



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA

En la ciudad de Mendoza, a los dos días del mes de noviembre de dos mil veintidós se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excma. Cámara de Apelaciones de Familia, los Sres. Jueces titulares de la misma Dres. Germán Ferrer, Dra. Estela Inés Politino y Dra. María Delicia Ruggeri y traen a deliberación para resolver en definitiva la causa N° 9572/2020 caratulados “B [REDACTED], H [REDACTED] C/ D [REDACTED], M [REDACTED] S [REDACTED] P/RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NNA”, originaria del Ge.Ju.A.F -Guaymallén-, de la Primera Circunscripción Judicial, venida a esta instancia en razón de los recursos de apelación deducidos por ambas partes contra la resolución del 5 de Octubre de 2022, por la que se hace lugar al pedido de restitución internacional de I [REDACTED] B [REDACTED] a su centro de vida en la ciudad de Kissimmee, Condado de Osceola en el Estado Florida, Estados Unidos de Norteamérica; se establecen medidas para el regreso seguro; se levanta la prohibición de contacto y acercamiento entre el progenitor y su hija; se levanta la medida cautelar de prohibición de mudar la jurisdicción; se imponen las costas a la demandada y se regulan los honorarios profesionales.

Habiendo quedado en estado los autos, se practicó el sorteo que determina el art. 140 del CPCCyT, arrojando el siguiente orden de votación: Dres. Ferrer, Politino y Ruggeri.

PRIMERA CUESTION: ¿ES JUSTA LA SENTENCIA?

SEGUNDA CUESTION: COSTAS

ALA PRIMERA CUESTION EL DR. GERMAN FERRER DIJO: I.- Para decidir así, el Juez de grado valoró que I [REDACTED] había viajado junto a su madre desde su centro de vida ubicado en EE.UU. a nuestro país, radicándose en nuestra Provincia sin el consentimiento del progenitor para cambiar la residencia de su hija.

Tuvo en cuenta las resoluciones judiciales del tribunal de Florida, EE.UU. por las que se

impedía la salida de [REDACTED] del Condado de Osceola en el Estado Florida EE.UU y, posteriormente, se ordenaba a la progenitora que regresara con I [REDACTED] a dicho país para el día 13 de julio de 2022, a fin de continuar con el juicio, y que la niña permanezca bajo la custodia exclusiva de su progenitor.

Meritúa que la progenitora no cumplió con dicha orden judicial, lo que configuraría la retención ilícita.

Del análisis y valoración de la prueba pericial realizada por el CAI y EDeAAS, de la audiencia mantenida con la niña y del dictamen de la Asesora de NNyA, infiere que la demandada no ha probado que exista un grave riesgo para I [REDACTED] de disponer su retorno a Florida, EE.UU., debiendo las cuestiones de violencia y posible abuso, dilucidarse ante los tribunales que ya se encuentran interviniendo en su centro de vida.

En relación a la prohibición de contacto y acercamiento paterno-filial, expresa que hoy, teniendo en cuenta todos los elementos arribados al expediente por las partes con posterioridad a la adopción de la medida de protección con carácter preventivo, las pruebas rendidas, habiendo oído a la niña personalmente y de acuerdo con lo sugerido por el Ministerio Pupilar, por entender que el progenitor no representa un peligro para la integridad psicofísica de I [REDACTED] pondera que esa medida resulta excesiva e innecesaria desde que no se ha podido verificar la situación de riesgo o vulneración de los derechos de la misma por parte del B [REDACTED].

Afirma que no se ha logrado demostrar, con la rigurosidad que requiere la excepción, que el contacto de I [REDACTED] con su papá y el retorno a su país de origen importen un riesgo grave que pudiere exponer a la niña a un peligro físico o psíquico (art. 11, inc. b, de la Convención Interamericana), que no pueda ser paliado o neutralizado por medidas concretas y efectivas a adoptarse en la jurisdicción de su residencia habitual.

Luego, establece una serie de medidas tendientes a garantizar el regreso seguro de I [REDACTED] a su país de origen.

En lo que aquí interesa por ser las únicas que fueron materia de agravio por el progenitor, dispone que I [REDACTED] viaje de regreso a EE.UU. junto a su madre, pudiendo el progenitor acompañarla respetando la medida de protección dictada en relación a la progenitora y que, a la llegada a Florida, EE.UU., se comprometa a: a) evitar entablar acciones judiciales o administrativas en contra de la progenitora que pongan en riesgo su permanencia en el país de origen, su tranquilidad y posibilidades

de acceso a una vida libre de violencia; b) asegurar que, una vez efectivizado el retorno, la niña permanezca con su progenitora y procurar que se establezca un régimen comunicacional provisorio de la niña con su progenitor y su familia extensa hasta tanto el tribunal con competencia en la materia emita sentencia al respecto, luego de tomar conocimiento de la presente resolución y de la causa por medida de protección contra la violencia familiar y de género que tramitaron en este País; y c) asegurar provisoriamente, una vivienda para la Sra. D. [REDACTED] e I. [REDACTED], cercana al domicilio del actor a fin de facilitar el contacto y la comunicación de ambos progenitores con la niña; la prestación de una cuota alimentaria a favor de la progenitora y de la niña, y la atención de la salud hasta tanto el tribunal con competencia en la materia emita sentencia al respecto, luego de tomar conocimiento de la presente resolución y de la causa por medida de protección contra la violencia familiar y de género que tramitaron en este país.

II.- Los agravios de M. [REDACTED] S. [REDACTED] D. [REDACTED]: Dice que el juez no ha valorado cabalmente las denuncias realizadas en el extranjero, argumento utilizado tanto por el tribunal de origen como por la asesora de menores interviniente para deducir que todos los hechos de abuso sexual son inventados por la progenitora, para lo que es importante contextualizar el lugar de radicación de las denuncias: Estados Unidos, un país culturalmente distinto al nuestro donde el derecho de las mujeres no es escuchado de igual manera que en otros países de este continente, que tiene una marcada historia en seleccionar ciudadanos de primera con ciudadanos de segunda – sería útil releer “ Yo tengo un sueño”, de Martín Luther King - , que se refieren a D. [REDACTED] tal como surge de la documentación acompañada por el propio actor como “ hembra”; como es de público conocimiento que la calidad de mujer y sobre todas las cosas de “latinas” repercute a la hora de ser escuchadas ante las autoridades judiciales, por lo que la cantidad de denuncias no debe ser un argumento para minimizarlas, aún en estas circunstancias el tribunal a quo omite mencionar que al Sr. B. [REDACTED] se le ha ordenado en dos oportunidades prohibición de acercamiento y comunicación supervisada, por lo que no resulta por lo menos razonable utilizar las denuncias sin sentencia en el extranjero para desvirtuar los hechos denunciados en contra de I. [REDACTED]

Respecto al comportamiento de la niña hace algunas aclaraciones: si bien se mostró afectiva con su progenitor, dicho comportamiento no puede ser interpretado como suficiente para desacreditar los hechos, sobre todo con el alto nivel de manipulación que ostenta B. [REDACTED]. A quien suscribe le sorprende cómo el tribunal omite lo sucedido el día de la audiencia, que se encuentra acreditado en autos, cuando el actor pese a las graves denuncias que pesan sobre él, luego de no verla por más de dos meses, en el primer instante de estar a solas con su hija, decide llevarla sin el permiso de nadie al baño de mujeres del edificio, incumpliendo lo estipulado, y mostrando un claro desinterés por el proceso en

trámite. Si bien la participación de la menor en el proceso es relevante debe evaluarse a partir de su grado de madurez y desarrollo. En este marco, existen grandes contradicciones en el relato de I [REDACTED] – inserta en el conflicto de lealtades, sorprende la actitud del juez de origen y de la asesora en indagar a la menor respecto a la selección de uno u otro progenitor - , ya que si bien es cierto que se alegró al ver a su papá, y que quiere regresar, también manifestó que no sintió nada al verlo – luego de dos meses – y su despedida fue fría sin mostrar sentimiento alguno respecto de él. También refiere que el retraimiento y la negación son periodos normales en todo abuso sexual infantil, no resultando suficiente el comportamiento actual de la hija respecto a su progenitor para desacreditar los hechos denunciados.

Menciona que el tribunal de origen concentró todas sus inquietudes en el “masaje de la pizza”, sin indagar por ejemplo en las fotografías de I [REDACTED] que obtuvo con su papá, y que fueron materia de investigación penal siendo confirmadas por la propia testigo ofrecida por el actor. Entiende que el tribunal comete un error al decir que la niña fue oída en Cámara Gesell, cuando de la constancias del EDEEAS surge que sólo hubo una entrevista con la menor, no cumpliendo con el procedimiento básico de dicha prueba calificada, y sobre todas las cosas con la llamativa presencia de la representante del Ministerio Pupilar, que no debía intervenir en dicho acto, ya que su naturaleza de parte en el proceso se lo impedía y el propio procedimiento de dicho medio de prueba, ya habiendo intervenido el día anterior en la entrevista con la menor.

Señala que el tribunal considera que la pericia psicológica realizada por el CAI Salud Mental no es suficiente para acreditar el grave riesgo. Recuerda lo expuesto por los profesionales respecto del Sr. B [REDACTED] “ ...Se advierte expansividad y dificultades en el control de sus impulsos, que frente a situaciones de tensión, pueden dar lugar a un mal manejo de la hostilidad, con una modalidad de sobrecontrol de conductas.”

Se agravia por el levantamiento de la prohibición de acercamiento entre I [REDACTED] y su progenitor, dado que el tribunal decide arbitrariamente levantar la medida de protección sin ni siquiera constatar por medio de tratamiento psicológico que el Sr. B [REDACTED] no resulte peligroso para su hija, por lo que se impone un pleno rechazo al levantamiento ordenado.

Si bien coincide con las medidas de regreso seguro, en el caso que esta Cámara confirme la decisión ordenada por el tribunal, solicita que la Cámara interpele al Tribunal de Florida para que por medio de la Autoridad Central y la red internacional de Jueces de La Haya solicite que dichas medidas se cumplan efectivamente y no resulten una expresión de buenos deseos, considerando especialmente las graves acusaciones que el Estado de residencia habitual de la menor ha realizado en contra de la Sra. D [REDACTED], acusándola de secuestradora. Además, pide que existan verdaderas garantías tanto por parte del actor como de Estados Unidos de dar cumplimiento de la resolución judicial en caso que

resulte procedente la restitución en territorio extranjero y asimismo se exija garantías de no afectar su libertad ambulatoria en el territorio Norteamericano, ya que de la propia prueba instrumental ofrecida por el actor surge un pedido de captura en contra de la demandada por un supuesto traslado ilícito, que tal como lo confirma el tribunal a quo no fue tal, ya que trasladó en forma legítima a su hija a territorio nacional.

Por último, se agravia por la imposición de las costas. Manifiesta que resulta contradictorio la interpretación del tribunal, que valoró por medio de una medida de protección que la Sra. D [REDACTED] resulta víctima de violencia intrafamiliar – mantiene vigente la medida – de la verdadera relación disfuncional que mantiene con B [REDACTED], y de la falta de medio económicos para afrontar los viajes de regreso al país de origen, con la imposición de costas. Para la apelante, existían verdaderos motivos para litigar como para mitigar el principio Chiovendano de la derrota, especialmente en clara aplicación a lo establecido por la ley 26.485, por lo que pide que las costas sean soportadas por el orden causado.

Solicita que se rechace la restitución requerida y se mantenga vigente la medida de protección en contra del Sr. B [REDACTED] respecto de su hija I [REDACTED]

III.- Expresión de agravios de H [REDACTED] B [REDACTED] Sostiene que la sentencia recurrida dispone medidas de retorno seguro exorbitantes que hacen inejecutable la restitución internacional y condicionan la misma de un modo incompatible con la correcta interpretación y aplicación del Convenio de la Haya de 1980.

En relación a la medida dispuesta en el dispositivo II. 2) del resolutivo, expresa que afecta el interés superior de la hija, porque se desprende con claridad de todas las pruebas rendidas y constancias de autos, no sólo que la niña ha expresado que quiere regresar a su país acompañada sólo por su padre, sino que así lo ha ordenado la justicia del Estado donde la niña tiene su residencia habitual. Aun así, el juez a quo ordenó que I [REDACTED] viajará en compañía de su madre, aclarando que "...El progenitor podrá acompañar durante el viaje...", pese a que se ha ordenado el levantamiento de la prohibición de acercamiento entre él y su hija, quedando la comunicación paterno filial nuevamente sujeta a la discrecionalidad de la madre, quien ha demostrado su falta de límites en la realización de actos tendientes a impedir el contacto de su hija con el Sr. B [REDACTED]

De lo expuesto infiere que el retorno de la niña acompañada por ambos progenitores no constituye una medida de retorno seguro razonable que garantice los derechos de I [REDACTED] El objetivo último es aplicar la orden judicial y lograr la restitución de la niña causándole la mínima tensión posible. Señala que el grado de cooperación de la progenitora sustractora para restituir a I [REDACTED] es completamente impredecible.

Hace notar que no se ha dispuesto el levantamiento de la medida de prohibición entre los

adultos, por lo que proponer que compartan un viaje de aproximadamente 12 horas juntos y considerar que ello resulta compatible con la orden de restricción dispuesta en autos N°9007/22 constituye una contradicción en sí misma.

El retorno de I [REDACTED] debe decidirse en su propio interés.

Resalta que 1 de agosto del corriente, se dictó en la Corte de Kissimmee, Condado de Osceola Florida, Estados Unidos la Orden de emergencia para la restitución internacional de la niña. En dicha orden, la cual se encuentra agregada en autos como prueba documental debidamente traducida y legalizada, se ordenó específicamente que la Sra. D [REDACTED] debía entregar la niña al padre para su regreso a EE.UU, quedando bajo su exclusiva custodia hasta nueva orden del Tribunal. Asimismo, y teniendo en cuenta que quien tiene la custodia exclusiva de la niña I [REDACTED] es su padre, conforme lo ha establecido la justicia de su Estado, es su padre él único habilitado legalmente para efectuar las gestiones tendientes a la renovación del pasaporte de I [REDACTED].

En conclusión, y por todo lo expuesto, corresponde revocar lo decidido en el punto II. 2) y ordenar el regreso I [REDACTED] junto a su progenitor.

En relación a la medida por la que el juez a quo le solicita que se comprometa con una serie de actos respecto a la madre cuando lleguen de regreso a EE.UU. en el II. 4), se queja debido a que la sustracción internacional de menores es, fundamentalmente, un fenómeno que atenta contra los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes involucrados.

Destaca el grave error cometido por el a quo con respecto a la apreciación de la prueba, en tanto concluye que ambos progenitores compartían la custodia de la niña y omite considerar el hecho de que la justicia de Florida le otorgó al progenitor H [REDACTED] B [REDACTED] la custodia exclusiva de la niña. Que si bien en fecha 20/05/2020 la orden administrativa número 2004-05-04, establecía el cuidado personal o custodia compartida de [REDACTED], el 6 de julio de 2022, el Tribunal ordenó que I [REDACTED] permaneciera bajo la custodia exclusiva de su progenitor Sr. H [REDACTED] B [REDACTED], hasta nueva orden.

El magistrado, para así decidir funda su medida en lo dispuesto en el PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LOS CONVENIOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS 2016. Dicho protocolo, en su punto 5 establece: PRINCIPIOS RECTORES: a) Interés Superior del niño. A los fines de este protocolo, debe ser entendido como el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente, a que se dilucide ante el Juez de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia, el derecho a tener contacto fluido con ambos padres y a obtener una rápida resolución del pedido de restitución. Y luego, en el punto 7, específicamente establece que: CUESTIONES EXCLUIDAS: El Juez que entiende en la restitución no está llamado a decidir, sobre: ✓ en cuál de los dos países el niño está mejor, ✓ con cuál de los progenitores el niño vivirá.

Decidir la restitución no significa decidir la custodia (Arts. 11, 16 y 19 Convenio de La Haya) ya que esta se definirá en la jurisdicción de la residencia habitual del niño. Se configura un grave error en la aplicación del derecho por cuanto la sentencia recurrida, en su punto II. 4), impone al progenitor el compromiso de asegurar que I. [REDACTED] viva con su progenitora.

Alude a que es extensísima la normativa, doctrina y jurisprudencia respecto a que las decisiones sobre el fondo de los asuntos de custodia y cuidado de los NNyA víctimas de la sustracción internacional es materia privativa de la jurisdicción del Estado del centro de vida del niño, niña o adolescente anterior al desplazamiento. Así lo norma el art.209 de nuestro CPFyVF, en el párrafo tercero, y excluye expresamente de este proceso la decisión sobre el fondo del asunto de la custodia. Nuevamente en el art. 210 se establece que es interés superior el derecho del niño a que el cuidado personal sea decidido por el/la Juez/a del Estado donde se ubicaba su centro de vida con anterioridad al traslado o retención ilegítima.

Por todo lo expuesto, corresponde revocar lo dispuesto en el punto II.4) b).

El punto 4 c) también debe ser revocado por cuanto el juez olvida que el progenitor ostenta la custodia exclusiva de la niña en EEUU, y ello es así a raíz de una sentencia del país de origen que se incorporó a estos autos, por lo que el Juez no puede haber omitido o ignorado este dato de gran importancia. Incurre entonces en un importante error en la valoración de la prueba. Si el progenitor ostenta la custodia exclusiva de I. [REDACTED] en EEUU, por sentencia firme, se derivan las siguientes consecuencias: - La niña será reintegrada a su centro de vida, el que radica en la vivienda del Sr. B. [REDACTED], y no con la Sra. D. [REDACTED] - No debe de ninguna manera garantizar una vivienda para la Sra. D. [REDACTED] - Mucho menos puede garantizar que la Sra. D. [REDACTED] consiga una vivienda cercana al domicilio del Sr. B. [REDACTED] y la niña. - No debe de ninguna manera abonar cuota alimentaria a favor de la Sra. D. [REDACTED] - Los alimentos de la niña son afrontados por el progenitor con quien vive, y en todo caso es la Sra. D. [REDACTED] quien deberá abonar la cuota alimentaria atento ser la progenitora no conviviente. - No debe garantizar la atención de la salud de la Sra. D. [REDACTED] bajo ninguna circunstancia. Esta obligación no surge de ninguna sentencia de EEUU, ni de la ley, ni lo ha solicitado ninguna de las partes. - No puede el Juez argentino resolver situación habitacional de la demandada en otro país, no dependiendo tampoco del progenitor esta circunstancia. - No puede el Juez argentino resolver cuestiones de fondo tales como la cuota alimentaria de la niña, ni siquiera provisoriamente, simplemente porque no es competente.

Se concluye que no sólo la sentencia apelada incurre en una errónea valoración de la prueba, sino que además incurre en un evidente exceso en la competencia que le corresponde, resultando a todas luces improcedente y hasta lesiva al respeto de la soberanía nacional.

Por su parte, la Guía de Buenas Prácticas elaborada en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores establece en su punto 1.7 que se deberán evitar o limitar las cargas administrativas adicionales sobre el solicitante con relación a la ejecución de una orden de restitución.

Se queja de la intervención que se le da a la Autoridad Central en beneficio de la madre para garantizar sus derechos en el país de origen.

Pide que se revoque la sentencia en lo que fuera materia de agravios y se ordene la inmediata restitución de I [REDACTED] B [REDACTED] con su progenitor, bajo su exclusiva custodia.

IV.- La Asesora de NNyA contesta el traslado de los agravios y expone que en relación al recurso de B [REDACTED] estima que debe hacerse lugar al mismo ya que comparte en todo sus planteos y además se condice con el dictamen de primera instancia. En lo que se refiere al punto puntos II. 2), se considera que no existe ningún justificativo para que la niña sea trasladada por su madre ya que la relación de la misma con su padre es tanto o más cercana que con la Sra. D [REDACTED] Esto ha quedado claramente demostrado en la entrevista ante Usía y la suscripta y en los informes referidos a los reencuentros entre ambos. Con relación al punto II. 4), se estima que el Sr. juez aquo, en su afán de componer las relaciones entre los progenitores le impone obligaciones al Sr. B [REDACTED] que exceden el objeto del objeto de la listis y además son de dudosa posibilidad de cumplimiento y verificación por las autoridades argentinas.

Sobre los agravios vertidos por D [REDACTED] manifiesta que deben ser rechazados porque el riesgo que representa su padre para I [REDACTED] manifestado insistentemente por su progenitora no pudo ser constatado ni tan siquiera en estado de sospecha porque las denuncias de abuso presentadas por la progenitora fueron desestimadas en su totalidad por la Justicia Norteamericana, la cual, no sólo, conminó a la Sra. D [REDACTED] a cesar en sus constantes e infundadas denuncias, tanto respecto a la niña como a ella misma sino que además le confirió la custodia de su hija al progenitor.

De la pericia realizada en el CAI al Sr. B [REDACTED] no surge ningún indicador de que sea una persona con características de abusador o violento. La niña durante todo el proceso demostró un vínculo de afecto y confianza muy saludable su papá.

El conflicto de lealtades que argumenta la demandada mal podría darse con un padre al que no ve desde hace meses. Por el contrario sí podría haberse producido con la madre, quien la tuvo en exclusividad todo este tiempo.

Como se dijo anteriormente, a criterio de este Ministerio no obran en autos ningún elemento que haga sospechar que I [REDACTED] es expuesta a peligro por estar con su padre, además, se condice con lo dispuesto por el art. 226 del CPFyVF, por lo que el levantamiento de la prohibición de acercamiento

entre padre e hija luce correcto.

No se advierte que las medidas ordenadas por el juez para el regreso seguro puedan ocasionar algún perjuicio a la demanda.

Por lo que propicia el rechazo del recurso.

V.- H [REDACTED] B [REDACTED], contesta el traslado de los agravios de la demandada, solicitando que se declare desierto el recurso por no cumplir con los recaudos establecidos por el art.137 III del CPCCyT, en subsidio pide su rechazo.

VI.- M [REDACTED] D [REDACTED] contesta el traslado de los agravios del accionante, solicitando su rechazo.

VII.- El día 26 de octubre de 2022, I [REDACTED] es escuchada por los integrantes de la Cámara, con la presencia de la Asesora y de dos profesionales del CAI Salud Mental, Lic. Cecilia Schillagi y Dra. Adriana Cornejo, quedando video grabada.

VIII.1.- Antes de ingresar al análisis de la causa, advierto en primer término que en el estudio de los agravios seguiré el criterio de la Corte de la Nación en el sentido que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (ver CSJN, "Fallos": 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", Tº I, pág. 825; Fenocchietto Arazi. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado", T 1, pág. 620). Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art. 386, in fine , del ritual; CSJN, "Fallos": 274:113; 280:3201).

La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (La Haya 1980) tiene por objetivo primordial intentar preservar al niño, niña y/o adolescente el vínculo con sus progenitores en el plano internacional, lo que se pretende lograr mediante la implementación de un procedimiento autónomo que regula la cooperación mutua entre los Estados (cfr. Arts. 9,10, 11, 18, 29 y ccs. CDN).

`` Busca 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 su residencia habitual. La determinación de la residencia habitual es el lugar donde el hijo menor mantuvo un vínculo común con ambos progenitores. No es competencia del Tribunal o Juez del lugar donde el niño se encuentra retenido o sustraído ilícitamente adentrarse en la cuestión del fondo del derecho, pues es materia a ser ventilada, ante la autoridad competente: el lugar de residencia

habitual del hijo menor de las partes (cfr. Urbancic de Baxter, Mónica P, ``Restitución internacional de menores. Comentario fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Urbancic de Baxter, Mónica P. DFyP 2011 (enero-febrero) , 53 AR/DOC/69/2011).

La medida de urgencia creada tanto por el Convenio de La Haya de 1.980 como por la Convención Interamericana de 1.989, responde a dos ideas esenciales. Por una parte disuadir al infractor de que razone que fácilmente puede obtener la legalización de su accionar, que es a lo que aspira, por las autoridades competentes del Estado de refugio adonde se ha trasladado ilegalmente. En tal sentido se entiende que resulta fundamental que las vías de hecho que emprendió se vean privadas de toda consecuencia práctica y jurídica , es decir que no tenga convalidación alguna su emprendimiento, muy en particular su pretensión de crear vínculos artificiales de competencia judicial mediante las vías fácticas empleadas.

La otra idea que sustentan estos convenios internacionales y que justifica la urgencia en el trámite, es que no acontezca la consolidación de la situación del niño en el nuevo medio lo cual le puede provocar renovados perjuicios. *``Así las cosas, bien se observará que las apuntadas convenciones fueron pensadas para dar respuestas urgentes ante la situación de emergencia que generan los desplazamientos o retenciones ilícitos de niños de manera que jugará un rol fundamental el principio de inmediatez, pues el criterio básico diríamos el eje central en torno al cual se desenvuelve el edificio convencional- es restablecer prontamente los lazos perturbados por los actos contrarios a derecho que ejecutó el infractor .“(cfr. Mizrahi, Mauricio Luis, ``Restitución internacional de niños , pág. 54, Astrea, Bs. As. 2016).*

Ahora bien, tal como lo ha dicho la Corte Federal en autos "H. C., A. c/M. A., J. A. s/restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores (21/02/13), el presente proceso no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer el cuidado personal del niño, sino que lo debatido en autos trata de una solución de urgencia y provisoria, sin que lo resuelto constituya un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente al cuidado personal por ante el órgano competente del lugar de residencia habitual con anterioridad al traslado, desde que el propio Convenio prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilícita y ello no se extiende al derecho de fondo (cfr. art. 16 del CH 1980 y Fallos: 328: 4511 y 333:604) .

En este mismo orden de ideas se ha expresado que *``el juez que intervenga en el proceso de restitución se deberá limitar específicamente al interrogante que se genera en torno a la cuestión de la*

restitución y, consecuentemente, desechar argumentos y pruebas propios de un juicio de custodia. Ello se justifica fundamentalmente en una razón: el juez requerido en la restitución no es el juez competente para resolver la custodia: si lo hiciera, conculcaría el interés superior del niño y privaría a la partes de sus jueces naturales” (cfr. Goicochea, Ignacio y Rubaja, Nieve, “Procedimiento de restitución de niños: pautas imprescindibles para la eficiencia del mecanismo convencional L.L. 2015-D-515)

El mecanismo de reintegro de menores, en base al Convenio de La Haya de 1.980, opera siempre que el traslado o la retención merezcan la calificación de ilícitos (art.3 de la Convención).

De conformidad a la norma citada 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) (cfr. Tagle de Ferreyra, Graciela, “La restitución internacional de niños”, Ed. Nuevo Enfoque, 2011, pág. 81).

A su turno, el art. 5 establece que *“el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.”* En consecuencia, *“teniendo el reclamante la facultad de decidir acerca de la radicación del menor en el extranjero, se configura la noción de custodia prevista en el Convenio. Por el contrario, aunque el progenitor que efectiviza el traslado y/o la retención, ostente la custodia o guarda del hijo, cualquiera sea la fuente (legal, judicial y/o privada) si ella no comprende a su vez, la facultad de decidir unilateralmente la residencia del hijo en el extranjero, no tendrá derecho de custodia a los fines del Convenio y por ende no podrá invocar la licitud del traslado y/o la retención cuestionada.”* (cfr, Ferrer, Germán, “Derecho de custodia a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación y Convenio de la Haya de 1.980 en “Restitución Internacional de Menores. Doctrina de los Jueces de la Red Nacional y rol de las Autoridades Centrales. Visión Práctica , Dir. Tagle de Ferreyra, Graciela, pág.69, Advocatus, Córdoba 2016).

Tanto la Convención de los Derechos del Niño como la ley 26.061 establecen que en toda decisión judicial, administrativa o proveniente de organismos intermedios de la sociedad (familia, escuela, club, etc.) la consideración primordial para resolver cualquier conflicto de intereses en que estén involucrados los derechos de menores de edad, será priorizar sus intereses por sobre el de los adultos (art.3.1. CDN y art.3 de la ley 26061).

Tal principio también ha sido consagrado en forma expresa en el nuevo Código Civil y

Comercial de la Nación disponiendo el art. 706 inc. c) que la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas. Cecilia Grosman señala que este interés superior del niño cumple una función correctora e integradora de las normas legales mostrando una notoria similitud con el papel reservado a la equidad como moderadora de la aplicación de la ley en el caso específico (cfr. "Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las Relaciones de Familia", LA LEY, 1993-B, 1089).

VIII.2.- Recurso de M[REDACTED] S[REDACTED] D[REDACTED]. En relación al pedido de B[REDACTED] para que el recurso sea declarado desierto, me pronuncio por la negativa toda vez que, la pieza recursiva se refiere concreta y claramente a las partes del fallo apelado que cuestiona y cuál debería ser la interpretación correcta de los hechos que configuran la plataforma fáctica y de la prueba rendida, por lo que pasaré a su tratamiento, al reunir los requisitos establecidos por el art.137 inc. III del CPCCyT, sin perjuicio de su resultado.

La apelante no ha podido desvirtuar los sólidos fundamentos del fallo en relación a la inexistencia de motivos que pudieran hacer pensar que de disponerse la restitución de I[REDACTED] a su centro de vida en el estado de Florida EE.UU. pudiera sufrir un daño grave para su vida o su integridad psicofísica.

En efecto, la prueba analizada por el a quo a la que me remito en honor a la brevedad y la impresión que me ha producido la interacción del progenitor con I[REDACTED] en las audiencias llevadas a cabo tanto en primera instancia como en esta alzada, es la existencia de un fuerte vínculo afectivo entre ambos, mostrándose la niña muy alegre y espontánea junto a su papá.

En la entrevista mantenida con el juez y la Asesora, I[REDACTED] les demostró como era el juego de la "pizza" que le hacía su papá, evidenciándose la ausencia de las connotaciones sexuales denunciadas por la apelante a quien el Tribunal de Florida le rechazó todas las denuncias como ella misma lo reconoce, aduciendo un estereotipo cultural discriminatorio para con las mujeres, en especial, las latinas, que tampoco ha acreditado que exista en el caso concreto.

En definitiva, y conforme a las características del proceso de restitución internacional señaladas ut supra, estas cuestiones ya han sido abordadas y juzgadas por el Tribunal competente del lugar de residencia habitual de I[REDACTED] por lo que no corresponde su reiteración ante la justicia Argentina.

El art.13, inc. b), de la Convención de La Haya de 1980 establece que el Estado requerido no

estará obligado a ordenar el reintegro si *“existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”*.

“La excepción de grave riesgo es la que se arguye en la mayoría de los casos en que se plantea oposición a los pedidos de restitución [...] Existe consenso en que no cualquier perturbación la hace procedente, sino que requiere la demostración de un peligro calificado que pueda afectar al niño. Una situación en la que si se ordena el retorno, se afectaría la psicología del niño de forma inaceptable. [...] En mucho de los casos el argumento defensivo es el mismo: que el progenitor que reclama la restitución representa un peligro para el menor, ya que sería abusador sexual, violento, golpeador, adicto a las drogas, etc.” (Larghi, Alberto, *Las Excepciones a la Restitución, en Restitución Internacional de Menores, Graciela Tagle de Ferreyra, Dir.,* pág. 141).

Para una postura amplia, fuertemente criticada, como fundamento de esta excepción deben incluirse los peligros físicos o psíquicos a que podría verse expuesto el menor si es restituido, aún cuando estos peligros puedan llegar a provenir del progenitor que solicita la restitución o de su entorno cercano. En tanto que, para una interpretación restrictiva los eventuales peligros de los que hay que proteger al menor son los que hacen a la seguridad en el Estado de residencia habitual o bien los posibles antecedentes de las autoridades políticas y/o judiciales del Estado de residencia habitual en el caso concreto (conf. Larghi, Alberto, op. cit. pág. 141/142).

Mizrahi, refiriéndose al peligro físico o psíquico inherente al propio niño, expresa: *“Al respecto según jurisprudencia de nuestra Corte federal, no cualquier peligro o malestar justificaría desestimar el reintegro, sino que debe tratarse de un grave y caracterizado peligro psíquico o físico. Por eso, la Convención de La Haya de 1980 habla de “situación intolerable” (ver art.13, inc. b), de modo que no cabe tener en cuenta las meras dificultades psicológicas que podría presentar el niño o adolescente que se reintegra y que, de alguna manera, puedan ser superadas sin que se ocasionen graves consecuencias.[...] para decirlo de otro modo, y sintéticamente, en verdad solo aparecería como viable la excepción cuando el riesgo no tiene manera de ser evitado ni controlado en el país de residencia habitual; o sea, en los casos en que es materialmente imposible disponer un retorno seguro del niño.”* (*Restitución internacional de niños, op cit. ps.163/166*).

Es decir que, si la violencia y/o abuso sexual denunciados pueden ser atendidos debidamente por las instituciones del país de residencia habitual, no corresponde admitir dicha excepción pues, el

sustractor tiene suficientes garantías de que si prueba tales hechos obtendrá de las autoridades gubernamentales y/o judiciales la debida protección.

La interpretación de cualquiera de estas excepciones debe ser rigurosa, limitada, restrictiva y la carga de la prueba la tendrá la persona que invoca la excepción. (conf. Luciana Beatriz Scotti, Dir., Restitución internacional de menores, Ed. B de f, 2014, p.61).

En el presente ha quedado demostrado con las copias certificadas y traducidas de las resoluciones emanadas de la Corte del Noveno Circuito Judicial del Condado de Osceola, Florida, EE.UU., acompañadas como prueba, que las denuncias fueron recepcionadas y rechazadas por falta de acreditación, valiéndole a la progenitora un fuerte reproche del Tribunal por su actitud maliciosa y desmesurada en pos de impedir la comunicación paterno filial.

Del informe que el EIS Guaymallén elevara al juez a quo sobre los encuentros supervisados entre el progenitor e I [REDACTED] los días 6, 10, 12, 15, 17, 22, 24 y 26 de octubre del corriente año, se desprende con suficiente elocuencia que I [REDACTED] se mostró alegre, espontánea y afectuosa con su papá, compartiendo desayunos, almuerzos, juegos y compras, sin necesidad de la intervención de las profesionales de dicho equipo, lo que contrasta notoriamente con la imagen que pretende imponer la apelante sobre dicho vínculo paterno filial.

Por lo que este agravio no puede prosperar.

En lo que acontece con el levantamiento de la medida de protección de prohibición de acercamiento del progenitor a I [REDACTED] por los mismos fundamentos vertidos precedentemente, la misma luce acertada toda vez que si bien en un primer momento se adoptó con carácter preventivo, la prueba producida posteriormente, ha posibilitado despejar las dudas, echando certeza sobre la inexistencia de un peligro para la niña en el contacto con su progenitor, por lo que tampoco dicho agravio puede ser atendido.

Del mismo modo, el pedido de que el juez interceda frente al Tribunal de Florida que entienda en el divorcio de las partes y las cuestiones atinentes al cuidado de I [REDACTED] a fin de que no se adopten medidas judiciales que puedan privarla de su libertad ante el incumplimientos de las órdenes

jurisdiccionales emitidas por la justicia de Florida, resulta inatendible, ya que nuestros tribunales no tienen jurisdicción en países extranjeros para interferir en sus decisiones judiciales.

Sobre este tema, Mizrhai, analizando el alcance de la decisión de restitución y el límite a la actuación de los Estados contratantes, en relación a lo establecido en el art.19 de la Convención de La Haya de 1980 y en el art. 15 del Convenio Interamericano de 1989, dice: “Las citadas disposiciones son coherentes con toda la estructura de las convenciones. Es que los jueces de residencia habitual del niño y del Estado de refugio tienen áreas decisorias *bien diferenciadas*. Para aquellos está reservada toda cuestión de fondo, relativa –fundamentalmente- al cuidado personal del hijo y todas sus implicancias. A estos, de modo diferente, les atañe solo ocuparse de tomar una resolución *puntual, urgente y provisoria*, como lo es decidir si el traslado del niño ha sido ilícito y, si la respuesta es afirmativa, ordenar la restitución, salvo que se presente en la causa algún extremo *excepcional* que amerite un tratamiento particular.” (op. cit. ps.236/237).

La apelante, en su caso, deberá asumir la responsabilidad que pueda caberle frente a la justicia de Florida, EE.UU., sin perjuicio de la colaboración que pueda brindar la Autoridad Central Argentina y que ya ha sido dispuesta por el juez de grado en el dispositivo II. 5).

En cuanto al agravio dirigido contra la imposición de las costas generadas por el proceso, habiéndose opuesto al pedido de restitución, reviste la calidad de vencida a los términos del art. 36 inc. I del CPCCyT, no surgiendo de las constancias de la causa que haya tenido razón valedera para litigar, ni para la retención ilícita de I [REDACTED] en suelo argentino luego de haber sido emplazada por el Tribunal de Florida a regresar con I [REDACTED] a los EE.UU., por lo que tampoco puede prosperar.

El hecho de que haya obtenido una medida de protección con carácter preventivo respecto al progenitor no trasvasa sus efectos en cuanto a las costas, al objeto principal del proceso restitutorio.

Por lo argumentado, propongo a mis colegas el rechazo del recurso en trato.

Así voto.

VIII.3.- Recurso de H [REDACTED] B [REDACTED]: Asiste razón al apelante cuando cuestiona las medidas de regreso seguro dispuestas en el pto. II. 2) y 4) de la parte resolutive, toda vez que de la resolución emanada del Tribunal de Osceola, Florida, del 29/08/2022, del juez estadounidense Diego M Madrigal III (Juez del Tribunal del 9º Circuito del Condado de Osceola, Florida) en el caso 2020 DR 001576 DC, agregada al expediente y transcrita por el juez de grado en su sentencia, surge con claridad la conducta

contumaz de la progenitora con las órdenes emanadas de dicho Tribunal; la cantidad de denuncias infundadas en contra del progenitor por violencia y supuesto abuso sexual, todas rechazadas por no probar sus alegaciones.

Dice el a quo que: “Concluye la resolución judicial aseverando que la Sra. D. [REDACTED] “ha secuestrado a su hija a Argentina, ha permitido que expire el pasaporte estadounidense y ha presentado una orden de protección en Argentina, con las mismas acusaciones que ya han sido rechazadas” y solicita a cualquier juez en Argentina que coloque inmediatamente a la niña, I. [REDACTED] B. [REDACTED], bajo la custodia de su padre, H. [REDACTED] B. [REDACTED] para regresar a los Estados Unidos, ya que este es el lugar que tiene la jurisdicción adecuada, y donde I. [REDACTED] ha residido toda su vida, a la vez que garantiza un trámite donde se pueda probar “y formar una planta de crianza permanente que esté en el mejor interés del niño, I. [REDACTED] B. [REDACTED]”; disponiendo que el progenitor podría viajar a la Argentina para retornar con su hija y que la madre debía entregarle la custodia de I. [REDACTED] apenas llegara a nuestra provincia ostentando a partir de ahí el 100% de su custodia.

Conforme a ello, no resulta correcto ni conveniente al superior interés de I. [REDACTED] que sea la madre sustractora quien asuma la responsabilidad de retornar junto a ella a su país de origen, sino el progenitor a quien el tribunal con competencia para decidir sobre las cuestiones de fondo así lo ha dispuesto confiriéndole el 100% de su custodia (conf. art.14 de la CH de 1980 y arts. 1, 3, y conc. del Convenio relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños de 1996).

Además, la niña en la audiencia mantenida en esta Cámara expresó, a través del juego que le propusiera la Asesora, que desea volver en el avión a EE.UU. sentada al lado de su papá. Lo mismo hizo en la audiencia mantenida con el juez y la Asesora en primera instancia.

Resulta evidente, como bien lo señala la Asesora de NNyA al contestar los recursos, que en su afán de garantizar el retorno de I. [REDACTED] a su lugar de residencia habitual, sin conflictividad, el juez de grado ha excedido las Guías de buenas prácticas elaboradas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado para facilitar la aplicación del Convenio de 1980 (conf. SCJN “W., D. c/S.D.D. W. s/demanda de restitución de menor”, 22/11/11, citado con transcripción del considerando en que la Corte las tuvo en cuenta, por Luciana Beatriz Scotti, Dir., Restitución internacional de menores, Ed. B de f, 2014, ps. 30/31

Por lo que corresponde modificar parcialmente dicho dispositivo y establecer que I [REDACTED] viajará junto a su padre y sin perjuicio que la madre viaje en el mismo vuelo y demás cuestiones previstas en el decisorio.

En relación al resolutivo II. 4) en el que se dispuso que el progenitor deberá asumir el compromiso de: “a) evitar entablar acciones judiciales o administrativas en contra de la progenitora que pongan en riesgo su permanencia en el país de origen, su tranquilidad y posibilidades de acceso a una vida libre de violencia; b) asegurar que, una vez efectivizado el retorno, la niña permanezca con su progenitora y se procurar que se establezca un régimen comunicacional provisorio de la niña con su progenitor y su familia extensa hasta tanto el tribunal con competencia en la materia emita sentencia al respecto; y c) asegurar provisoriamente, una vivienda para la Sra. D [REDACTED] e I [REDACTED], cercana al domicilio del actor a fin de facilitar el contacto y la comunicación de ambos progenitores con la niña y la prestación de una cuota alimentaria a favor de la progenitora y de la niña, y la atención de la salud; todo ello hasta tanto el tribunal con competencia en la materia emita sentencia al respecto, luego de tomar conocimiento de la presente resolución y de la causa por medida de protección contra la violencia familiar y de género que tramitaron en este país”; debe dejarse sin efecto porque el juez avanza sobre cuestiones que exceden el estrecho marco de conocimiento que le otorga la Convención de La Haya de 1980, desnaturalizando la finalidad de las medidas que pueden adoptarse para un regreso seguro de la niña, las que hacen al fondo de lo que las partes están discutiendo en el juicio entablado ante el Tribunal del 9º Circuito del Condado de Osceola, Florida en el caso 2020 DR 001576 DC (arts.16 y 19 CH de 1980).

Tampoco puede limitar el derecho de B [REDACTED] a realizar frente a dicho Tribunal o frente a las autoridades que correspondan, las denuncias que estime pertinentes ante los graves incumplimientos a las órdenes judiciales en que ha incurrido D [REDACTED] y en protección de su hija I [REDACTED] y de los derechos que le confiere la responsabilidad parental de conformidad a las leyes de fondo del país de origen donde la niña tiene su residencia habitual.

Asimismo, no corresponde que el juez a quo le fije a B [REDACTED] la obligación de abonar una cuota alimentaria a madre e hija, ni cobertura en salud, ni de proveer una vivienda a la progenitora. Primero, porque I [REDACTED] regresará y convivirá junto a su padre hasta que el tribunal competente decida lo contrario y, segundo, porque implica decidir sobre temas de fondo que exceden su competencia limitada al proceso de restitución internacional, como ya lo expusiera en citas doctrinarias anteriores a las que remito en honor a la brevedad.

Por lo que el recurso debe admitirse en su totalidad y modificarse el resolutive II en el pto. 2), en el sentido propuesto, y suprimirse el pto. 4), quedando los restantes numerados correlativamente el 5) como 4) y el 6) como 5).

Así voto.

Las Dras. Politino y Ruggeri adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

ALA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. GERMÁN FERRER DIJO:

Por el modo en que se resuelven los recursos, corresponde que las costas de alzada sean impuestas a M[REDACTED] D[REDACTED] por resultar vencida en ambos (arts. 35 y 36 I del CPCCyT y art.35 CPFyVF), unificándose las regulaciones de los honorarios de los profesionales intervinientes.

Así voto.

Las Dras. Politino y Ruggeri adhiere por sus fundamentos al voto que antecede.

Con lo que se dio por concluido el acuerdo, pasando a dictarse la

SENTENCIA:

Mendoza, 2 de noviembre de 2022

Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo precedente el Tribunal

RESUELVE:

I.- No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por M[REDACTED] D[REDACTED]

II.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por H[REDACTED] B[REDACTED] y en consecuencia, modificar parcialmente la sentencia de fecha 5 de octubre de 2022, en su

dispositivo II. 2), suprimiéndose el pto. 4), quedando redactado el dispositivo II. 2), como sigue:
“2) La niña viajará a Kissimmee, Condado de Osceola en el Estado de Florida, EEUU de Norteamérica en compañía de su padre, H. B., a cuyo fin dos días antes de la fecha del viaje I. deberá permanecer en el domicilio paterno ubicado en nuestra Provincia, con todas sus pertenencias personales, debiendo la progenitora prestar toda la colaboración necesaria (acciones positivas y concretas) para el cumplimiento de la orden judicial y comprometerse a preparar emocionalmente a la niña para que el regreso a su país no resulte traumático o sea percibido negativamente por ésta. La progenitora podrá viajar en el mismo vuelo, haciendo saber a las partes, autoridades policiales, migratorias, judiciales, administrativas, sanitarias y aeroportuarias, que la presente disposición resulta compatible con la orden de restricción de acercamiento entre los progenitores dispuesta en autos N° 9007/22 “D. M. S. POR SÍ Y POR SU HIJA MENOR C/B., H. P/MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS”, debiendo observar en todo tiempo una conducta de acompañamiento libre de actitudes o acciones agresivas, respetando las decisiones del padre H. B. quien ostenta la custodia exclusiva de I. por resolución del Tribunal del 9° Circuito del Condado de Osceola, Florida, EE.UU.”

II.- Imponer las costas de alzada por ambos recurso a M. D.

III.- Regular los honorarios profesionales por ambos recursos, a los Dres. Samanta Wosner, Selene García Hiramatsu y Juan Pablo Miranda Calderón, en la suma de pesos setenta y cinco mil novecientos veintisiete con 28/00 (\$75.927,28) a cada uno; a la Dra. Rocío Anahí Moreno en la suma de pesos ciento cincuenta y nueve mil cuatrocientos cuarenta y siete con 29/00 (\$ 159.447,29) y al Dr. Carlos Andrés Martínez, en la suma de pesos cuarenta y siete mil ochocientos treinta y cuatro con 18/00 (\$47.834,18) (arts. 3, 13,15, 31 y cc. de la ley 9.131).

NOTIFIQUESE. BAJEN.

Dr. Germán Ferrer
Juez de Cámara

Dra. Estela Inés Politino
Juez de Cámara

Dra. María Delicia Ruggeri
Juez de Cámara

