

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA PRIMERA

PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 87

CUIJ: 13-04953495-1/1((017101-353/19))

K ■■■ K ■■■ J ■■■ EN J° 163/19/4F // 353/19 K ■■■ K ■■■ J ■■■
C/P ■■■ C ■■■ S ■■■ S/RESTITUCION
INTERNACIONAL P/ RECURSO EXTRAORDINARIO
PROVINCIAL

105122740

En Mendoza, a trece días del mes de Febrero de dos mil veinte, reunida la Sala Primera de la Excm. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-04953495-1/1(017101-353/19), caratulada: "K ■■■ K ■■■ J ■■■ EN J° 163/19/4F // 353/19 K ■■■ K ■■■ J ■■■ C/P ■■■ C ■■■ S ■■■ S/RESTITUCION INTERNACIONAL P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL".

De conformidad con lo decretado a fojas 81 quedó establecido el siguiente orden de estudio en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal: **primero: DR. DALMIRO FABIÁN GARAY CUELI; segundo: DR. PEDRO JORGE LLORENTE; tercero: DR. MARIO DANIEL ADARO.**

ANTECEDENTES:

A fojas 14/36, el Sr. K ■■■ K ■■■ J ■■■, por apoderada, interpone recurso extraordinario provincial contra la resolución dictada por la Cámara de Apelaciones de Familia a fojas 701/706 de los autos n°

163/19/4F-353/19, caratulados: "K ■■■ K ■■■ J ■■■ C/ P ■■■ C ■■■ S ■■■ P/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL".

A fojas 45 se admite formalmente el recurso deducido, se ordena correr traslado a la parte contraria, quien a fojas 56/62 contesta solicitando su rechazo, con costas.

A fs 74 contesta la Sra. Asesora de Menores e Incapaces interviniente y solicita el rechazo del recurso extraordinario interpuesto.

A fojas 77/78 vta. se registra el dictamen de Procuración General del Tribunal, que aconseja el rechazo del recurso deducido.

A fojas 80 se llama al acuerdo para dictar sentencia y a fojas 81 se deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, se plantean las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTION: ¿Es procedente el recurso extraordinario provincial interpuesto?

SEGUNDA CUESTION: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA CUESTION: Costas.

A LA PRIMERA CUESTION EL DR. DALMIRO FABIÁN GARAY CUELI DIJO:

I.- RELACIÓN SUCINTA DE LOS HECHOS DE LA CAUSA.

Entre los hechos relevantes para la resolución de la presente causa se destacan los siguientes:

1. El 04/06/2018, ante el Juzgado Federal de Mendoza n° 2, el Sr. K ■■■ J ■■■ K ■■■ ciudadano de Estados Unidos, interpone demanda de restitución internacional de menores, respecto de su hija M ■■■ T ■■■ K ■■■ P ■■■, en contra de la madre de la pequeña, Sra. C ■■■ S ■■■ P ■■■, de nacionalidad argentina. Refiere que conoció a su esposa en

Argentina, mientras estaba como turista y que, fruto de dicha relación, nació su hija en Mendoza, el 01/10/2015. Agrega que el 18/03/2016 se casa con C■■■■ para permitirle a ella una visa de residente permanente en Estados Unidos, por cuanto era la intención de la pareja vivir allí. Señala que la demandada declaró bajo fe de juramento que era su intención vivir indefinida y permanentemente en Estados Unidos y así se le otorgó la visa el 27/03/2017. Los pasajes aéreos comprados fueron sólo de ida, llegando a destino el 09/04/2017. Manifiesta que la niña vivió en Estados Unidos por un periodo aproximado de seis meses. Que luego de varias denuncias policiales falsas efectuadas por la progenitora, el 26/05/2017 se lleva secretamente a la menor a otro lugar, un refugio para mujeres. Allí permanecieron hasta el 28/09/2017, fecha en la cual, sin el previo conocimiento ni consentimiento del padre, la Sra. P■■■■ se lleva secretamente a M■■ de Estados Unidos y regresa a Argentina. Afirma que la demandada secuestró a su hija de los Estados Unidos y violó leyes de ese país y la Convención de la Haya de 1980. Agrega que para la Convención, no existe una duración mínima respecto al tiempo de permanencia para solicitar la restitución del niño, lo que cuenta es la intención de los padres. Cita jurisprudencia y ofrece pruebas.

2. A fs 185/187, la justicia federal se declara incompetente para entender en la presente causa y remite la misma al Tribunal de Familia en turno. Esta decisión es confirmada por la Cámara Federal de Mendoza, Sala B (fs. 219/221vta.) y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fs 300/303).
3. Radicada la causa ante la justicia de familia provincial, a fs. 334/339 vta., contesta demanda la Sra. P■■■■. Sostiene que no resulta de

aplicación al caso la Convención de la Haya, por cuanto no ha existido traslado ilícito. Por el contrario, afirma que el traslado fue lícito, ordenado por el Cuarto Juzgado de Familia en los autos n° 749/17/4F "P■■■■ C■■■■ S■■■■ c/ K■■■■ J■■■■ p/ Divorcio unilateral". Agrega que el estado de residencia habitual de la niña es Argentina, ya que Estados Unidos declaró que la menor no había adquirido la residencia habitual por no haber permanecido seis meses en el territorio conforme la legislación vigente en ese país. Niega que el matrimonio haya decidido mudar su domicilio a Estados Unidos. Afirma que viajó para que la familia del actor conociera a M■■■■ y luego fue retenida contra su voluntad.

4. Luego de sustanciada la prueba ofrecida, a fs. 471/475 dictamina la Sra. Asesora de Menores e Incapaces interviniente, quien aconseja el rechazo de la restitución solicitada.
5. A fs 476/482vta., se dicta sentencia de primera instancia que rechaza el pedido de restitución internacional.
6. Dicha sentencia es apelada por el actor y, a fs 701/706, la Cámara de Apelaciones de Familia rechaza el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, confirma la sentencia dictada en primera instancia. Los fundamentos de la Cámara pueden sintetizarse de la siguiente manera:
 - La Convención de La Haya de 1980 busca que se restaure de manera expedita la situación anterior, obligando al órgano jurisdiccional, salvo en circunstancias de excepción, a ordenar la inmediata restitución del niño o niña al país de residencia habitual.
 - La determinación de la residencia habitual es el lugar donde el hijo menor mantuvo un vínculo común con ambos progenitores.
 - El mecanismo de reintegro de menores opera siempre que el traslado o la retención merezcan la calificación de ilícitos.

- Son dos los presupuestos que deben existir para que el traslado y/o retención de un Estado a otro sean calificados de ilícitos: existencia de un derecho de custodia (elemento jurídico) y ejercicio efectivo de tal derecho anterior al traslado o retención (elemento fáctico).
- El Convenio de La Haya se estructura sobre dos ejes fundamentales, el primero, consiste en determinar si hubo un traslado y/o retención ilícita, y el segundo, es que quien accione por esta vía, ostente el derecho de custodia del hijo.
- A su vez, para determinar si hubo un traslado y/o una retención ilícita, debe determinarse cuál era el lugar de residencia habitual del niño al momento de producirse el desplazamiento, ya que es en base al derecho del Estado de residencia habitual, que deberán analizarse tales presupuestos de procedibilidad.
- La residencia habitual es una situación de hecho, que no puede ser definida en abstracto y que tiene naturaleza sociológica, en tanto supone estabilidad y permanencia. Alude al centro de gravedad del hijo y es el lugar donde este ha desarrollado su vida. Se suele indicar que tiene un componente físico, que es el relativo al efectivo establecimiento en una comunidad y medio ambiente determinados, y otro psicológico y emocional, que denota seguridad, estabilidad y voluntad de continuar en un determinado sitio.
- La expresión residencia habitual utilizada por la Convención de La Haya se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio.
- Consecuentemente, yerra el apelante cuando basa sus esfuerzos argumentales tendiente a demostrar que C. P. aceptó voluntariamente cambiar su residencia habitual a Colorado EEUU, y con ella la de su hija, en cuestiones meramente jurídicas como son la tramitación de visa de residencia permanente, emisión de pasaportes, seguro de salud, etc., dado que ha quedado suficientemente acreditado que, a las seis semanas de arribar a EEUU y alojarse junto a su esposo e hija en casa de sus suegros, denunció hechos de violencia intrafamiliar por los que terminó dejando dicha vivienda para ir con M. a un hogar de refugio para mujeres, desde donde gestionó la autorización judicial para poder volver junto a la misma a la Argentina.

- Por ello, coincido en que por su corta edad al momento de viajar a EEUU – 1 año y 6 meses – y el breve lapso de estadía en aquel país en el que, conforme denunciara la madre, vivían prácticamente encerradas en la casa de sus suegros, sin generar ningún tipo de vínculos ni relaciones con el entorno social, no puede afirmarse que M■■ haya tenido su residencia habitual y su centro de vida en aquel Estado al momento de regresar a la Argentina, a tal punto que, en apenas un mes y días, se trasladó con su madre al refugio (26/05/2017), lugar desde donde la progenitora obtiene la autorización judicial y la copia del pasaporte, para poder retornar con su hija a la Argentina, lo que se concreta el 28/09/2017.
- M■■ mantuvo la residencia habitual de su país de origen – Argentina – y, por ende, es el derecho de fondo de nuestro país el que resulta aplicable para analizar si hubo o no un traslado o retención ilícita en violación a los derechos emergentes del ejercicio de la responsabilidad parental del progenitor y si el requirente ejercía el derecho de custodia con el alcance convencional.
- No puede hablarse de un traslado ilícito de M■■ cuando el mismo fue autorizado judicialmente, es decir, C■■ P■■ no utilizó vías de hecho, sino que el consentimiento paterno, bien o mal, fue sustituido por venia judicial, conforme al art. 645 CcyCN y art. 76 bis de la Ley 6354, por autorización de viaje y emisión de copia de pasaporte a M■■.
- Con lo cual, toda la jurisprudencia citada por el apelante no resulta aplicable al caso por no darse los mismos presupuestos fácticos en relación a la forma en que se concretiza el traslado y/o la retención en el país de destino, ya que, por tal motivo, no corresponde hablar con propiedad de “país de refugio” al no existir ilicitud.
- Por ello, el conflicto familiar suscitado en autos y sus conexos, no se encuentra comprendido en el Convenio de La Haya de 1980. No es aquí donde corresponde discutir la competencia del Cuarto Juzgado de Familia para expedir dicha autorización para viajar y la emisión de pasaporte de M■■ para retornar a Argentina, sino, tal como lo ha hecho el apelante, es en los autos n° 749/17/4F “P■■ C■■ S■■ c/ K■■ K■■ J■■ p/ Divorcio unilateral” en los que se dictó la resolución cuestionada y K■■ J■■ K■■ se hizo parte, contestó el traslado de la acción de divorcio unilateral, planteando excepciones previas, entre las que

se encuentra la de incompetencia, sosteniendo que el último domicilio conyugal de la pareja fue Colorado EEUU, y a fs. 277 apela la resolución, recurso que es concedido a fs. 279, por lo que, una vez elevada que sea a la Cámara la compulsa, se podrá emitir pronunciamiento al respecto.

- En el caso no se configuran ninguno de los presupuestos señalados para determinar que hubo un cambio del centro de vida de C■■■■ P■■■■ y su hija M■■■, de Argentina a Colorado EEUU, ya que no se encuentran presentes ninguno de los dos elementos que lo constituyen, ni el temporal que permita hablar de estabilidad y permanencia, ni el psicológico, consistente en la voluntad de establecer allí su nuevo centro de vida.
- La intención que pudo tener P■■■■ al momento del viaje, no resulta suficiente si una vez llegada a EEUU se dio cuenta, de inmediato, por lo que fuere, que no era el lugar donde deseaba quedarse y desarrollar su proyecto vital.
- C■■■■ y su hija nunca pasaron de una simple residencia transitoria en Colorado ya que, su situación de refugiadas y el posterior e inmediato pedido de autorización para viajar a la Argentina, así lo prueban.

7. En contra de esta sentencia el actor interpone recurso extraordinario provincial ante esta Sede.

II.- EL RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL INTERPUESTO.

Sostiene el recurrente que la sentencia dictada resulta arbitraria, contraria a la Constitución Nacional y Provincial, no ha aplicado las leyes apropiadas para resolver el caso ni mucho menos los tratados internacionales.

Se agravia de lo resuelto por la Cámara respecto a la residencia habitual de la menor. Reitera que la niña M■■■ tenía su residencia habitual en Estados Unidos. Para la misma se produjo un cambio cuando sus progenitores dejaron Argentina para ir a vivir a EEUU, junto a todas las pruebas agregadas que así lo demuestran, pasajes de ida, declaraciones en la Embajada, testimonio de la propia P■■■■ ante la policía de Colorado, entre otros. No había ya residencia en Argentina y su traslado de EEUU a Argentina fue ilegal.

Se agravia también de lo señalado en la sentencia respecto a que C■■■■P■■■■ estuvo en calidad de refugiada por hechos de violencia intrafamiliar. Niega que haya existido violencia y afirma que no existen pruebas al respecto. Sostiene que resulta arbitraria la sentencia en cuanto afirma hechos que son falaces, como lo referido a las sentencias judiciales dictadas en EEUU que en ningún lado dicen que Argentina sea competente o que la Corte de Colorado no podía entender por no tener 182 días de residencia en el Estado.

Sostiene además que es errada la afirmación de la Cámara respecto a que es la Ley Argentina de fondo la que resulta aplicable para analizar si hubo o no traslado o retención ilícita. Afirma que la Ley y Jurisprudencia Americana eran las aplicables para el traslado de la menor y derecho de custodia.

Señala que la jueza de primera instancia de Mendoza decidió por sobre la Convención de La Haya de 1980 en un "foro más conveniente" o "forum shopping". Ningún juez de los Estados Unidos hubiera retornado a M■■■ a Argentina si la madre hubiese solicitado su restitución, ya que ambos padres habían consentido desde Argentina, mudarse y cambiar la residencia a Colorado. Por ello afirma que el viaje fue ilegal, la jueza argentina no podía suplir la voluntad del padre en suelo americano.

Se agravia en cuanto, señala, que la sentencia no consideró ninguna de las contundentes pruebas referidas al cambio de residencia de Argentina a EEUU. Agrega, además, que no se ha protegido en el caso el interés superior del niño.

Solicita, en conclusión, que la niña sea retornada a EEUU y se cumpla así la Convención de la Haya de 1980.

III.- SOLUCIÓN AL CASO.

La cuestión a resolver en la presente causa consiste en determinar si resulta arbitraria o normativamente incorrecta la sentencia que rechaza la restitución internacional solicitada respecto de la niña M■■■ por considerar que, en el caso, no ha existido traslado ilícito que permita la aplicación de lo dispuesto en la Convención de La Haya de 1980.

Esencialmente, la sentencia en crisis, luego de analizar las circunstancias de la presente causa, concluye que el traslado de la pequeña M■■■ no fue ilícito, por cuanto fue autorizado por el Cuarto Juzgado de Familia de la provincia, que ordenó también la emisión del

pasaporte necesario. Por ello, el conflicto familiar aquí suscitado no se encuentra comprendido en el Convenio de la Haya de 1980, como tampoco puede discutirse en este proceso de reducido marco de cognición, la competencia de aquel juzgado de familia para autorizar el viaje. La discusión deberá continuarse en el proceso de divorcio en trámite, en el cual el actor es parte, ha apelado la resolución cuestionada y ha interpuesto excepciones previas, entre ellas, la de incompetencia. Ese recurso se encuentra aún en trámite, sin resolución de la Cámara de Apelaciones.

Por su parte, el recurrente, en su extenso memorial de agravios deducidos ante esta Sede, reitera lo que viene sosteniendo desde primera instancia respecto a la residencia habitual de la pequeña que se encontraba en Estados Unidos, porque así había sido decidido por sus progenitores; afirma que la justicia norteamericana era la competente para autorizar el viaje y lo relativo al derecho de custodia, no así la justicia Argentina; y niega también los hechos o situaciones de violencia invocados por la demandada.

No obstante, advierto que las críticas formuladas no logran conmover los fundamentos esenciales del fallo recurrido, conforme las reglas que dominan la interposición del recurso extraordinario ante esta Sede. Por lo que, coincido con lo dictaminado por la Procuración del Tribunal, en cuanto aconseja el rechazo de la queja.

a) Criterios que rigen la procedencia de los recursos extraordinarios ante esta Sede.

Es criterio reiterado por este Tribunal que “la tacha de arbitrariedad requiere que se invoque y demuestre la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial recurrido, consistentes en razonamientos groseramente ilógicos o contradictorios, apartamiento palmario de las circunstancias del proceso, omisión de consideración de hechos o pruebas decisivas o carencia absoluta de fundamentación (L.S. 188-446, 188-311, 102-206, 209-348, etc.)” (L.S. 223-176).

Asimismo, “la arbitrariedad también existe en los casos de análisis erróneo (cuando el error es inexcusable) ilógico o inequitativo del material fáctico. La omisión o merituación torcida de prueba decisiva, relevante, esencial y conducente para la adecuada solución del litigio, hace que el fallo no sea una derivación razonada de lo alegado y probado en la causa, agravando el art. 18 de la Constitución Nacional” (L.S. 238-392).

“No puede confundirse arbitrio y arbitrariedad. El arbitrio es razonable, fundado y permite el contralor del superior. La arbitrariedad es el reino de lo absurdo, ilógico, caprichoso y es lo que la doctrina de la Corte ha pretendido evitar, al admitir esta causa genérica de defectos en la forma de las sentencias que dictan los jueces” (L.S. 240-8).

El recurso de inconstitucionalidad – hoy recurso extraordinario provincial– tiene carácter excepcional, por ello, las causales se interpretan restrictivamente, evitando que la Corte se convierta en una tercera instancia ordinaria, contraviniendo todo el sistema recursivo (L.S. 223-176).

Ahora bien, debe distinguirse los supuestos de discrepancia valorativa de aquellas causales de inconstitucionalidad definidas como omisión de prueba decisiva o valoración arbitraria de la misma, y en este sentido se ha resuelto que “la simple discrepancia valorativa no alcanza para sustentar un recurso extraordinario de inconstitucionalidad. El juez es soberano para decidir y definir cuáles elementos de juicio apoyan la decisión, no está obligado a considerar todos los rendidos, sino sólo los elementales para fundar apropiadamente la decisión, según el principio de la sana crítica racional y el juego de las libres convicciones. Sólo le está vedado apoyarse en las íntimas convicciones. Existe omisión de prueba decisiva, cuando se ha ignorado, olvidado o preterido un medio de prueba y que ese olvido o no consideración tenga tal entidad, que de haberlo evaluado, la decisión hubiese sido sustancialmente diferente en la solución del conflicto. Por el contrario, no existiendo tal decisividad, la decisión judicial opera en el marco de la selección de medios probatorios que le está permitido tomar en cuenta u omitir, siempre de acuerdo con un sistema de libres convicciones. Valoración arbitraria significa evaluar la prueba con ilogicidad, en contra de la experiencia o del sentido común. Arbitrariedad es absurdidad, contraria a la razón, desprovisto de elementos objetivos y apoyado sólo en la voluntad de los jueces” (L.S. 302-445).

En conclusión, la tacha de arbitrariedad es improcedente si se funda en una mera discrepancia del recurrente con la apreciación de los hechos y la interpretación de la prueba efectuada por los jueces de grado, toda vez que la procedencia de la impugnación requiere la enunciación concreta de las pruebas omitidas y su pertinencia para alterar la decisión de la causa (L.S. 226-440).

Conforme estas pautas es que debe analizarse, en el caso, si la sentencia recurrida resulta arbitraria, en tanto la recurrente haya logrado acreditar la existencia de vicios graves en el pronunciamiento

judicial dictado por la Cámara de Apelaciones de Familia, consistentes en razonamientos groseramente ilógicos o contradictorios, apartamiento palmario de las circunstancias del proceso, omisión de consideración de hechos o pruebas decisivas o carencia absoluta de fundamentación. La ausencia de impugnación adecuada, conducirá, inexorablemente, al rechazo de la queja.

b) Requisitos para la aplicación de la Convención de La Haya de 1980: traslado o retención ilícitas. Residencia habitual.

La sentencia en crisis sostiene, luego de merituar las circunstancias de la causa y analizar la legislación aplicable, que el traslado de la niña M. no fue ilícito y que la residencia habitual de la pequeña siempre fue Argentina.

El análisis normativo que efectúa la Cámara de Apelaciones de Familia, respecto a los requisitos que impone la Convención de La Haya de 1980, resulta por demás claro y preciso, por lo que cualquier pronunciamiento al respecto en esta sentencia resultaría sobreabundante.

Basta recordar que este Tribunal, al expedirse en un precedente sobre restitución internacional (SCJM, autos n° 010302-50720, "Guglielmino Luca...", 03/12/2015), sostuvo lo siguiente:

"En primer lugar, conviene tener presente que la Convención de la Haya define el concepto de ilicitud en el art. 3 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 lo hace en similares términos en el art. 4. Para su configuración se requerirá la presencia de un elemento jurídico y uno fáctico. El primero exige que el traslado o retención del niño se hayan producido en infracción de un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el niño o niña tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y el segundo, que ese derecho se ejerza efectivamente al momento del traslado o la retención, o se habría ejercido de no haberse producido la vía de hecho. ("Derecho de Familia", Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes., Directoras: Marisa Herrera, Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras; t. III, pág. 727).

Así, la determinación de la ilicitud de la conducta, en el sentido si se ha infringido el derecho de custodia, deberá evaluarse conforme las disposiciones del ordenamiento jurídico del Estado de la residencia habitual del niño, anterior al traslado. Sin embargo, las Convenciones en análisis no efectúan una definición de lo que debe

entenderse por el concepto de "residencia habitual", por ello nuestro Supremo Tribunal se ha expedido al respecto en algunas oportunidades.

Ha sostenido que "la expresión residencia habitual que utiliza la Convención, se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores..." (CSJN, 14/06/1995 "Wilner Eduardo c/ Oswald María", publicado en LL1996-A,260).

Tan firme es esta doctrina que incluso nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el art. 2614 dispone "Sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente".

Aclara además el nuevo art. 2642 que "en materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes..."

Estas líneas conceptuales que recojo del precedente citado, resultan de utilidad para comprender si, tal como lo ha sostenido la sentencia recurrida, el traslado de la pequeña M■ no fue ilícito.

Queda claro que la determinación de la ilicitud de la conducta, en el sentido si se ha infringido el derecho de custodia, debe evaluarse conforme las disposiciones del ordenamiento jurídico del Estado de la residencia habitual del niño.

Ahora bien, dilucidar la residencia habitual de un niño, más aún uno de tan corta edad como M■, no resulta siempre sencillo. La sentencia en crisis realiza un profundo análisis conceptual y fáctico de qué debe entenderse por residencia habitual, cuáles son los componentes que deben valorarse para su determinación – el físico y el psicológico–, para concluir que la residencia habitual de M■ fue siempre en Argentina.

La pequeña sólo estuvo seis semanas viviendo en Estados Unidos en la casa de sus abuelos. El resto del tiempo, casi cuatro meses, en un refugio para mujeres víctimas de violencia, junto a su madre. Me pregunto, del mismo modo en que lo hicieron los jueces de grado, si es posible que, en apenas seis semanas, M■ haya generado vínculos y lazos en Estados Unidos, con características de estabilidad y

permanencia, que la llevaran a sentir que allí se encontraba su centro de vida. La respuesta negativa se impone. No sólo por su corta edad, sino por el modo en que se desarrollaron los hechos narrados por su madre y acreditados con las denuncias policiales que obran en la causa (fs 60/99), de los que se constata que la pequeña pasó la mayor cantidad del tiempo encerrada con su mamá en la casa de sus abuelos, sin generar vínculos ni relaciones con el entorno social. Por lo que coincido con las sentencias de grado en cuanto afirman que el lugar de residencia habitual de la pequeña siguió siendo Argentina.

Por lo demás, dentro del reducido ámbito de la vía extraordinaria intentada, ningún elemento ha sido aportado por la recurrente que permita calificar de arbitraria dicha afirmación. Insiste en darle valor a cuestiones puramente jurídicas como la tramitación de visa de residencia permanente, pasaportes, seguro de salud, etc, las que por sí mismas resultan insuficientes para la determinación de una situación de hecho, como es la residencia habitual y que fueran medulosamente analizadas en la sentencia de grado.

Lamentablemente, determinar el concepto de "residencia habitual", esencial en el andamiaje de la Convención de La Haya de 1980, se torna en la gran mayoría de casos, en una situación compleja, dudosa y delicada. Los Tribunales internacionales no logran siquiera un consenso al respecto, haciendo prevalecer en algunos casos la especial situación del niño, en otros, la voluntad de sus padres, y en otros, una combinación de los mismos. Pero todos, coinciden en la enorme dificultad que presenta su determinación.

Así, por citar sólo algunos fallos relevantes, el Tribunal Supremo de Estados Unidos, sostuvo que "la búsqueda de la residencia habitual del niño implicaba un análisis intensivo de los hechos que no podía reducirse a la aplicación de una fórmula mecánica, pero que, por el contrario, variaba según las circunstancias del caso. Refiriéndose a la decisión del tercer tribunal en *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217, 222 (3d Cir. 1995) [referencia INCADAT: HC / E / US 83], el Tribunal determinó que la residencia habitual del niño era el lugar donde había estado físicamente presente durante un tiempo suficiente para que él o ella se integre en él y que tenga un grado de permanencia desde la perspectiva del niño". (Caso "Karkkainen v. Kovalchuk", 445 F. 3d 280 (3° Cir. 2006), Referencia INCADAT HC/E/USf 879, 24/04/2006).

En un precedente del Tribunal Regional Superior de Munich, se desestimó el pedido de restitución del padre, señalando que el centro de vida del menor estaba en Munich con su madre. (caso 562 f 4374/98

“Familiengericht München (Family Court of Munich, Germany, 23/10/1998, Referencia INCADAT hc/e/de 322).

Lo meduloso de este fallo se encuentra en la reseña efectuada de las tendencias jurisprudenciales más relevantes, a nivel mundial, a la hora de determinar el concepto de residencia habitual, con una completa clasificación entre aquellos Tribunales que, al momento de determinar la residencia habitual, colocan el énfasis sobre el niño exclusivamente; de aquellos que atienden primordialmente las intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor.

Entre aquellos Tribunales que han apoyado firmemente el enfoque centrado en el menor en la determinación de la residencia habitual, destacan el Tribunal Federal de Apelaciones de los Estados Unidos de América del 6º Circuito (*Friedrich v. Friedrich*, 983 F. 2d 1396, 125 ALR Fed. 703 (6th Cir. 1993), [Referencia INCADAT: HC/Ee/USF 142]; *Robert v. Tesson*, 507 F.3d 981 (6th Cir. 2007) [Referencia INCADAT: HC/E/US 935], entre otros).

Al momento de analizar la posición de los Tribunales que adoptan un enfoque centrado en el menor pero que igualmente tiene en cuenta las intenciones compartidas de los padres, se citan los Tribunales Federales de Apelaciones de los Estados Unidos de América de los 3º y 8º Circuitos (*Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (3d Cir. 1995), [Referencia INCADAT: HC/E/USf 83]; *Silverman v. Silverman*, 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003), [Referencia INCADAT: HC/E/USf 530]; *Karkkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006), [Referencia INCADAT: HC/E/USf 879]. En este último asunto se estableció una distinción entre las situaciones que involucran a niños muy pequeños, en las cuales se atribuye especial importancia a las intenciones de los padres (véase por ejemplo: *Baxter v. Baxter*, 423 F.3d 363 (3rd Cir. 2005) [Referencia INCADAT: HC/E/USf 808]) y aquellas que involucran a niños más mayores, donde el impacto de las intenciones de los padres ya es más limitado.

Un precedente que resulta de suma utilidad para sentenciar esta causa, es el conocido caso “*Mozes v. Mozes*” (Tribunal Federal de Apelaciones de los Estados Unidos de América del 9º Circuito, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001) [Referencia INCADAT: HC/E/USf 301]), el cual si bien es citado por el recurrente, la interpretación que efectúa del mismo es contraria a la que surge de las circunstancias acreditadas en esta causa. En efecto, en dicho fallo se sostiene que debería haber una intención compartida de los padres de abandonar una residencia habitual antes de que un menor pueda adquirir una nueva; de modo tal que la ausencia de

intención compartida de los padres respecto del objeto de la mudanza deriva en la conservación de la residencia habitual vigente, aunque el menor hubiera estado fuera de dicho Estado durante un período de tiempo extenso.

La recurrente, al citar este fallo, olvida analizar que la intención de abandonar una residencia habitual por parte de los padres, debe ser compartida, situación que no se ha configurado en autos, cuando a las pocas semanas de llegar a Estados Unidos, la señora P ■■■■ manifiesta fervientemente su deseo de regresar a Argentina y no permanecer más allí. El mismo objeto de la mudanza se encuentra controvertido, el actor sostiene que querían residir en Estados Unidos, la demandada que sólo iban a visitar a la familia. Las pruebas existentes son ambiguas, por lo que dicha intención no puede acreditarse objetivamente.

Hasta aquí, la situación de la jurisprudencia en Estados Unidos, variable y no uniforme. En el resto de los países firmantes de la Convención, la jurisprudencia tampoco es tan pacífica.

Por citar sólo algunos casos, para la Corte Suprema de Austria se necesita un período de residencia superior a seis meses en un Estado para ser considerado residencia habitual, aún en el caso en que sea contra la voluntad de la persona que se encarga del cuidado del niño (ya que se trata de una determinación fáctica del centro de su vida). (8Ob121/03g, Oberster Gerichtshof [Referencia INCADAT: HC/E/AT 548]).

En Canadá, provincia de Quebec, el Tribunal de Apelaciones de Montreal sostuvo que “El plazo de residencia efectiva debe ser por un período de tiempo significativo e ininterrumpido y el menor debe tener un vínculo real y activo con el lugar. Sin embargo, no se establece un período de residencia mínimo”. (Droit de la famille 3713, N° 500-09-010031-003 [Referencia INCADAT: HC/E/CA 651]).

El denominador común que puede encontrarse en todos los precedentes citados resulta de la exigencia de un período mínimo de permanencia en el lugar, en el cual el menor genere vínculos reales y significativos, lo que debe valorarse junto con la intención de los padres, máxime si se trata de niños muy pequeños.

En función de ello, advierto que debe sostenerse la validez de la sentencia aquí recurrida. Toda la prueba invocada por el recurrente no logra, en modo alguno, acreditar que la pequeña M ■■■■ tenía su residencia habitual y centro de vida en Estados Unidos, no sólo por los lazos y

vínculos personales que jamás forjó, sino porque tampoco fue el lugar de residencia habitual de su madre, con el componente fáctico y psicológico necesario y las características de estabilidad y permanencia que identifican tal concepto.

c) El derecho de fondo aplicable:

Determinada la residencia habitual de M■ en Argentina, tal como ha sido analizado precedentemente, es el derecho de fondo de nuestro país el que resulta aplicable para analizar si hubo, o no, un traslado o retención ilícitas.

La Cámara de Apelaciones de Familia sostiene la licitud del traslado, por cuanto el mismo fue autorizado judicialmente. La Señora P■ no utilizó vías de hecho, sino que el consentimiento paterno fue sustituido por venia judicial, conforme lo dispone el art. 645 CcyCN y art. 76 bis de la Ley 6354 de Mendoza.

No advierto arbitrariedad en tal razonamiento.

La autorización para salir del país de los hijos menores de edad, en nuestro país, es uno de los actos considerados trascendentales en la vida del hijo, y que requiere una decisión concordante y expresa de ambos progenitores. La legislación contempla el supuesto en el art. 645 Cód. Civ. y Com. de la Nación y es clara en cuanto a que el consentimiento debe ser expresado por ambos.

Ahora bien, la negativa injustificada de uno de los padres a otorgar el consentimiento para que la persona menor de edad pueda salir del país implica un ejercicio abusivo de la autoridad parental y, para evitarlo, se ha previsto la posibilidad de suplirla por la autorización judicial, valorando todas las circunstancias que rodean el caso y teniendo como eje el interés familiar.

En este sentido, se ha expresado que “La autorización judicial supletoria apunta a impedir el ejercicio antifuncional o abusivo de la patria potestad, definida como el conjunto de derechos y deberes que se atribuyen a los padres, pero en correspondencia directa con la protección y formación integral de los hijos, debiendo ponderarse todas y cada una de las consecuencias que podría acarrear el cambio que se pretende y sin perder de vista el carácter excepcional de la intervención judicial”. (SCJBA, 21/05/2008, “Derecho de Familia”, enero-febrero de 2008, comentado por María Luciana Piera, “Desavenencias entre padres que afectan el interés superior de su hijo”, cit. en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-1, p. 637/638).

Ante el requerimiento de autorización supletoria, y no dándose los supuestos de suspensión de ejercicio respecto del progenitor, debe evaluarse el beneficio para la persona menor de edad y el interés familiar bajo la máxima de la compatibilización de ambos tópicos —de ser posible— o bien ponderando el interés superior del N.N.A., con justificación del razonamiento.

En el caso bajo análisis, la jueza de origen, al otorgar la autorización judicial a M. para su viaje a Argentina, ponderó la situación de vulnerabilidad de su mamá en Estados Unidos, la mejor posición económica de su papá, resolviendo, en definitiva, en pos de lo que consideró el mayor respeto del interés familiar.

Dicha decisión, del modo en que lo señala la sentencia de Cámara, aún no está firme, por cuanto se encuentra en trámite la apelación deducida por el Sr. K. No resultaría prudente, entonces, emitir pronunciamiento sobre una resolución que aún puede ser revisada, incluso ante este Tribunal.

Con ello, comparto lo decidido en la decisión en crisis respecto a que el conflicto familiar aquí suscitado no puede resolverse en este reducido marco de la acción de restitución internacional y, por el contrario, es en el Divorcio en trámite (autos n° 749/17/4F) donde deben dilucidarse las cuestiones pendientes entre las partes.

Por todo lo expuesto, considero que el caso sometido a decisión ante este Tribunal no puede ser encuadrado en el marco normativo de lo dispuesto en la Convención de la Haya de 1980, por no reunirse aquí, los requisitos fácticos necesarios para su inclusión, esencialmente, el traslado ilícito que permitiría la aplicación de tal normativa.

En conclusión, si mi voto resulta compartido por mis distinguidos colegas de Sala, corresponde rechazar el recurso extraordinario provincial interpuesto y, en consecuencia, confirmar la resolución recurrida.

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. LLORENTE, adhiere al voto que antecede.

**A LA SEGUNDA CUESTION EL DR. DALMIRO FABIÁN
GARAY CUELI, DJJO:**

Atento lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de Familia a fojas 701/706 de los autos n° 163/19/4F-353/19, caratulados: "K [REDACTED] K [REDACTED] J [REDACTED] C/ P [REDACTED] C [REDACTED] S [REDACTED] P/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL".

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. LLORENTE, adhiere al voto que antecede.

A LA TERCERA CUESTION EL DR. DALMIRO FABIÁN GARAY CUELI, DIJO:

Atento lo resuelto en las cuestiones anteriores, las costas de esta instancia se imponen al recurrente vencido (art 36 CPCyTM).

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. LLORENTE, adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 13 de Febrero de 2020.

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de Familia a fojas 701/706 de los autos n° 163/19/4F-353/19, caratulados: "K [REDACTED] K [REDACTED] J [REDACTED] C/ P [REDACTED] C [REDACTED] S [REDACTED] P/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL".

II.- Imponer las costas al recurrente vencido.

III.- Regular los honorarios profesionales por el trámite en la instancia extraordinaria de la siguiente manera: Dr. Carlos MARZIALI, en la suma de pesos TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS

SETENTA Y CINCO (\$34.875); Dra. Fabiana QUAINI, en la suma de pesos VEINTICUATRO MIL CUATROCIENTOS DOCE CON 50/100 (\$24.412,50); y Procurador Juan Tomás ROMA, en la suma de pesos SIETE MIL TRESCIENTOS VEINTITRÉS CON 75/100 (\$7.323,75). (arts 15 y 31 Ley 9131).

NOTIFÍQUESE.-

DR. DALMIRO FABIÁN GARAY
CUELI
Ministro

DR. PEDRO JORGE LLORENTE
Ministro

CONSTANCIA: la presente resolución no es suscripta por el DR. MARIO DANIEL ADARO, por encontrarse en uso de licencia (Art. 88 ap. III del CPCCTM). SECRETARIA, 13 de febrero de 2020.