

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 21 de diciembre de 2010

Vistos los autos: "R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo".

Considerando:

1º) Que la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó lo resuelto en la instancia anterior e hizo lugar al pedido de restitución del niño M.A.R. a la ciudad de Miami, Estado de La Florida, Estados Unidos de Norteamérica, instado por su padre, el señor M.A.R., mediante el procedimiento establecido en el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980). Para así decidir, la alzada señaló que la madre, aquí demandada -M.B.F.-, no había desconocido que hasta el mismo momento del traslado del menor, ambos progenitores y el niño habían residido en la citada ciudad y que el actor no había consentido el traslado del mismo más allá de la fecha estipulada en el instrumento obrante a fs. 257/258 (31 de enero de 2009).

Agregó que no se había acreditado que la restitución implicase un grave riesgo para M.A.R., ni que con ello se pusiese en peligro su estado físico o psíquico o se lo colocase en una situación intolerable. Entendió que dada la edad del niño, no había sido posible atender a su voluntad, sin embargo, éste había tenido suficiente representación en las señoras Defensoras de Menores e Incapaces de ambas instancias, quienes en sus respectivos dictámenes habían solicitado que se admitiera la restitución pretendida. Con ello, consideró que no se había logrado demostrar ninguno de los supuestos de excepción previstos por el art. 13 del CH 1980, ni se había argumentado que el caso se encontrase dentro de las previsiones del art. 20 de dicho Convenio.

Por último, el a quo concluyó que la decisión adoptada en la instancia de grado había sido dictada teniendo en cuenta el

interés superior del niño, que imponen como directiva general el CH 1980 y la Convención sobre los Derechos del Niño, y aclaró que se trataba de una solución de urgencia y provisoria, por lo que no correspondía debatir aquí la cuestión de fondo inherente a la tenencia del niño.

2º) Que contra dicho pronunciamiento, la madre del menor interpuso recurso extraordinario que fue concedido a fs. 697. Sostiene que la sentencia vulnera normas de jerarquía constitucional como son los arts. 1º y 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño y 3º, 11 y 13 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (CH 1980), y tacha de arbitraria la decisión porque ha efectuado una errónea y absurda aplicación e interpretación de dichas disposiciones y ha prescindido de las manifestaciones efectuadas por su parte, de la prueba documental ofrecida y de las circunstancias de hecho y de derecho alegadas como excepciones a la aplicación del citado CH 1980.

Entiende que en el caso se encuentran acreditadas las situaciones que obstan a que el menor sea restituido "manu militari" a los Estados Unidos, pues el actor no tenía su custodia ni su guarda al momento del traslado, y consintió o prestó conformidad para el viaje y la radicación en la Argentina con posterioridad; aparte de que la restitución derivaría en una situación de peligro o perjuicio físico o psíquico para su hijo, lo cual se desprende de la simple lógica y sentido común y no amerita mayor indagación.

3º) Que en tal sentido, la apelante señala que la ley 744.301 del Estado de La Florida, Estados Unidos, otorga a la madre soltera en forma exclusiva la guarda y los derechos sobre el menor M.A.R., sin que el padre hubiese tramitado ante juzgado competente la custodia legal ni la natural, motivo por el cual no existió traslado ilegal ni retención ilícita y la autorización concedida al menor para salir del país es nula y carece de todo

Año del Bicentenario

efecto jurídico; que, por otra parte, con posterioridad al traslado, el demandante envió un e-mail a su parte mediante el cual consentía el viaje y la estadía en la Argentina, y donde le pedía que se quedase, prueba documental que la alzada rechaza en forma arbitraria sobre la base de argumentos meramente formales.

Destaca también que resulta evidente que cualquier desarraigo y desprendimiento abrupto de su madre causaría al menor un grave daño psicológico irreversible. Ello es así, pues su hijo vivió tan sólo cuatro meses en los Estados Unidos y hoy se encuentra nacionalizado y documentado en la Argentina –como lo pretendía su propio padre–, donde reside desde hace ya poco más de dos años con su familia materna.

Asimismo, considera antinatural y atentatorio del derecho a la vida y a una crianza plena que se lo obligue a vivir en otro país donde no tiene familia, a asistir a un nuevo colegio donde se hablará un idioma que desconoce, a soportar costumbres que nunca conoció y que se lo exponga al grave riesgo de que termine viviendo en la calle y/o en un asilo, dada la verdadera situación de inseguridad que se desprende de la insolvencia de su progenitor –denunciada como hecho nuevo y no tratado por la cámara–, con quien prácticamente no tuvo contacto alguno.

4º) Que, por último, la recurrente concluye que la alzada ha omitido considerar la aplicación de la regla interpretativa del interés superior del niño prevista en la Convención sobre los Derechos del Niño y tampoco ha tenido en cuenta el bienestar del menor, lo que en el presente caso no puede implicar más que la circunstancia de que M.A.R. continúe residiendo en la República Argentina con su madre, lugar donde tiene conformado su núcleo familiar y social –habla castellano, concurre a un jardín de infantes; tiene a su médico de cabecera y terapeutas particulares–, lo que constituye la mejor solución dada su corta edad e imposibilidad de que viva con su padre en

razón de todas las cuestiones apuntadas que no pueden ser desconocidas.

5°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible dado que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de convenios internacionales y la decisión impugnada es contraria al derecho que la apelante pretende sustentar en aquéllos (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

6°) Que en tales condiciones, conviene recordar que cuando se encuentra en debate el alcance que cabe asignar a una norma de derecho federal, la Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (conf. Fallos: 308:647; 318:1269; 330:2286 y 333:604, entre otros).

7°) Que a los efectos de una mayor comprensión de las cuestiones que se plantean en la presente causa, resulta pertinente destacar las siguientes circunstancias relevantes: M.A.R. y M.B.F. convivían en Miami, Estado de La Florida, Estados Unidos. El niño M.A.R., hoy de dos años y diez meses, nació el 2 de abril de 2008 en dicha ciudad, figurando ambos progenitores en el certificado de nacimiento (fs. 122). El día 31 de agosto de 2008 el menor M.A.R., con autorización de su padre otorgada por el plazo de 5 meses (fs. 9), viajó junto a su madre a la República Argentina debiendo regresar a los Estados Unidos el 31 de enero de 2009, lo que no ocurrió permaneciendo en el país hasta la fecha. En el mes de octubre de 2008 el padre otorgó a M.B.F autorización para que tramitase la nacionalidad argentina de su hijo, quien hoy posee Documento Nacional de Identidad argentino. El 12 de febrero de 2009, el señor M.A.R. inició ante la Autoridad Central de los Estados Unidos el trámite de restitución en los términos del CH 1980 (fs. 15/18) y el 26 de junio de ese año presentó el pedido de restitución ante el juez local. Por último, el 29 de abril de 2009 la demandada obtuvo la

Año del Bicentenario

tenencia provisoria del menor ante la justicia argentina (conf. fs. 45 del expte n° 3965/2009, caratulado "F., M.B. c/ R., M.A. s/ tenencia de hijos").

8°) Que dadas las consideraciones fácticas y procesales descriptas, las cuestiones planteadas en la presente causa giran en torno de un pedido de restitución promovido en los términos del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores adoptada en la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado del 25 de octubre de 1980, tratado que fue aprobado por la ley 23.857, se encuentra vigente en la República Argentina a partir del 1° de junio de 1991, y tiene por finalidad "garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante" (art. 1°, inc. a), procedimiento que tiende a restablecer la situación anterior que se modificó de forma unilateral por una vía de hecho a la que se busca no reconocerle consecuencias jurídicas.

9°) Que los agravios que se plantean respecto de la alegada omisión de considerar el interés superior del niño al momento de decidir la restitución del menor, resultan inadmisibles pues la apelante no aduce razones que permitan a esta Corte Suprema apartarse del criterio establecido en "Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela"; "S.A.G. s/ restitución internacional solicita restitución de la menor" y "B., S. M. c/ P.V.A. s/ restitución de hijo" (Fallos: 318:1269; 328:4511 y 333:604, respectivamente).

En efecto, en dichos precedentes el Tribunal destacó que el procedimiento de restitución inmediata instaurado por el CH 1980 se encuentra inspirado en la regla del interés superior del niño establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño –aprobada por la ley 23.849–, dado que en su preámbulo los Estados firmantes declaran estar "profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para

todas las cuestiones relativas a su custodia"; que no existe contradicción entre dichas fuentes en tanto ambas propenden a la protección del citado interés superior, y que el CH 1980 parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos, preservando el mejor interés de aquél mediante el cese de la vía de hecho.

10) Que las críticas de la recurrente vinculadas con la inexistencia de retención ilícita por tener la guarda natural y custodia de M.A.R. según la ley 744.301 del Estado de La Florida, Estados Unidos, lugar habitual de residencia según las normas del CH 1980, tampoco resultan conducentes para revocar la decisión adoptada por la alzada.

Ello es así pues, al margen de que la citada norma en la última parte del punto (1) atribuye a la madre la guarda natural del menor nacido fuera del matrimonio, lo cierto es que comienza señalando que la madre y el padre en conjunto son los guardianes naturales de sus propios hijos durante la minoridad y que son ambos progenitores los que figuran en el certificado de nacimiento de M.A.R. -según se ha invocado y acreditado tanto al efectuarse el pedido de restitución ante la Autoridad Central norteamericana como al iniciarse el reclamo ante la justicia argentina-, tanto en los Estados Unidos como en la República Argentina, circunstancias relevantes a los efectos de definir que el derecho de custodia también estaba en cabeza del actor (conf. fs. 122 de estos autos y fs. 20 del expte n° 3965/2009, caratulado "F., M.B. c/ R., M.A. s/ tenencia de hijos").

11) Que asimismo, corresponde reiterar que se ha entendido que la expresión convencional "derecho de custodia" no coincide con ninguna concepción particular de custodia en las leyes nacionales, sino que adquiere su significación desde las definiciones, estructura y propósitos del CH 1980 y que la comunidad jurídica de naciones ha alcanzado un amplio consenso

Año del Bicentenario

respecto de que la previsión *ne exeat* –prohibición dirigida al cuidador primario del niño de sacarlo de la jurisdicción sin la conformidad del otro progenitor o del tribunal– cae dentro del dominio de la citada noción convencional (conf. dictamen de la señora Procuradora Fiscal al que remitió esta Corte Suprema en la citada causa "B., S. M. c/ P., V. A.").

12) Que constatada la ilicitud a la que el CH 1980 supedita la operatividad del procedimiento de restitución, corresponde examinar si se configura alguna de las excepciones alegadas por la demandada que obstarían a la solución adoptada por el a quo. A fin de realizar dicho análisis debe tenerse en cuenta que el tratado en cuestión establece como principio la inmediata restitución del menor y, por lo tanto, las excepciones a dicha obligación son de carácter taxativo y deben ser interpretadas de manera restrictiva a fin de no desvirtuar la finalidad del Convenio (conf. parágrafo n° 34 del Informe explicativo de la profesora Elisa Pérez-Vera, Ponente de la Primera Comisión redactora del Convenio por encargo del Décimo Cuarto período de sesiones de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado).

Al respecto, la Corte ha señalado que las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del CH 1980 (conf. Fallos 318:1269; 328:4511 y 333:604), concepto que aun cuando se encuentra referido a la excepción por grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico, o a situación intolerable, también resulta de aplicación para las restantes circunstancias contempladas por la norma que impedirían la restitución inmediata del menor.

13) Que más allá de las disquisiciones respecto de su validez como elemento probatorio, no cabe atribuir al e-mail remitido el 1° de febrero de 2009 por el padre de M.A.R. a la

demandada -en el que aparentemente el actor manifestó su voluntad de que la progenitora y su hijo se quedasen en la República Argentina- el carácter de una conformidad posterior dada por aquél en los términos del artículo 13, inciso a, del Convenio.

Ello es así, pues el señor M.A.R. inició con premura -a los once días de haber enviado aquella misiva- el trámite de restitución ante la Autoridad Central de Estados Unidos (12 de febrero de 2009, fs. 15/18). Asimismo, se advierte una preocupación por parte del progenitor en seguir todos y cada uno de los trámites procesales de esta causa, que no fue abandonada en momento alguno, sino que, por el contrario, su actitud se vio complementada por la búsqueda de obtener espacios físicos de contacto con el menor, tanto al promover la causa judicial solicitando una audiencia a la que concurriese su hijo, como al tramitar medidas cautelares tendientes a conseguir encuentros con el menor, los que se desarrollaron en forma favorable según informó la asistente social que había estado presente (conf. fs. 239 vta./241 vta., 354 y 464 de estos autos y fs. 13/14, 20 y 35 del expte. n° 33.906/2010, caratulado "R., M. A. c/ F., M. B. s/ medidas cautelares").

14) Que tampoco puede considerarse que la autorización conferida por el padre a efectos de que la madre tramitara la nacionalidad argentina del niño M.A.R. implique el consentimiento necesario para permanecer con el menor en la República Argentina más allá del plazo de cinco meses que oportunamente le otorgara para viajar al país, dado que no resulta razonable inferir que el demandante conociese los requisitos exigidos para dicho trámite, ya que el mismo es chileno con ciudadanía norteamericana (conf. fs. 15 y 58 del expediente principal).

15) Que la demandada tampoco ha acreditado de manera cierta y fehaciente la existencia de un riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro grave físico o psíquico o a una situación intolerable en los términos del art. 13, inciso

Año del Bicentenario

b, del CH 1980. Al respecto, esta Corte reiteradamente ha sostenido que dicha facultad debe ser entendida como una hipótesis que para tornarse operativa requiere que el niño presente un grado de perturbación emocional muy superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres y que esa situación excepcional exige de una situación delicada, que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o de la desarticulación de su grupo conviviente (conf. Fallos: 318:1269; 328:4511; 333:604).

En tal sentido, en dichos precedentes se ha señalado que la integración conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento de aquél, aún cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo; y que la mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o de idioma, no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución, como tampoco resultan suficientes los perjuicios de tipo económico o educativo.

16) Que no puede dejar de señalarse que el presente proceso no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia del menor, 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 a la tenencia del niño por la vía procesal pertinente —órgano competente del lugar de residencia habitual del menor con anterioridad al desplazamiento, art. 16 del CH 1980—, 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 (conf. Fallos: 328:4511 y 333:604).

17) Que corresponde a esta Corte, como cabeza de uno de los poderes del Gobierno Federal, en la medida de su

jurisdicción, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento (doctrina de Fallos: 318:1269, considerando 21, y 333:604, entre otros).

18) Que teniendo en mira el interés superior del niño —que debe primar en este tipo de procesos— y la rapidez que requiere el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del CH 1980, corresponde exhortar a los padres de M.A.R. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar al niño una experiencia aún más conflictiva. Igual exhortación cabe dirigir a la señora jueza de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Esta Corte exhorta a los padres del menor y al Juzgado de Familia que interviene en la causa en la forma indicada en este pronunciamiento. Notifíquese, devuélvase y comuníquese con copia a la Autoridad Central Argentina. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - JUAN CARLOS MAQUEDA - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso extraordinario deducido por **M. B. A., demandada en autos, por su propio derecho**, representada por los Dres. **Carlos A. B. Pérez Galindo y Cristian Pablo Caputo**.

Traslado contestado por **M. A. R., actor en autos**, representados por la Dra. **Erica Tulián Álvarez**.

Tribunal de origen: **Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil**.

Año del Bicentenario

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional en lo Civil nº 12.**

Para acceder al Dictamen de la Procuración General de la Nación
ingrese a :

http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2010/beiro/11-noviembre/r_m_a_r_390_l_46.pdf