

**“D., H. A. c/ L., E. M. s/RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES” -
JUZGADO NACIONAL CIVIL Nº 4 – 10/07/2017 (Sentencia firme)**

Buenos Aires, 10 de julio de 2017.-

AUTOS Y VISTOS:

En virtud del estado de autos, corresponde resolver los planteos formulados por los jóvenes, O. y H. A. D. L., a fs. 799/800, que merecieran las contestaciones de fs. 816/818 y de fs. 822/823 por parte de sus progenitores.

I) A fs. 799/800, O. y H. A. D. L., con patrocinio letrado, solicitan que se suspendan las presentes actuaciones.

Expresan que son personas con derechos, y parte en estas actuaciones, por lo que indican que se les debió designar un abogado para que los represente.

Señalan que el art. 26, última parte, del Código Civil y Comercial de la Nación, prevé que los niños y/o jóvenes pueden intervenir con asistencia letrada, y que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída, así como a participar de las decisiones sobre sus personas.

Afirman que de las tres instancias judiciales sólo hablaron con la suscripta debido a que se lo pidieron, y que no han podido participar en decisión alguna sobre sus personas.

Manifiestan que sus edades los hacen merecedores no sólo de ser escuchados, sino de que se tengan en cuenta sus opiniones, y decisiones sobre sus vidas.

A su vez expresan que han demostrado su integración al presente ambiente, que es lugar donde han nacido, y donde está su madre, abuelos, tíos, primos, amigos, y sus colegios; agregando que su padre vive en España, sin familia, y que su trabajo lo lleva a viajar en forma constante.

Reiteran que se ha decidido ante de oírlos, y solicitan se anulen las decisiones que no los hayan tenido como parte.

Sin perjuicio de ello, manifiestan “el rechazo irreductible” a obligarlos a vivir en otro país que no sea en el que consideran suyo.

Sustanciado que fue lo peticionado por los jóvenes (conf. fs. 801), a fs. 816/818 se presenta la representación letrada del Sr. H. D. a contestar el traslado conferido.

Solicita se fije fecha para el vuelo que regrese a los niños de la manera más pronta posible. Expresa que sus hijos han sido escuchados reiteradas veces, y que toda manifestación sobre donde quieren vivir, debe concretarse en un espacio de libertad y ante el juez competente. Indica que atenderá la decisión que hubiera en el corazón de los jóvenes, siempre y cuando la misma sea expresada en un espacio de libertad y conforme a derecho en Madrid.

Afirma que no pueden las circunstancias eventuales que fuera consecuencia del ilícito, ser las que priven del efecto reparatorio o del cumplimiento de los tratados

internacionales.

Por lo dicho, y demás fundamentos brindados, solicita el rechazo de lo peticionado por los jóvenes, por ser –según indica funcional a la madre sustractora, y contrario a lo dispuesto a los tratados internacionales y a la resolución judicial, habiéndose realizado sin fundamento y con manifestaciones precluidas.

A fs. 822/823, la Sra. E. L., contesta el traslado conferido. Expresa que lo expuesto por O. y H. A. trasluce la voluntad de dos jóvenes maduros, que han podido manifestarla con libertad y espontaneidad, luego de haber tenido numerosas oportunidades de conversar con ambos padres.

Coincide con sus hijos al sostener que se debió desde un comienzo haber propiciado que los menores tuvieran representación autónoma, por lo que –según entiende la accionada- corresponde decretar la nulidad de cualquier decisión de la que no hayan participado los jóvenes.

Indica que luego de haber escuchado a los niños resta cumplir con la segunda parte que integra ese derecho, la cual es tener en cuenta aquello que hayan dicho. Afirma que con lo indicado por sus hijos los mismos han hecho operativa la excepción prevista en el art. 13 de la Convención de La Haya, por lo que –a su juicio- ya sea por la vía de la nulidad de las resoluciones dictadas sin participación de los niños, o por la excepción aludida, corresponde suspender la ejecución de la sentencia dictada en autos.

II) Previo a ingresar en la resolución de la cuestión traída a examen, resulta menester efectuar una pormenorizada reseña de todas las actuaciones llevadas a cabo desde que el expediente quedara en esta instancia (fojas 564 y con fecha 15 de diciembre de 2.016), a los fines de la ejecución de la sentencia dictada a fojas 417/433, confirmada a fojas 490/494 por la Alzada, y cuyo recurso extraordinario y queja, fueran en definitiva, desestimados por la Excma. Corte (véase fojas 563).

Así las cosas, una vez devueltos los autos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y ante el pedido formulado por la letrada apoderada del Sr. D. (conf. fs. 565), previa vista al Sr. Defensor de Menores e Incapaces, con fecha 27 de diciembre del año 2.016, se convocó a las partes, sus letrados, a la Autoridad Central, y al citado Magistrado, a una audiencia a los fines de la ejecución de la sentencia, y regreso seguro de los niños, la cual -atento a la proximidad de la feria judicial- se fijó para el 3 de febrero del corriente año (conf. fs. 569). Notificado el Sr. Defensor de Menores del citado comparendo, por las razones expuestas en el dictamen de fs. 570, se fijó una nueva audiencia para el día 24 de febrero de este año (conf. fs. 571).

Como surge del acta obrante a fs. 574, en el marco de la citación dispuesta, las partes manifestaron que se encontraban en tratativas a los fines del regreso seguro de los niños, con la colaboración de la Autoridad Central.

Días después, con fecha 2 de marzo, la letrada apoderada del Sr. D. informó que pese a los esfuerzos de los letrados intervinientes, del Sr. Defensor de Menores, y de la suscripta, las partes no lograron acordar otra forma para el regreso seguro de los jóvenes más que aquella que desarrolle el Tribunal, por lo que requirió la inmediata y pronta ejecución de la sentencia (conf. fs. 575).

A fs. 577/578, la Sra. L. dio cuenta de la falta de acuerdo denunciada, y solicito el dictado de las medidas necesarias para el retorno seguro.

A fs. 584/587 , con fecha 9 de marzo, la demandada solicita que se dispongan medidas que garanticen el retorno seguro, en orden a las previsiones del art. 2642 del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que, conforme la documentación que acompaña a fs. 583 existiría una resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nro. 4 de Alcobendas, Comunidad de Madrid, Reino de España, en el que se atribuye el ejercicio exclusivo de la patria potestad al padre, le otorga a éste en forma inmediata la guarda y custodia de los jóvenes, como así también el uso del domicilio familiar y establece un régimen de comunicación de los jóvenes con su progenitora, consistente en un fin de semana al mes; pautas que contradicen las medidas dispuestas por la suscripta tendientes a garantizar el regreso seguro de los jóvenes. Por otra parte, con las constancias que se acompañan a fs. 580/581, se acreditaría la denuncia formulada por el Sr. D. contra la Sra. L. ante la Oficina de Denuncias de Alcobendas.

A fs. 591/592, con fecha 14 de marzo del corriente año, en el marco de la competencia asignada por el art. 2642, segunda parte, del C.C.yC.N., en concordancia con lo que prevén los arts. 7 y 14 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convención de la Haya 1980), así como con la Guía de Buenas Prácticas (CH 1980), la suscripta ordenó las medidas pertinentes a fin de garantizar la tutela judicial efectiva y los derechos de los niños (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 706 del C.C.yC.N.), en lo que se refiere al regreso seguro.

En esa inteligencia, y teniendo en cuenta los compromisos asumidos por el Sr. D. de autoexcluirse del hogar conyugal y de asegurar el sustento del grupo familiar, como asimismo lo dictaminado por el Sr. Defensor de Menores a fs. 589, se otorgó la guarda provisoria de los jóvenes en favor de su madre, por el plazo de tres meses; se atribuyó el hogar conyugal a la Sra. L. y a sus hijos por el mismo plazo (consecuentemente, la exclusión del Sr. H. A. D.); se estableció -por el igual término- un amplio régimen de comunicación provisorio entre el progenitor y sus hijos; se fijó la suma de mil setecientos euros (€ 1.700.-) en concepto de alimentos provisorios a cargo del Sr. D., por el plazo de tres meses, ordenando que en caso de verificarse incumplimiento, la Autoridad Central deberá procurar que se provea dicho sustento por las vías pertinentes, sin perjuicio de las ulteriores acciones de reembolso que correspondan contra el obligado al pago; se estableció que los pasajes aéreos deberán ser solventados por el Sr. D.; a su vez se ordenó que la Autoridad Central gestione ante los Tribunales del Reino de España el dictado de la resoluciones penales y civiles correspondientes, a fin de que pueda darse estricto cumplimiento a lo ordenado, debiendo comunicar dicha circunstancia a éste Juzgado en el plazo, como asimismo que preste la correspondiente asistencia jurídica y sanitaria que el grupo familiar requiera en los términos del art. 7 de la CH 1980.

A su vez, en la citada resolución, la cual fue consentida por todas las partes, se indicó que en caso que O. y H. A. así lo deseen, se los convocaría a una entrevista con el Sr. Defensor de Menores y la suscripta a los fines de informarles acerca del proceso de ejecución de sentencia y sobre los pasos a seguir en el cumplimiento de la orden de restitución.

Por último, a fin de garantizar el derecho a la intimidad de los niños, en orden a su superior interés, exhorté a los progenitores de los jóvenes a no exponer a estos públicamente, o a la

problemática de autos, en los medios de comunicación y/o redes sociales, tanto sea por sí o por terceras personas, bajo apercibimiento de aplicarse sanciones pecuniarias.

A fs. 593, se presentan los jóvenes con patrocinio letrado, el 14 de marzo del corriente año.

A fs. 599/600 contesta el Director de Asistencia Jurídica Internacional manifestando que, según el Juez de Enlace español, compete al padre requirente procurar la obtención de resoluciones que repliquen lo dispuesto por la justicia argentina, no siendo competente la Autoridad Central española para llevar tal gestión, como tampoco para proceder a la apertura de una cuenta en España para el depósito de las sumas alimentarias provisorias fijadas a favor de los jóvenes.

A fs. 601, con fecha 29 de marzo de 2.017, ante la respuesta de la Autoridad Central se ordenó librar nuevo oficio haciéndole saber que en el plazo de cinco días deberá comunicar las medidas implementadas a los fines de dar cumplimiento al regreso seguro ordenado, acreditándolo, en su caso, con documentación fehaciente.

Dicha requisitoria fue evacuada por la Autoridad Central a fs. 609/610, en donde reiteró los términos de su contestación de fs. 599/600 e informó que se encontraban a la espera de una respuesta por parte de la Autoridad Central española respecto a la existencia de causas penales con relación a la Sra. L.. Sin perjuicio de ello, dicha autoridad manifestó que el Juez de Enlace español informó que él no puede acceder a esa información, la cual debería ser proporcionada por el padre, lo que se le hizo saber al Sr. D. (conf. fs. 611).

A fs. 602 la apoderada del progenitor informa que los jóvenes cuentan con vacantes en la escuela a la que asistían y profesores asignados para recuperar. Además, refiere que el Sr. D. no ha realizado denuncia penal contra la Sra. L. y que procederá a la compra de pasajes a Madrid para la madre y sus hijos.

A fs. 612/613 el representante del padre solicitó se concrete la inmediata ejecución de la sentencia, expresando que de ser necesario se podría modificar la modalidad de regreso seguro dispuesta ante la dinámica de lo que vaya aconteciendo, sin perjuicio de reiterar que no denunció penalmente a la Sra. L..

A fs. 616, con fecha 12 de abril, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Defensor de Menores, y en cumplimiento de la sentencia definitiva dictada en autos, se ordenó que el progenitor acompañe en el plazo de 48 horas las constancias de compra de los pasajes aéreos a nombre de la Sra. L. y de O. y H. A. D. L.; señalando que una vez comunicada la fecha se dictará en forma inmediata la correspondiente autorización de salida del país de los jóvenes.

Asimismo se dispuso que en caso de incumplimiento por parte de la accionada se designaría un tutor a dichos fines, el cual suplirá a la Sra. L. en el cumplimiento del retorno; ello sin perjuicio de otras sanciones y ordenes que correspondan.

A fs. 618, con fecha 19 de abril, se ordena notificar a los jóvenes lo resuelto a fs. 616, lo que se materializó electrónicamente el mismo día como surge de la nota de fs. 618 vta..

A fs. 624, con fecha 19 de abril, se desestimó “in limine” el recurso de apelación interpuesto por la progenitora, por cuestionar una resolución que es consecuencia de otras

anteriores que se encuentran firmes.

A fs. 628, con fecha 20 de abril del corriente año, ante el pedido formulado a fs. 627 por los jóvenes con patrocinio letrado, a los fines dispuestos a fs. 592vta., punto g), es decir, a efectos de informarles a los nombrados acerca del proceso de ejecución de sentencia y sobre los pasos a seguir en el cumplimiento de la orden de restitución, se los convocó a una entrevista con el Sr. Defensor de Menores, y la suscripta, para el día 24 de Abril de 2017.

En el marco de dicha entrevista, se les explicó a los hijos de las partes el contenido de las decisiones judiciales firmes y la estricta necesidad del cumplimiento de las mismas, manifestando los nombrados reticencia y solicitando -en virtud de la inminencia del viaje- poder conversar con su progenitor para poder expresarles sus sentimiento antes del mismo, prorrogando para ello unos días la fecha del regreso a España.

Ante el pedido realizado por los jóvenes con el debido patrocinio letrado, al cual adhirió el Sr. Defensor de Menores, en virtud del estado de angustia que ellos presentaban, considerando el citado Magistrado que la presencia paterna podrá facilitar el regreso en forma menos traumática, y teniendo en cuenta el superior interés de H. y O. -que se traducía en la necesidad de contar con tiempo para poder asimilar las decisiones firmes y poder conversar con su progenitor antes del viaje-, se prorrogó la fecha de regreso dispuesta a fs. 616, punto V, para no antes del día 5 de mayo de este año (conf. acta de fs. 631).

A fs. 643, con fecha 3 Mayo de 2017, ante el pedido realizado por el progenitor a fs. 638/640, y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Defensor de Menores (conf. fs. 642), se fijó un régimen de comunicación provisorio durante la estadía del actor en el país. Asimismo, en razón de lo que surge del acta de fs. 631, y de lo solicitado por los jóvenes con patrocinio letrado, se convocó a los mismos y al Sr. D., a una audiencia con el Sr. Defensor de Menores, para el día 5 de mayo de 2.017.

En el marco de la convocatoria señalada, la suscripta se hizo presente y volvió a explicarles a los jóvenes el contenido de las decisiones judiciales firmes y la estricta necesidad del cumplimiento de las mismas, brindándoles a O. y H. A. la posibilidad de conversar con su progenitor. Ya sin mi presencia, y luego de un amplio intercambio de ideas, todos los comparecientes acordaron la suspensión del trámite de las presentes actuaciones hasta el 8 de mayo (conf. acta de fs. 674).

Ante el fracaso de toda implementación de acuerdos y habida cuenta lo peticionado a fs. 678 por el Sr. H. D., con fecha 9 de mayo se autorizó a cualquiera de los progenitores, y/o mandatarios, y/o letrados patrocinantes, a realizar el trámite correspondiente a la expedición de los pasaportes en forma indistinta. A su vez se intimó al Sr. D. a que informe en autos, dentro del plazo de 48 horas, la fecha del pasaje para que los jóvenes junto con su progenitora emprendan el retorno a España, y se exhortó a las partes, letrados y demás auxiliares para que colaboren con el cumplimiento de la orden de restitución, adecuando su actuación y peticiones al estado de la causa y a los fines perseguidos, absteniéndose de entorpecer la tramitación del presente y asimismo de exponer públicamente, directa o indirectamente, las cuestiones debatidas en esta causa (conf. fs. 684/685).

Con fecha 10 de mayo, en atención a lo peticionado por el Señor Defensor de Menores, y teniendo en cuenta lo que surge de la documental acompañada por el citado Magistrado y por el progenitor, constato un flagrante incumplimiento con las resoluciones

dictadas a fojas 592vta., punto h, y a fojas 684, punto III, una violación de lo dispuesto por los artículos 52 y 708 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto al carácter estrictamente reservado de los procesos de familia, y finalmente, una injerencia arbitraria e ilegítima en la intimidad de sus propios hijos (arts. 52, 1710, 1770 y ccs. Del CCyCN; art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño), por lo que, al no existir razón alguna que justifique tal proceder, se dispuso la prohibición de divulgar hechos concernientes a la vida privada de los niños vinculados con el presente expediente judicial, y/o hacer menciones que identifiquen –directa o indirectamente- a O. y H. A. D. L., tanto sea en medios gráficos, radiales, televisivos, o cualquier otro medio de difusión, ello bajo los apercibimiento que establece la ley (conf. fs. 20/21 del incidente N° 34567/2014/5).

Asimismo se intimó a la progenitora de los niños a dar estricto cumplimiento a lo ya ordenado por este Tribunal, en las resoluciones de fs. 592vta., punto h, y de fojas 684, punto III, bajo los apercibimiento que establece la ley. Con fecha 15 de mayo del corriente año, la Sra. L. articula recusación con expresión de causa (conf. fs. 730), en virtud de lo cual se remiten las actuaciones al siguiente juez en turno (conf. fs. 736vta).

Luego de haber dispuesto la Magistrada a cargo del Juzgado Civil N° 84 hacer saber el juez que va a conocer, con fecha 24 del citado mes, ante el rechazo de la recusación con causa articulada (conf. fs. 763), se reciben las actuaciones (conf. fs. 767).

En la misma fecha se ordena sustanciar la presentación formulada por los hijos de las partes que luce a fs. 738, la cual fue contestada a fs. 781 por el progenitor.

En la presentación de fs. 738, de fecha 16 de mayo de 2.017, O. y H. A. D., con patrocinio letrado, manifestaron que “... en razón de haber accedido nuestro padre a venir a la Argentina para hablar con nosotros y poder así negociar con él un acuerdo, es que le propusimos que nos permitiera continuar con el desarrollo de nuestras actividades escolares, con nuestra vida social, e ir a visitarlo en las vacaciones de invierno y verano, incluyendo fin de año ...”. Asimismo expresaron que “... somos dos jóvenes que pensamos en forma independiente, que no queremos estar en el medio de las desavenencias entre él [su progenitor] y mamá, sino que nos den cabida como personas con nuestros derechos ... 3) Estuvimos con él todo el fin de semana ppdo., pero no nos escucha, es más dice que nos llevará por la fuerza ...”, y concluyeron que “... apreciamos los consejos de nuestras abogadas, pero queremos que nuestro padre acepte nuestro acuerdo. Sabemos que los Jueces se empeñan en hacer cumplir el Tratado en forma igual para todos. Pero no son todos los casos iguales. Nosotros no somos ovejas, sino personas con derecho a elegir ...”.

Con fecha 26 de mayo se requirió a la progenitora informe en el plazo de 24 horas si realizará el viaje a España junto con sus hijos a los fines de resolver lo que en derecho corresponda (conf. fs. 770). A fs. 783 la progenitora manifiesta que viajará a España junto a sus hijos en tanto estén dadas las condiciones de seguridad personal que el caso amerita y garantizando el retorno seguro de los jóvenes. En ese sentido, solicita que para su propia seguridad y la de sus hijos que se instrumenten las medidas para asegurar las disposiciones dispuestas por la suscripta para que se efectivice el regreso seguro. Insiste en que sus hijos poseen una opinión formada y fundada y en que no están dadas las condiciones para el retorno seguro de los jóvenes.

Con fecha 29 del mismo mes las actuaciones fueron remitidas al Juzgado Nacional

en lo Criminal y Correccional N° 33, Secretaría N° 170 ante el requerimiento de dicho juzgado, en virtud de una acción de habeas corpus promovida por la madre de los jóvenes, habiendo sido devueltas las actuaciones con fecha 30 de mayo (conf. fs. 772 y 777), comunicando que se había desestimado en primera instancia dicha acción, lo que fuera confirmado por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (conf. fs. 789/792).

A fs. 786, con fecha 31 de mayo de 2.017, a fin de garantizar el fiel cumplimiento de lo resuelto, y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Defensor de Menores, se dispuso citar al Director de Asistencia Jurídica Internacional a mantener una entrevista en forma urgente, y se ordenó librar oficio a la Autoridad Central a fin que informe detallada y fehacientemente el estado de las actuaciones judiciales que involucren a las partes de autos.

Con fecha 1° de junio, O. y H. A. D., con patrocinio letrado, solicitaron la suspensión de las actuaciones y la nulidad de la ejecución de la sentencia (conf. fs. 799/800); petición que fue sustanciada con sus progenitores, y que mereció las contestaciones que lucen a fs. 816/818 y de fs. 822/823.

El día 5 de junio, con la presencia del Sr. Defensor de Menores, fue recibido el titular de la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional, quien -ante el pedido formulado por la suscripta y el citado Magistrado- manifestó que requerirá la colaboración del Consulado Argentino en Madrid, así como de la Autoridad Central Española, a los fines de que sea replicada la decisión de regreso seguro ya tomada por la suscripta, y consentida por las partes como condición para dar cumplimiento al regreso de los jóvenes en el marco de la Convención y de lo expresamente dispuesto en el art. 2642, segundo párrafo del Cód. Civ. y Com. Asimismo se comprometió a solicitar ante los mismos organismos información fehaciente sobre la existencia de causas penales seguidas contra la Sra. E. L. y acompañarla en estas actuaciones, todo ello sin perjuicio de manifestar el representante de la Autoridad Central lo informado por la Autoridad Central española en cuanto a que le compete al padre requirente gestionar la réplica de lo aquí decidido en España. (conf. fs. 811).

Con fecha 6 de junio del corriente, y sin perjuicio de lo ya dispuesto a fs. 591/592, punto III, ap. F), y a fs. 616, ptos. III y IV, a tenor de lo solicitado por la Autoridad Central, y a lo sugerido por la Juez de Enlace y Miembro de la Red Internacional de Jueces de La Haya a fs. 803/804, reiteraré la expedición de copias certificada de las resoluciones de fs. 591/592 y de fs. 616, a fin que los Juzgados competentes del Reino de España “repliquen” lo dispuesto y/o, en su caso, emitan ordenes que garanticen el fiel cumplimiento de lo allí ordenado (conf. fs. 812).

Sin perjuicio de ello, atento a lo solicitado por el Sr. Defensor de Menores a fs. 785, punto II, se convocó a las partes y/o a sus letrados apoderados, a una audiencia en el Tribunal (conf. fs. 812 vta. cap. II).

A fs. 827/828 la Autoridad Central informó lo actuado en relación a los compromisos asumidos.

A fs. 836/837, con fecha 15 de junio, se celebró la audiencia fijada a fs. 812vta., en donde -sin perjuicio de las decisiones ya tomadas y de las que se tomarán respecto del planteo efectuado por los jóvenes- exhorté una vez más a las partes a lograr una solución pacífica de la conflictiva.

En esa oportunidad, los jóvenes O. y H. manifestaron "... su irreductible voluntad de no regresar a España, salvo para vacacionar con su progenitor ...". Asimismo, expresaron que "... no quieren ser tratados como objetos, que ya son grandes para decidir, y que quieren seguir teniendo relación con su progenitor, al que en este momento le hablan y no les responde, y que la verdad es que quieren tener un buen vínculo con él, y que si no se respeta su voluntad no querrían verlo más. Agregan que en la Argentina tienen sus amigos del colegio, escuela, familia ampliada y club, pues en España solo tienen a su papá. Imploran los nombrados que se respete su decisión. ...". Frente a ello, el letrado apoderado del Sr. D., en representación del progenitor de los niños les solicitó que "... no se consideren cosas, y que el estado de madurez implica darse cuenta que están siendo escuchados y que también tienen responsabilidades, explicándoles acerca de las convenciones internacionales y el respeto que hay que tener de ella, y que hay otros niños en el mundo involucrados en la misma problemática ...". A su vez, el letrado apoderado expresó que transmitiría al progenitor "... la percepción directa que manifestaron sus hijos y que se vuelca en este acta, y la voluntad de la Sra. Jueza y de la Defensoría para intentar que se resuelva en forma pacífica el conflicto, solicitando la suspensión de las actuaciones por un plazo de cinco días a efectos que el progenitor pueda reflexionar para expedirse acerca de lo solicitado por los jóvenes ...". Por su parte, la progenitora expresó que se encuentra dispuesta a continuar en conversación con el padre de los niños o retomar las que se hubiesen iniciado, sin desmedro de destacar que "... atento la edad y madurez de los jóvenes, estará atenta a las decisiones que ellos tomen y manifiesten, solicitando se respete su voluntad ...". A su vez el Sr. Defensor de Menores, quien comparte lo exhortado por la suscripta, en cuanto a la solución pacífica del conflicto, "... ofrece el ámbito de la Defensoría ... para facilitar la concreción de un acuerdo. ...".

Por lo que se resolvió atento a lo peticionado por todas las partes, y con conformidad del Sr. Defensor de Menores, suspender el presente proceso por el plazo de cinco días (conf. fs. 836/837).

A fs. 840/841, con fecha 26 de junio de 2017, la apoderada del progenitor manifestó que no existe en lo inmediato una propuesta distinta a la solicitud de reintegro incoada y que no obstante los planteos de los jóvenes, entiende que el pronto retorno a España es la forma para asegurar su interés superior. Para ello, solicita que se modifiquen las condiciones de regreso seguro oportunamente dispuestas en cuanto se ordena que los niños retornen junto su progenitora y que asimismo se modifiquen los alcances de las "decisiones espejo" solicitadas al Juez español, piden cambio de guarda.

Habiendo vencido el plazo pactado en la audiencia cuya acta obra a fs. 836/837, y ante la presentación paterna de fs. 840/841, no habiéndose podido arribar a una solución consensuada, se dispuso el pase de las actuaciones al despacho del Sr. Defensor de Menores, y luego al de la Sra. Fiscal, a fin que dictamine en orden a los planteos pendientes de resolución.

III) PEDIDO DE NULIDAD.

Sabido es que "...por regla general, la irregularidad de un acto procesal es susceptible de convalidarse mediante el consentimiento de la parte a quien ella perjudica. Ello como consecuencia del carácter relativo que reviste las nulidades procesales. Los actos

viciados, o supuestamente viciados, se consolidan si no se los ataca en tiempo hábil, precluyéndose con ello el derecho a solicitar la invalidez del procedimiento. La convalidación se apoya en el principio señalado por COUTURE, de que frente a la necesidad de obtener actos válidos y no nulos, se halla la necesidad de obtener actos firmes, sobre los cuales pueda consolidarse el derecho.” (MAURINO, Alberto Luis, Nulidades Procesales, Astrea, p. 55).

Es así que con arreglo a lo que dispone el segundo párrafo del artículo 170 del Código Procesal, el pedido de nulidad debe ser formulado por vía de incidente, dentro de los cinco días subsiguientes al conocimiento del acto viciado, a fin de que no medie consentimiento tácito.

En el caso, los jóvenes se han presentado con patrocinio letrado a fs. 593, con fecha 14 de marzo de 2017, tomando conocimiento en tal momento del estado de las actuaciones, sin perjuicio de que además con fecha 19/4/17 (véase fojas 618vta) se les notificó electrónicamente las resoluciones dictada en orden a la ejecución de la sentencia cuya nulidad ahora se persigue, por lo que el pedido efectuado con fecha 1/6/17 a fojas 799/800 –es decir, casi dos meses luego de haberse presentado con patrocinio letrado especializado y un mes y medio de la notificación antedicha- resulta por demás extemporáneo en los términos antes expuestos.

No obstante, considero que más allá de la extemporaneidad del planteo, corresponde ingresar en el tratamiento de la nulidad impetrada con arreglo a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia de fecha 26/09/2012, dictada en los autos “M. d. S., R. y otra s/ordinario s/nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos” (Fallos 335:1838) y en criterio aplicable al caso, sostuvo que “no resulta razonable interpretar que, en el caso, el interés superior del niño se encuentre reflejado en una aplicación literal y dogmática de los preceptos normativos que regirían la materia” (Considerando 12 de dicho fallo), “pues dar prioridad al principio de perentoriedad de los plazos no solo resultaría contrario a razones de justicia y equidad que median en el caso, sino que además significaría frustrar los derechos que se encuentran en juego mediante una decisión excesivamente rigurosa” (Considerando 14); concluyendo que “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (conf. Fallos: 324:122 y 327:2413 y 5210)” (Considerando 16 del fallo citado).

Ahora bien, considero que el pedido debe ser igualmente desestimado por no indicarse ni verificarse requisito esencial para que proceda la invalidación de actos procesales (conf. arts. 169 y 172 del CPCCN, 18 de la Constitución Nacional) -además de todo consentidos, como se dijera-, cual es la existencia de agravio o violación del derecho en juicio a partir de los vicios invocados (falta de escucha de los menores), toda vez que sin ponderar con excesivo rigor el planteo de fs 799/800, se advierte que desde su presentación con patrocinio letrado en estos autos a fojas 593, recién fue a fojas 799/800 que plantearon su voluntad irreductible de regresar a España -voluntad que no surgía con anterioridad y mucho menos en la escucha que directa e indirectamente tuvieron antes del dictado de la sentencia que ordenó la restitución, luego confirmada por la Excma. Cámara-, planteo que fue debidamente sustanciado con todos los intervinientes y que es materia de resolución en

la presente, en el Considerando siguiente.

Es decir que la falta de escucha de los jóvenes en tal contexto no les ha generado agravio atento el modo en cómo en definitiva se decide

Más allá de lo expuesto, cobra vital importancia señalar que no lo asiste razón a los jóvenes al afirmar que sólo hablaron con la suscripta debido a que así lo solicitaron. Es que en cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 24 y 27 de la ley 26.061, previo al dictado de la sentencia de restitución, O. y H. A. fueron escuchados por el Sr. Defensor de Menores y por la suscripta (conf. acta de fs. 346, del 30 de abril del año 2.015), lo que determina el rechazo del pedido de nulidad articulado, dado que –como surge de las constancias de autos los derechos de los nulidicentes han tenido siempre el resguardo, tanto sea por su escucha directa o indirecta (con anterioridad y posterioridad a la sentencia), por su participación directa con patrocinio letrado (arts. 26 y 707 CCyCN) y por la acción de sus representantes legales (sus progenitores y el Sr. Defensor de Menores e Incapaces), quienes han formulado las peticiones y recursos a los que se creyeron con derecho.

A su vez, como señala el Sr. Defensor de Menores, no es causal de nulidad la falta de reiteración de la escucha, ya que conforme las directrices en la materia, establecen la necesidad de limitar el número de entrevistas y declaraciones de los niños, en función de su derecho a ser protegidos de sufrimientos durante el mismo proceso (conf. fs. 844vta., tercer y cuarto párrafo).

En resumidas cuentas, dado que los jóvenes han sido escuchados por el Sr. Defensor de Menores y por la suscripta oportunamente, que han sido representados por sus progenitores y por el citado Magistrado a cargo del Ministerio Público y luego intervinieron con patrocinio letrado, y sin perjuicio de haber consentido éstos los actos cuya nulidad solicitan y el modo en cómo en definitiva se decide –que torna abstractos los presuntos agravios invocados-, y ponderando el carácter restrictivo que impera en la materia, corresponde desestimar el pedido de nulidad formulado a fs. 799/800.

IV) RECHAZO DE LOS JÓVENES AL RETORNO Y PEDIDO DE SUSPENSIÓN DE LA RESTITUCIÓN – SOLICITUD DEL PROGENITOR QUE SE DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO.

a) Estado de las actuaciones y cuestiones a resolver. Tal como se desprende de la reseña expuesta en el Considerando II, la suscripta -con la colaboración del Señor Defensor de Menores-, ha procurado en todo momento que la restitución ordenada y firme, se realizara de un modo seguro y sobre todo, de un modo consensuado y pacífico (conf. arts. 7, inc. c) de la CH 1980; en concordancia con lo establecido por el art. 706, inc. a) del CCyCN).

Tal “retorno seguro” se ha pretendido llevar a cabo en autos mediante el dictado de sendas y fundadas resoluciones (véase fojas 591/592 y 616), tomadas en concordancia con lo aconsejado por las Guías de las Buenas Prácticas - Cuarta Parte: Ejecución (publicado por Family Law, 2011), resoluciones en las cuales se dispusieron todas las medidas que debían adoptarse, no sólo por las partes y autoridades centrales de ambos estados (requerente y requerido), sino que debían ser respetadas por las autoridades judiciales del estado requerente, de modo de evitar que el tan declamado “retorno seguro” se convirtiera, en la práctica, sólo en eso: en una mera declamación, sin ninguna aplicación concreta.

En tal inteligencia, han quedado por demás acreditadas en autos las vicisitudes y los obstáculos que se debieron atravesar para garantizar tales órdenes de retorno seguro,

obstáculos que, dicho sea de paso, aún no fueron totalmente removidos por las autoridades correspondientes (autoridades centrales, jueces del estado requerido – ver fojas 827/828 y 834/835) y por la parte actora (ver fojas 840/841, en donde inclusive solicita “se modifique las condiciones del regreso seguro ... y que modifique también V.S. por lógica, los alcances del espejo solicitado al juez español ... y modifique las condiciones de guarda”), lo cual nos advierte a las claras a todos los operadores –y más allá del notable esfuerzo llevado a cabo por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación y los prestigiosos miembros redactores del “Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños” aprobado el 28/4/17 , acerca de la imperiosa e impostergable necesidad de revisar los Convenios internacionales sobre la materia y sobre todo, las herramientas, medidas y procedimientos con los que cuentan los operadores para su efectivo cumplimiento.

Ahora bien, lo expuesto en el Considerando II da cuenta de que, hasta la presentación de fecha 1/6/17 obrante a fojas 799/800, los jóvenes, ya debidamente asesorados y con patrocinio letrado desde fojas 593, no plantearon en autos su infranqueable oposición al retorno ni recurso alguno contra las decisiones de la suscripta (consintiendo por ende, todas y cada una de ellas, tal como se dijera en el Considerando anterior de la presente resolución), lo que motivó por lo tanto la continuidad –en los términos expuestos “supra”- de los trámites tendientes al retorno seguro, más allá de lo realizado por este Juzgado en todo momento para propender, como se dijera, al retorno voluntario y a la solución pacífica de la controversia, y lo hecho por ellos en pos de que su progenitor reviera su decisión.

En tal contexto es que se advierte una notoria diferencia entre lo manifestado por O. y H. A. durante el proceso con fecha 30/4/15 (véase Considerando IV.b de la sentencia de fojas 417/433, y dictamen de fojas 366/8), y lo expresado en este último tramo del proceso, cuando ya debía efectivizarse el retorno.

Ahora bien, a pesar de la clara voluntad expresada por los jóvenes en la audiencia de fojas 836/837 a la que se hiciera mención “supra” y de lo expresado por el apoderado del actor en dicho acto en cuanto a que “va a transmitirle al progenitor la percepción directa que manifestaron sus hijos, y que se vuelcan en este acta, y la voluntad de la Sra. Jueza y de la Defensoría para intentar que se resuelva en forma pacífica el conflicto, solicitando la suspensión de las actuaciones por un plazo de cinco días a efectos que el progenitor pueda reflexionar para expedirse acerca de lo solicitado por los jóvenes”, a fojas 840/1 y con fecha 26 de junio del corriente año, el progenitor –por medio de apoderada- manifestó “que no existe en lo inmediato una propuesta distinta a la solicitud de reintegro incoada y que no obstante los planteos de los jóvenes, entiende que el pronto retorno a España es la forma para asegurar su interés superior. Para ello, solicita que se modifiquen las condiciones de regreso seguro oportunamente dispuestas en cuanto se ordena que los niños retornen junto a su progenitora y que asimismo se modifiquen los alcances de las ‘decisiones espejo’ solicitadas al Juez español”, requiriendo incluso el cambio de la condición de guarda.

Ello, lamentablemente para los justiciables de este proceso, pone estos autos en condiciones de resolver sin más trámite la petición de no retorno de los jóvenes de fojas 799/800, ratificada en la audiencia de fojas 836/837, teniendo en cuenta la imposibilidad actual de lograr un consenso por un lado, o un retorno voluntario por el otro, a partir de las inconciliables posturas evidenciadas.

Así las cosas, más allá de que resta en autos aun la confirmación de las autoridades centrales y/o jueces españoles sobre el efectivo cumplimiento de las órdenes de retorno seguro dispuestas por la suscripta a fojas 591/592 y a fojas 616 –sea a través de la emisión

de una “orden espejo”, de la “réplica” de mi decisión, de la aceptación de aquellas, o por la vía fehaciente que fuere-, lo cierto es que, aun de constatarse tales extremos y en tales condiciones, llegados a este punto y a partir de la petición de los jóvenes y su voluntad puesta de manifiesto en el acta de fojas 836/7, el único modo de cumplir con el retorno de los jóvenes tal como lo pretende su progenitor (quien incluso requirió el cambio de guarda), sería a través del uso de la fuerza pública, incidencia que, en tal contexto, es la que aquí se resuelve a partir de su petición de fojas 799/800 y la postura del progenitor expuesta a fojas 840/841.

En otras palabras, en autos nos encontramos por un lado con sentencia y resoluciones firmes que disponen el retorno de los jóvenes a España y con la expresa voluntad del progenitor de cumplir con ellas, incluso a través de un cambio de guarda; y, por el otro, con la expresa y explícita oposición de los jóvenes con tal retorno, lo que no dejaría más remedio que cumplir con el retorno de un modo compulsivo, con la paradójica e indeseable consecuencia de que, incluso de llevarse a cabo de dicho modo, correría serio riesgo el vínculo de los jóvenes con su progenitor, a tenor de lo manifestado por ellos y oído y sopesado por la suscripta en la audiencia de fecha 15 de junio.

La pregunta que cabe hacerse y que es materia de resolución entonces, es: ¿puede la suscripta, en este caso en concreto, anteponer el cumplimiento de un Tratado internacional, de sentencias firmes por mí dictadas y de la voluntad del progenitor, y todo ello de un modo coactivo, por sobre la voluntad expresada por los jóvenes? ¿Cuál es la solución que, en este momento y en este caso en concreto, consulta el interés superior de los mismos?

A desentrañar esos interrogantes, dedicaré los acápites siguientes.

b) Marco jurídico aplicable y pautas para resolver la cuestión.

Sabido es que las decisiones judiciales, y con mucha mayor razón en materia de familia, deben ponderar las circunstancias existentes y vigentes al momento de su dictado, en tanto que “resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar” (CSJN, 15/02/2000, “Torres, A. D. s/adopción”, Fallos, 323:91; íd., 2/8/2005, “S., C. s/adopción”, Fallos, 328:2870), teniendo en cuenta que “el interés superior de los menores (art. 3º, ap. 1º, de la referida Convención) constituye una pauta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales en el juzgamiento de las causas en las que se ven involucrados intereses de aquellos” (CSJN, 15/11/2005, “L. F. c/V. L.”, Fallos, 328:4013, con cita de Fallos, 322:2701; 324:122) y ponderando que “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional” (CSJN, 26/09/12, “M. d. S., R. y otra s/ordinario s/nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”, M.73.XLVII.RHE, Fallos, 335:1838, cons. 16, con cita de Fallos, 324:122 y 327:2413

y

5210).

El interés superior del niño, según las precisiones que ha realizado nuestra Corte Suprema, impone separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso llegado el caso, del de los padres (Fallos 328:2870, considerando 4 voto de Fayt, Zaffaroni y Argibay). Apunta a dos finalidades básicas cuales son las de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y la de ser un criterio de intervención institucional destinado a protegerlo (Fallos

328:2870). Implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención (Fallos:318:514), debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción, que implica escucharlos con todas las garantías a fin de hacer efectivos sus derechos (conf. arts. 12.2 y

Asimismo, y lo que cobra enorme relevancia en el caso, cabe destacar que “los jueces deben pesar las consecuencias futuras de sus decisiones, sobre todo cuando los destinatarios son los niños” (CSJN, 29/4/2008, “M. D. H. c/M. B. M. F.”, Fallos, 331:941, con cita de ‘A. F.’ del 13/3/2007 y Fallos, 312-371, cons. 61 y 71)”. Por mi parte, siempre he sostenido, por una parte, que, en los procesos de familia, la solución del conflicto se debe proyectar para el futuro, en función del porvenir, lo que supone que no se agota la solución en el conflicto puntual y actual, sino que las decisiones que adopten los jueces deben contemplar conflictos latentes que puedan desencadenarse en el futuro, y por otra parte y siguiendo Enrique M. FALCON (ver su Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, t. IX “Los procesos de familia. Alimentos”, ps. 310-311), que resulta indispensable que el juez distinga lo esencial de lo accidental, lo importante de lo banal, que trate de restablecer la comunicación rota entre las partes, desentrañando cuáles son sus intereses reales y qué opciones se presentan, para tratar de llevar el planteo hacia criterios objetivos.

Todo ello, sin desconocer la existencia en autos de decisiones firmes sobre el retorno de los jóvenes, por lo que las circunstancias que deben encontrarse acreditadas para enervar la ejecución de dichas resoluciones deben revestir notoria gravedad y ser lesivas de derechos constitucionales que cuentan, como la cosa juzgada (conf. art. 17 CN, según centenaria doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), con amparo constitucional.

Es que es tradicional la jurisprudencia de la Corte nacional que “ha conferido jerarquía constitucional a la cosa juzgada (Fallos: 224:657; 250:435; 252:370; 259:289), en razón de que la inalterabilidad de los derechos definitivamente adquiridos por sentencia firme reconoce fundamento en los derechos de propiedad y defensa en juicio (Fallos: 199:466; 258:220; 281:421) y que la estabilidad de las decisiones judiciales constituye un presupuesto ineludible de la seguridad señalada (Fallos: 253:171)” (CSJN, 29/10/1996, “Egües, Alberto J., c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 319-2527; LL 1998-A, 116). En este sentido, ha resuelto en numerosas oportunidades “que los derechos reconocidos en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada han quedado incorporados al patrimonio y se encuentran protegidos por el art. 17 de la Constitución Nacional (conf. Fallos: 209:303; 237:563; 307:1709; 308:916 y 319:3241, citados en CSJN, 06/07/2007, “Grillo, Vicente v Sparano, Claudio Rafael”, JA, 2007-IV-534).

Ahora bien, aunque en materia filiatoria pero con conceptos que resultan aplicables en la especie, se ha sostenido que “si bien la Corte Suprema ha reiterado que la cosa juzgada está íntimamente ligada a la seguridad jurídica, representa una exigencia vital del orden público, tiene jerarquía constitucional y es uno de los presupuestos del ordenamiento social, cuya ausencia o debilitamiento pondría en crisis la íntegra juridicidad del sistema (Fallos: 313:1297), y este Tribunal ha resaltado la entidad del instituto de la “cosa juzgada” en similares términos (conf. Ac. 91.366, sent. Del 17/09/2008; Ac. 96.526, sent. del 14/11/2007), juzgo que, frente a las nuevas circunstancias antes anunciadas, en este caso excepcionalísimo, la sentencia puede mudar, sin afectar los presupuestos recién

explicitados, por ser ésta la solución que mejor se adentra con los valores y principios superiores que están en juego y que es deber de la jurisdicción preservar" (SCBA, 11/03/2015, "C., M. A. c. M., A. s/ filiación", C. 102.058, JA 2015-III, 657, voto del Dr. De Lazzari). En este sentido y sobre la posibilidad de revisión, sostiene Hitters que: "se trata de justificaciones de que la inmutabilidad de las sentencias firmes quede sometida a limitaciones desde la perspectiva del ámbito temporal", "limitación que se operará si consideramos que la res iudicata no puede mantenerse cuando han cambiado con el transcurso del tiempo las circunstancias fundamentales que dieron origen al decisorio sentencial", precisando que "no debe confundirse el límite temporal con límite objetivo causal, ya que no se exige una mutación de la causa que dio origen a la sentencia sino una modificación de las circunstancias fácticas que lo motivaron" (conf. HITTERS, Juan C., La revisión de la cosa juzgada, 2a edición, Editora Platense, 2001, p. 146 y sigtes.; citado en SCBA, 11/03/2015, "C., M. A. c. M., A. s/ filiación", C. 102.058, JA 2015-III, 657, voto del Dr. De Lazzari).

Ya en la materia que nos ocupa, no puede perderse de vista que, sin desconocer el valor y la inalterabilidad de la cosa juzgada como principio, por un lado el interés superior del niño constituye un derecho con jerarquía constitucional (conf. art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), además de todo preferente y que reviste carácter de orden público e irrenunciable (art. 2 de la ley 26.061), y por el otro, que actualmente existen previsiones legales expresas (art. 440, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación) que permiten la revisión de convenios homologados o resoluciones judiciales "si la situación se ha modificado sustancialmente", en lo atinente a todos los aspectos vinculados con la parentalidad y efectos del divorcio, como ser el cuidado personal, régimen de comunicación, y el resto de derechos y deberes de los progenitores y de sus hijos en materia familiar, con un criterio que desde ya es restrictivo y debe encontrarse justificado en las particularidades del caso en concreto.

En tal orden de ideas, y a la luz de lo que establece el citado artículo 440, segundo párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación, se ha sostenido que "siempre que hablamos de revisión judicial debemos hacer alusión a la autoridad de cosa juzgada. La que constituye uno de los principios esenciales en que se funda la seguridad jurídica y que debe ser respetada, a los fines de dotar de estabilidad a las relaciones de derecho. Estabilidad que es exigencia de orden público y posee jerarquía constitucional. Sin embargo, cuando de una cuestión de familia se trata, se ha resuelto que el principio rector es el impostergable y primordial interés de los hijos, por lo que las resoluciones que sobre este aspecto se tomen se caracterizan por la mutabilidad, en la medida en que las circunstancias así lo aconsejen, no produciéndose el efecto normado de la cosa juzgada. La tutela de los intereses superiores de la familia y de cada uno de sus integrantes es vista en su dinámico desplazamiento, y pretende bregarse por su efectiva protección (...) Así, la cosa juzgada no es ni puede ser absoluta. Si bien tiene por fin garantizar la seguridad jurídica, que no es el único valor superior que gobierna el ordenamiento, debe compatibilizarse con los ideales de equidad y de justicia para cuya vigencia y afianzamiento se han instituido las leyes que nos gobiernan. De lo hasta aquí desarrollado se sigue que no todo convenio homologado ni toda decisión judicial puede ser revisada. Sólo podrá efectivizarse tal revisión en los casos donde existe real modificación de la situación que se tuvo en miras al resolver o acordar de tal o cual forma, que amerite una nueva tutela. Es decir cuando afecte seriamente la situación familiar o la de los hijos menores, o, en materia alimentaria, si varían sustancialmente la situación del alimentante o la del alimentado. De lo contrario la revisión no será

procedente” (VELOSO, Sandra, en RIVERA, Julio C. – MEDINA, Graciela (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, 1ª edición, La Ley, 2014, comentario al artículo 440).

En sentido análogo se ha dicho que “las condiciones que habilitan la modificación son: a. que haya existido, y se acredite fehacientemente, una alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la adopción de las medidas establecidas en el convenio regulador; b. que la alteración de las circunstancias sea sustancial, de tal importancia que se estime que, de haber existido las mismas al momento de la suscripción del convenio por las partes o la fijación judicial, se hubieran tomado medidas distintas; c. que la modificación no sea transitoria, sino que permanezca en el tiempo; y d. que el cambio de circunstancias no haya sido provocado voluntariamente para obtener una modificación de las medidas adoptadas” (DUPRAT, Carolina, en HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián, Código Civil y Comercial de la Nación, 1ª edición, Infojus – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, t. II, p. 73).

Otro aspecto jurídico dirimente que debe ponderarse en el caso, es el valor jurídico de la voluntad expresada por los jóvenes H. A. y O., puesto que la edad de ellos (reitero, de más de 15 y 13 años), lleva a tener presente los principios de capacidad progresiva que deben observarse en la materia, los cuales determinan la relevancia de sus opiniones (cfr, MIZRAHI, Mauricio Luis, Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 62).

Ello por cuanto, debiendo los jueces resolver los casos “según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte” (artículo 1 del CCyCN) e interpretar las leyes “teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” (art. 2 del CCyCN), nos encontramos con que la Convención sobre los Derechos del Niño, que posee jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN), en su artículo 12 establece que “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”, mientras que el artículo 5 reza que “Los Estados Partes respetaran las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

En este estado cabe destacar que en el caso se ponen en juego –por lo menos- tres directrices receptadas por la Convención de los Derechos del Niño que integran nuestro bloque de constitucionalidad desde el año 1994: la prevalencia del superior interés del niño –art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño-, el respeto de su capacidad progresiva –arts. 5, 12 y 14 de la CDN- y su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta –art. 12.1 de la CDN-. (CNCiv. Sala I, “S. S. L. c/ B. S. T. s/REGIMEN DE VISITAS”

(Expte. N° 93138/2011) del 10/9/2015).

Dichos lineamientos han sido recogidos por nuestro ordenamiento interno en la ley 26.061 y en el Código Civil y Comercial como principios rectores de la responsabilidad parental en el art. 639 del Código de fondo y como pautas para el ejercicio de la capacidad y participación en los procesos en los artículos 26 y 707 del ordenamiento citado, norma esta última que establece que la opinión del menor “debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

Como se ha sostenido, la autonomía progresiva “...se refiere a la posibilidad que van adquiriendo los niños para tomar decisiones sobre sus derechos fundamentales, conforme el alcance de un cierto grado de madurez y desarrollo, que tiene que ser valorado en cada caso concreto” (GIL DOMINGUEZ, Andrés – FAMÁ, María Victoria – HERRERA, Marisa, Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Ediar, Bs.As., 2007, pág. 453 y ss).

En este sentido se ha señalado en general que “los avances en el ejercicio de la autonomía requieren un adecuado ajuste de las facultades de dirección paterna. Existe así una relación inversamente proporcional; a mayor autonomía del niño disminuye la representación de los padres en el ejercicio de sus derechos” (HERRERA, Marisa, Manual de Derecho de las Familias, 1ª edición, Abeledo Perrot, 2015, p. 606), pues “en tanto el niño crece, va clarificando su comprensión a cerca del peso, significado y sentido de sus conductas, lo que implica necesariamente ponerlo en posición de que en mayor o en menor medida pueda ir a su tiempo, ejerciendo los derechos que le sean propios, siendo así artífice de su proceso madurativo y desarrollo personal. Por esta razón, la noción de autonomía progresiva no se encuentra sujeta al estricto cumplimiento de una determinada edad cronológica, sino que atendiendo al caso concreto, y la calidad de acto que se trata, habrá de ameritarse el grado de madurez tanto psíquica-anímica como intelectual alcanzada por el niño, a fin de verificar, si cuenta con la cabal comprensión de la situación planteada y, en tal caso, pueda ejercer por sí los derechos que le asistan” (CNCiv., Sala J, “C., J.P. y otro c/ S., N.C. s/ Alimentos”, del 8 de junio de 2.017).

En lo que hace al “grado de madurez suficiente” que señala el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación, la doctrina especializada ha sostenido que “a partir de los 13 años se presume la madurez para tomar decisiones inherentes al ejercicio de derechos tales como la educación, la libertad de conciencia, de creencias e ideológica, la intimidad o privacidad, la identidad, la libertad de asociación, de reunión y de participación en espacios donde se discutan aspectos vinculados con sus derechos, etc. (...) En definitiva, como regla genérica, el Código indica una presunción de madurez del adolescente para el ejercicio de los derechos humanos o personalísimos. Esta presunción es iuris tantum, o sea, admite prueba en contrario, de modo que quien se oponga a la autodeterminación del adolescente deberá acreditar su falta de madurez para el acto en cuestión, teniendo en especial consideración la complejidad y trascendencia de dicho acto” (FAMA, María Victoria, “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, La Ley, 20/10/2015).

Lo cierto es que “la incorporación de la categoría diferenciada ‘adolescente’ en el Código Civil y Comercial no es una mera cuestión nominal, sino que provoca concretos efectos jurídicos. En efecto, ubicarse en la franja adolescente genera una presunción de

madurez para determinados actos que habilita su ejercicio por la persona menor de edad, a pesar de su condición de minoridad (...) y (...) si bien escuchar y tener en cuenta las opiniones del adolescente no significa, necesariamente, hacer caso absoluto a lo que requiera, dado que las decisiones a tomarse deben tener como norte ineludible su interés superior, su parecer debe, necesariamente ser considerado al momento de decidir ameritando cada caso en su justa dimensión. El juez debe tener en cuenta sus manifestaciones y deseos, pero siempre que éstos sean el producto de una autonomía y libre expresión, pues el límite se encuentra en la configuración de un interés contrario que válidamente justifique el apartamiento de la voluntad del adolescente.” (CNCiv. Sala J, “S. C. s/ DILIGENCIAS PREPARATORIAS” del 21 de octubre de 2.015). En similar sentido, se ha resuelto que “si bien, en términos generales, las opiniones de un menor no son vinculantes para el juez, este criterio no puede llevar a dejarlas de lado cuando provienen de una adolescente próxima a cumplir sus quince años y que, por tal causa, posee ya el discernimiento suficiente como para decidir... De imponérsele por esta vía un temperamento que no condiga con sus preferencias en este aspecto, sólo lograría perturbarse su tranquilidad espiritual, sin resultado positivo alguno ...” (conf. CNCiv., Sala G “D.E.O. y G.M. s/ DIVORCIO”, 10/10/85).

Es que, en definitiva, “los jóvenes deben dejar de ser objeto en la controversia entre los padres, para constituirse en auténticos sujetos cuya opinión sea debidamente valorada de acuerdo a su edad y madurez y, a la par, quede habilitada su participación activa en el proceso.” (CNCiv. Sala B, “B., C. R. y otros c/ T. R. E. s/ TENENCIA DE HIJOS”, del 26/03/15).

Ya ha sostenido la Dra. Grosman que “Es indispensable el reconocimiento de los derechos del niño por el adulto y la comunidad en su conjunto ... Los derechos humanos que las normas obligan y comprometen sólo constituyen un marco de referencia. La real dimensión aparece en la práctica concreta.” (Grosman, Cecilia P., “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”, L.L. 1993 B, Secc. Doctrina 1089).

Cabe resaltar además, como bien señala el Señor Defensor de Menores, que mientras la Convención sobre los Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional, la Convención De la Haya de 1908 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores –en adelante CH 1980 – no la tiene (más allá de que, en abstracto, desde ya consultan su superior interés los objetivos y finalidades de éste Convenio, a tenor de lo dispuesto por el artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño), sin perjuicio de lo cual, es la misma CH 1980 la que prevé en su artículo 4 que “el Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años” y en su artículo 13 que “la autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones”, normas que no pueden dejar de valorarse como un parámetro en el caso, a partir del contexto normativo y fáctico antes descripto y los propios objetivos de la CH 1980.

En este orden de ideas y a partir de lo expuesto, no pueden escapársele a la suscripta -y de allí la necesaria contextualización normativa de la cuestión a resolver precedentemente efectuada-, las finalidades y objetivos de la CH 1980, y para ello no hace falta más que remitirse a las consideraciones vertidas en mi sentencia de fojas 417/433, y en

la confirmatoria de la Excma. Cámara de fojas 490/494.

Sostuve en la sentencia de fojas 417/433, con cita de precedentes de Corte Suprema de Justicia de la Nación que “(i) las disposiciones de la CH 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; (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. 3° 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; (vii) a los fines del art. 12 de la CH 1980, 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 sus 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 retorno, 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”.

Como se ve, en los puntos ix) y x) de la sentencia transcrita, según el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el particular, se advierte cómo la ponderación de la opinión del niño no pasa por la indagación de sus voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores, sino que está supeditada a la concurrencia de una verdadera oposición del niño, entendida como un repudio irreductible a regresar al lugar de la residencia habitual, lo que de verificarse, desactivaría el mecanismo restitutorio.

Asimismo, y como señala el Señor Defensor de Menores, tampoco puede escapar que, desde lo valorativo, “la ratio legis de la Convención de La Haya de 1980 es sostener la unidad de la familia y las armoniosas relaciones entre sus miembros, particularmente de los hijos menores de edad con ambos padres y ambas familias extensas”, método de interpretación en un todo conforme con lo dispuesto por el artículo 2 del Código Civil y

Comercial de la Nación.

En el sublite, como quedara expuesto, se encuentra fuera de discusión el traslado ilícito de O. y H. A. por parte de su progenitora de España a la Argentina: empero, a la par que estar involucrados tales fines y objetivos –evitar tales traslados ilícitos-, están principalmente en juego los medios que en este caso en concreto cabría utilizar para alcanzarlos y a costa de qué y de quienes, a partir de las nuevas circunstancias ya referenciadas.

c) La interpretación de la voluntad de los jóvenes.

De la presentación de fojas 799/800 se desprende que O. (nacida el 22/3/2002, es decir, de 15 años y 3 meses) y H. A. (nacido el 15/8/2003, es decir, de 13 años y 10 meses), efectuada con patrocinio letrado especializado, solicitan que se suspendan las presentes actuaciones; manifiestan que sus edades los hacen merecedores no sólo de ser escuchados, sino de que se tengan en cuenta sus opiniones y decisiones sobre sus vidas; que han demostrado su integración al presente ambiente, que es lugar donde han nacido, y donde están su madre, abuelos, tíos, primos, amigos, y sus colegios, agregando que su padre vive en España, sin familia, y que su trabajo lo lleva a viajar en forma constante; que vuelven a manifestar el rechazo irreductible a obligarlos a vivir en otro país que no sea en el que consideran suyo.

Más allá de que corresponde destacar nuevamente que tal “reiteración” de su “rechazo irreductible” al regreso a España volcada por los jóvenes en la presentación antes aludida no se ajusta propiamente a las constancias de estos autos, como se dijera “supra”, lo cierto es que la voluntad expresada por escrito y con asistencia técnica, fue corroborada y ratificada en tales tajantes términos en la audiencia celebrada con fecha 15 de junio de 2.017.

De dicha audiencia, cuya acta luce a fojas 836/837, que fue presidida por la suscripta y en la que participaron el letrado apoderado del actor, la progenitora con patrocinio letrado, el Señor Defensor de Menores junto con la Señora Secretaria de la Defensoría, la Asistente Social del Juzgado y el Secretario de este Juzgado, se colige que los menores expresaron “...su irreductible voluntad de no regresar a España, salvo para vacacionar con su progenitor...”, que “... no quieren ser tratados como objetos, que ya son grandes para decidir, y que quieren seguir teniendo relación con su progenitor, al que en este momento le hablan y no les responde, y que la verdad es que quieren tener un buen vínculo con él, y que si no se respeta su voluntad no querrían verlo más”, agregando que “en la Argentina tienen sus amigos del colegio, escuela, familia ampliada y club, pues en España solo tienen a su papá. Imploran los nombrados que se respete su decisión”.

El Señor Defensor de Menores, en su dictamen, señala a fojas 845/vta. que “ante la situación planteada es necesario analizar previamente dos supuestos: a) si la decisión de los adolescentes es libre, y b) si es madura. Lo primero depende de apreciaciones personales y puede haber ido variando en el transcurso del proceso. Siempre advertí esa libertad en O., por razones de temperamento, desde la primera de las entrevistas. En H. A. he notado una paulatina afirmación personal muy propia de su desarrollo psíquico acorde a su edad. Nada me permite sostener que ambos jóvenes se encuentren presionados, más allá del peso intolerable del conflicto mismo, y las manifestaciones sobre el deseo de relacionarse con su padre y pasar vacaciones con él (que en encuentros extrajudiciales en mi despacho e incluso

con su padre presente me manifestaron en términos algo distintos a los volcados en el acta) son un signo de esa libertad”; sostiene luego que “debo dejar expresa constancia de la sensación de progresivo madurez que mis representados me han dado tanto las entrevistas judiciales, en las varias mantenidas en la Defensoría y aun cuando me acompañaron a la Corte Suprema para que conocieran el ámbito y darles copia de la resolución final del expediente. Sus comentarios fueron siempre atinados, nunca apareció atisbo de caprichos o de actitudes confrontativas, tan comunes en la adolescencia por lo demás. Los signos de cariño al padre fueron constantes y públicos. El respeto a los magistrados, y a todos los adultos y la confianza en una solución acorde a sus deseos profundos, fue una nota muy particular en los encuentros. No existe en este momento modo alguno de dar cumplimiento a la sentencia, salvo modalidad impensables e inadmisibles de retorno brutal”.

El informe elaborado por la Trabajadora Social del Juzgado, Lic. Á. G. N., que luce a fojas 850/1, resulta coincidente con los términos expuestos por el Señor Defensor de Menores.

Por mi parte, no puedo más que adherir en un todo a las apreciaciones efectuadas por el Señor Defensor de Menores, con las que coincide el informe de la Lic. Trabajadora Social a fojas 850/851, respecto del grado de madurez de los menores en cuanto a la decisión expresada de no retornar, que se corresponden con la percepción de la suscripta de la última entrevista personal con aquellos, a lo que cabe agregar la presunción sobre el carácter de su voluntad que emana actualmente de la edad de los mismos y las circunstancias referidas en los párrafos precedentes, que no fue desvirtuada en autos.

En conclusión, y a partir de lo expuesto, considero que los jóvenes, ya adolescentes, cuentan actualmente con grado de madurez suficiente para comprender los alcances de la voluntad por ellos expresada -que impresiona ser un reflejo de sus hondas convicciones-, en los términos de lo dispuesto en los artículos 12 de la Convención de los Derechos del Niño, 13 de la CH 1980 y 26 y 707 del Código Civil y Comercial de la Nación.

d) La determinación del superior interés de los jóvenes y la solución que corresponde dar.

Así delimitada en el presente Considerando la cuestión a resolver (acápito a), el marco jurídico aplicable y las pautas que deben orientar la decisión en la especie (acápito b) y la interpretación de la voluntad de los jóvenes (acápito c), queda por determinar si dicha voluntad es coincidente con su superior interés y si, por tal razón, puede y corresponde hacer lugar a lo peticionado por aquellos, en orden a suspender su retorno a España, oportunamente decidido en autos.

En este sentido, cabe destacar que no siempre la voluntad de los niños y/o jóvenes resultará coincidente con su superior interés, pues desde ya y según cada caso y particularmente la estructura psíquica de ellos, pueden tener la voluntad de realizar o no realizar actividades y/o acciones que los puedan poner en riesgo y ser por ende contrarios a su superior interés.

Piénsese, por ejemplo y dicho esto al sólo efecto ilustrativo, en el deseo y férrea voluntad de un joven de 15 años de conducir un vehículo en la vía pública, y además de todo sólo: sería un verdadero absurdo que los progenitores o un juez, en cumplimiento de dicho deseo, se lo permitieran, contraviniendo no sólo elementales normas de tránsito, sino generándoles un inmenso riesgo de sufrir daños. Como se ve, y a pesar de lo extremo del

ejemplo, resulta gráfica allí la no coincidencia entre el interés superior y su voluntad. Por otra parte, debe dejarse bien en claro que tampoco corresponde generalizar la ponderación y seguimiento de la voluntad de los niños/jóvenes, aun cuando se detectara edad y grado de madurez suficiente, en oposición a decisiones de sus progenitores y/o de los jueces, en tanto ello sería tanto como cargar sobre sus espaldas, decisiones que deben inexorablemente estar en cabeza de los adultos (arts. 638 y ss. del CCyCN).

En este sentido, los criterios generales antes explicitados en el acápite c) del presente Considerando, sobre la valoración que cabe efectuar de la voluntad de los jóvenes, desde mi óptica, deben necesariamente ser aplicados en cada caso en concreto, ponderando principalmente tres limitaciones.

La primera, la comprensión de las normas generales (leyes en sentido amplio), particulares (sentencias judiciales) y/o limitaciones parentales (reglas de educación o conducta impuestas por sus progenitores) sobre el acto que pretenden o no pretenden realizar y sobre el cual manifiestan su voluntad, para lo cual no cabe más que remitir al ejemplo dado párrafos arriba.

Sobre la cuestión, a la suscripta no le cabe duda de la comprensión de O. y H. A. del sentido y carácter de las decisiones judiciales tomadas y la normas en las cuales se fundaron, en coincidencia con lo expresado por el Señor Defensor de Menores a fojas 845vta., cuarto párrafo, cuando señala que “sus comentarios fueron siempre atinados, nunca apareció atisbo de caprichos o de actitudes confrontativas, tan comunes en la adolescencia por lo demás. Los signos de cariño al padre fueron constantes y públicos. El respeto a los magistrados, y a todos los adultos y la confianza en una solución acorde a sus deseos profundos, fue una nota muy particular en los encuentros”. Incluso menciona el citado Magistrado que otorgó personalmente “copia de la resolución final del expediente”.

En otras palabras, comprenden los alcances de las decisiones tomadas, reconocen su obligatoriedad, pero manifiestan un deseo concreto y consciente opuesto a ellas, no como mero capricho, sino como honda convicción sobre sus preferencias y consecuencias de las decisiones, abstrayéndose incluso de la posición de ambos progenitores (véase su presentación de fojas 799/800 e informe de fojas 850/1).

La segunda limitación y en íntima vinculación con lo dicho, es sobre qué acto o decisión recae la “voluntad” expresada por ellos, ya que sobre algunas cuestiones podrán identificar mejor que en otras sus deseos y preferencias, a partir, por ejemplo, del propio conocimiento o experiencia que tuvieron sobre la misma.

Sobre el punto, cabe destacar que los jóvenes ya vivieron un primer desarraigo producido por su progenitora a partir del traslado ilícito desde España hacia nuestro país, por lo que conocen lo que significa un cambio de residencia, y que a tenor de sus propios dichos, la ejecución actual de la sentencia dictada, constituiría un segundo desarraigo, lo que desde ya pueden ponderar con edad y grado de madurez suficiente, a partir del vivido en primer término.

La tercera limitación, recae sobre el grado de consenso que pudiere existir entre sus representantes legales sobre las reglas atinentes a su cuidado y el respeto por sus derechos, por lo que, mientras mayor sea la conformidad entre los progenitores y el respeto de sus derechos, mayor será la severidad con la que corresponderá evaluar la voluntad de los menores opuesta a aquellos y la consecuente decisión de un magistrado en tal sentido.

Sobre tal aspecto, me permito adelantar que mientras la progenitora efectuó el traslado ilícito, e incluso en esta sede incumplió las resoluciones judiciales en protección de la intimidad de aquellos y formuló acciones penales y recusaciones a distintos magistrados a la postre todas desestimadas por infundadas, el progenitor ha demostrado intransigencia ante todas las fórmulas conciliatorias, incluso las efectuadas por sus propios hijos a fojas 836/7 en materia de vacaciones en el marco de una férrea oposición al regreso a España, propendiendo a fojas 840/841 y luego de ponderar los términos en los que aquellos se expresaron, a una ejecución forzada de la decisión restitutoria.

Si bien es evidente que cada uno actuó en la fiel convicción de estar representando y haciendo respetar los intereses de sus hijos, en definitiva, no han hecho más que sostener una batalla judicial internacional y sin cuartel, a expensas de los intereses que cada uno dice defender de ellos, lo que indudablemente otorga una insoslayable trascendencia a la opinión madura que sus hijos pudieran tener sobre las cuestiones que los vinculan y que aquellos como progenitores, no supieron o no pudieron resolver.

Se advierte así, a la luz de los criterios jurídicos antes expuestos y el marco fáctico en el cual se expresaron los jóvenes, que la suscripta está en condiciones de valorar como un dato determinante la opinión de ellos, la que expresada bajo tales circunstancias, supone una casi inexorable identificación con su superior interés que, como se dijera, constituye una pauta que guía todas las decisiones de los jueces que involucren intereses de niños, niñas y adolescentes (art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño), y permite también advertir los riesgos y consecuencias que en la hora actual y a partir de los incontrastables términos en los que se expresaron a fojas 836/7, generaría en su persona actuar en contra de su voluntad.

Resulta lamentablemente nutrida la jurisprudencia internacional en materia de restitución, con relación a decisiones que se toman en contra de la voluntad de los niños y las reacciones de éstos al ejecutárselas por coacción (véase por caso, los siguientes precedentes que pueden compulsarse en el sitio web www.incadat.com: (1) del Reino Unido - Inglaterra y Gales, compulsar (a) “Re M. (A Minor) (Child Abduction) [1994] 1 FLR 390, [Cita INCADAT: HC/E/UKel]”; (b) “Re H.B. (Abduction: Children's Objections) [1998] 1 FLR 422, [Cita INCADAT: HC/E/UKel 167]”; (c) “Re B. (Children) (Abduction: New Evidence) [2001] 2 FCR 531 [Cita INCADAT: HC/E/UKel 420]” ; (2) de Australia, compulsar “Re. F. (Hague Conventio: Child's Objections) [2006] FamCA 685, [Cita INCADAT: HC/E/AU 864]”, entre muchos otros).

Por último cabe agregar tres consideraciones a mi juicio trascendentes y que no pueden pasarse por alto.

La primera, atinente a lo dispuesto por el artículo 645 “in fine” del Código Civil y Comercial de la Nación y los fundamentos y finalidades de dicha norma (art. 1 y 2 del CCyCN), en tanto, ante la falta de acuerdo de sus progenitores, exigen el consentimiento expreso para, por ejemplo, “autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero” (inciso c), del art. 645 del CCyCN). En el caso, dicho esto a mayor abundamiento y sin perjuicio de la normativa aplicable reseñada en el acápite b) de este Considerando, estaría claro que no se cuenta con tal consentimiento de los jóvenes, en una situación fáctica prevista por la norma, similar a la que aquí corresponde decidir.

La segunda, lo dispuesto por la CH 1980 en su artículo 4, en cuanto a que “el Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años”.

Sobre el particular, el informe explicativo de la CH 1980 elaborado por Doña Elisa Pérez-Vera (véase parágrafo 77, cuya versión oficial está publicada en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779&dtid=3>) refiere que “La edad límite para la aplicación del Convenio suscita dos cuestiones importantes. La primera, la cuestión de la edad stricto sensu apenas fue debatida. El Convenio establece la edad de dieciséis años, consagrando así una noción de menor más restrictiva que la admitida en otros Convenios de la Haya. El motivo resulta de los propios objetivos convencionales; en efecto, una persona de más de dieciséis años tiene por lo general una voluntad propia que resultará difícil de ignorar, ya sea por uno u otro de sus progenitores, ya sea por una autoridad judicial o administrativa. En cuanto a la determinación del momento en el que tal edad impide la aplicación del Convenio, éste consagra la más restrictiva, entre las distintas opciones posibles; en consecuencia, no se podrá llevar a cabo o aprobar ninguna acción o resolución respecto a un menor tras su decimosexto cumpleaños”

En este sentido, edad fijada, debe inexorablemente ser ponderada con los criterios de capacidad progresiva reseñados en el acápite b de este Considerando) y con la interpretación y carácter de la voluntad de O. de la que da cuenta el acápite c) de este Considerando), por lo que, por un lado, si bien O. no ha alcanzado aún la edad de 16 años, cuenta actualmente con aproximadamente 15 años y cuatro meses, mostrando un grado de madurez suficiente que coincide con las finalidades que tuvo en miras la norma el artículo 4 de la CH 1980 para declarar inaplicable dicho Convenio. Por el otro lado, si bien H. A., a diferencia de O., no estaría tan cerca de la edad referida, resultaría evidentemente contrario a sus intereses y finalidades expresadas “supra” por la suscripta, tomar una decisión que implique separarlo de su hermana.

La tercera, y como se dijera “supra”, que ha sido la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, interpretando los alcances de la CH 1980, ha vedado su aplicación, “supeditado a la concurrencia de una verdadera oposición del niño, entendida como un repudio irreductible a regresar al lugar de la residencia habitual” (dictamen de la Procuración General de fecha 18/03/2013 al que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “F.C., C. C. c/G., R. T. s/reintegro de hijo”, S.C. F. N° 354; L. XLVIII, y Fallos 333:694; 333:913; y 334:1287), como sucede en el caso.

Entonces y en resumidas cuentas, por más que se cumplan las condiciones impuestas por la suscripta en autos en las resoluciones de fojas 591/592 y de fojas 616, en este particular caso y a partir de los planteos y voluntades expresadas por los jóvenes con posterioridad, el efectivo cumplimiento de la restitución, que no podría ser sino coactivo y por ende por la fuerza pública, supondría contravenir incluso los propios términos de la CH 1980 al consagrarse, por un lado, un retorno “brutal” y no “seguro” para los jóvenes, y por el otro, una violación de lo dispuesto por los artículos 4 y 13, penúltimo párrafo “in fine” de la propia CH 1980. Y ello –dicho esto sólo a mayor abundamiento– con el agravante de las consecuencias que el retorno en tales condiciones podría traer con respecto a la relación entre los jóvenes y el propio progenitor reclamante.

En efecto, resolver lo contrario no sólo conculcaría los deseos y convicciones de los

jóvenes, sino también el “interés familiar” y específicamente el de su progenitor, al manifestar éstos que de no respetarse su voluntad romperían el vínculo con el mismo (en particular, expresaron enfáticamente “que si no se respeta su voluntad no querrían verlo más” –sic-), lo que de ningún modo se puede propiciar desde un Tribunal de familia y desde la firme convicción de la suscripta, como jueza de familia, de propender en todo momento a que se mantenga el vínculo que construyeron con su progenitor no conviviente.

En definitiva, entiendo que corresponde respetar en el caso la voluntad de los jóvenes O. y H. A., y suspender con tal alcance, la orden de restitución de fojas 417/433, confirmada por la Excma. Cámara a fojas 490/494, y las resoluciones dictadas como consecuencias de ella, con excepción de los expedientes, acuerdos y resoluciones dictadas en orden a mantener la comunicación de los jóvenes con su progenitor, como se vino haciendo durante el tiempo en que los jóvenes estuvieron en el país (véase el expediente N° 34567/14/1 s/ Régimen de visitas”).

Por las consideraciones hasta aquí efectuadas, de conformidad con lo dictaminado por el Señor Defensor de Menores, y lo dictaminado por la Sra. Representante del Ministerio Público Fiscal, RESUELVO: I. Rechazar el planteo de nulidad articulado a fojas 799/800, por las consideraciones efectuadas en el considerando tercero; II. Hacer lugar al planteo de los jóvenes de fojas 799/800, suspendiendo, por consiguiente, en el caso en concreto y con arreglo a lo expuesto en el Considerando Cuarto, la orden de restitución de fojas 417/433, confirmada por la Excma. Cámara a fojas 490/494, y las resoluciones dictadas como consecuencia de aquéllas; III. Costas por su orden, atento la naturaleza de la cuestión debatida, argumentos expuestos e interés en el que actuaron cada uno de los intervinientes en autos (conf. arts. 68 y 69 del CPCCN; 2 y 3 de la ley 26.061; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño). IV. Notificar a las partes, con habilitación de días y horas, por Secretaria, y al Sr. Defensor de Menores y a la Sra. Fiscal en sus despachos. V. Comunicar la presente a la Autoridad Central de la República Argentina a quien se le encomienda las notificaciones pertinentes a la Autoridad Central del Reino de España, y a la Sra. Juez de Enlace.

Fdo.: Silvia V. Guahnon