos a Francia mediando violencia (v. esp. fs. 412 penúltimo párrafo, fs. 413 vta. último párrafo y fs. 414 vta. *in fine*/415 *supra*).

En definitiva, desde la perspectiva que marcan las pautas interpretativas delineadas por V.E. (v. dictamen de Fallos: 333:604 y sus citas), estimo que el riesgo de connotaciones rigurosas al que se refiere el CH 1980 no está presente en el caso, donde los niños deberán regresar a un país en el que han nacido y vivido hasta ahora –Francia–, en un contexto donde ni los tribunales franceses –que conocen de cerca el desarrollo del conflicto, salvo en los últimos meses– ni la experta designada en autos, advirtieron un peligro extraordinario.

De tal suerte, tampoco concurre una afección a los derechos humanos, que pudiese activar la negativa argentina, en uso de la habilitación que concede el art. 20. Como lo recordé en el precedente de Fallos: 333:604, el texto de esa cláusula –inspirado en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales–, fue incorporado en la reunión final de octubre de 1980, con el propósito de

evitar que se frustrara o vaciara de contenido el sistema instaurado, mediante la introducción de una cláusula o de una reserva, por las que el Estado requerido pudiese invocar los principios de su legislación en materia de derecho de familia para oponerse a la restitución. En ese sentido, es menester estudiar en cada caso si la restitución conlleva "... la violación o el peligro de violación de un derecho humano fundamental..." del niño (Fallos: 318:1269, consid. 16). Y dicha ponderación normalmente guarda directa relación con los hallazgos realizados en torno a los restantes supuestos de excepción contenidos en el CH 1980, que –como quedó establecido más arriba– no se configuran en la especie.

-XII-

En tales condiciones, y como lo indicaron los jueces de la causa, la calidad del rol paterno resulta ajeno a la apreciación de las autoridades argentinas. No se trata aquí de juzgar sobre los méritos de la guarda, sino de regresar a G. y E. al lugar que operó como su centro de vida, en el contexto especialísimo de un desplazamiento internacional.

Valga reiterar el concepto que también sostuvo esta Procuración General en los precedentes de Fallos: 328:4511 y 333:604, en torno a que los Estados partes han adquirido el compromiso de combatir la sustracción de menores y, salvo circunstancias singulares no demostradas en autos, no deberían abdicar de esa responsabilidad –contraída ante la comunidad mundial–, al abrigo de hechos consumados, generados irregularmente por uno de los progenitores, pues de lo contrario, el CH 1980 caería en letra muerta.

Este criterio no significa, como reprochan los recurrentes, priorizar las obligaciones de la República por sobre los derechos de estos niños. Como lo tengo dicho en otros casos, los Estados signatarios han calibrado la incidencia del mejor interés del niño en el ámbito específico del CH 1980, y se han decantado por el procedimiento de restitución como una herramienta del todo coherente con la defensa de ese interés, en la emergencia de una sustracción internacional. Es que el CH 1980 tiene como premisa que el bienestar del

S.C. V N° 24; L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de traslado o de retención ilícitos, de manera que preserve el mejor interés de aquél –proclamado como *prius* jurídico por el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño–, mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violencia debe ser, entonces y ante todo, restablecida en su situación anterior, salvo las circunstancias eximentes reguladas en el texto convencional que, en la especie y según acabamos de ver, no concurren (v. esp. Fallos: 333:604 [v. esp. puntos X (2), XII y XV y sus citas]).

Así las cosas y dado que, como V. E. enseña desde antiguo, ni la mera invocación de agravios constitucionales, ni la expresión de una solución jurídica distinta a la que siguió el pronunciamiento sobre la base de la interpretación de reglas federales, alcanzan para descalificar lo decidido por el tribunal de la causa (arg. Fallos: 316:1979, 329:1628 -voto del Dr. Petracchi-, entre muchos otros), opino que las apelaciones no deben progresar.

-XIII-

Por estas consideraciones, aconsejo a V. E. desestimar los recursos extraordinarios interpuestos.

Buenos Aires, 15 de junio de 2011.

MARTA A. BEIRO DE GONCALVES  
Procuradora Fiscal ante la  
Corte Suprema de Justicia de la Nación

ADRIANA N. MARCHISIO  
Prosecretaria Administrativa  
Procuración General de la Nación

10/03/11