

SCMendoza, sala I, 03/12/15, G., L. por su hijo T. G. P. s. restitución.

En Mendoza, a los tres días del mes de diciembre de dos mil quince, reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° (010302-50720), caratulada: "G., L. EN J° 13-00704210-2 (010302-50720) G., L. por su hijo T. G. P. por restitución s/ familia p/ rec.ext.de inconstit-casación".

De conformidad con lo decretado a fojas 129 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. Alejandro Pérez Hualde; segundo: Dr. Jorge Horacio Nanclares; tercero: Dr. Julio Ramón Gómez.

Antecedentes:

A fojas 19/54, el Sr. L. G., por apoderada, interpone recursos extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación contra la resolución dictada por la Segunda Cámara Civil de Apelaciones a fojas 865/871 de los autos n° 50.720/2528/9/6F, caratulados: "G., L. por su hijo T. G. P. p/ restitución".

A fojas 63 se admiten formalmente los recursos deducidos, se ordena correr traslado a la parte contraria, quien a fojas 72/109vta. contesta solicitando su rechazo, con costas.

A fojas 124/126vta. se registra el dictamen del Sr. Procurador General del Tribunal, quien aconseja el rechazo de los recursos deducidos.

A fojas 128 se llama al acuerdo para dictar sentencia y a fojas 129 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 cuestión: ¿Son procedentes los recursos de Inconstitucionalidad y Casación interpuestos?

Segunda cuestión: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera cuestión: Costas.

A la primera cuestión el Dr. Alejandro Pérez Hualde dijo:

I.- Relato sucinto de los hechos de la causa

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

1. Estas actuaciones se inician con motivo de la denuncia efectuada en agosto de 2009, por parte del Sr. G., L., en Italia, ante el Ministerio de Justicia, donde denuncia que su hijo T., de tres años de edad, fue conducido a Argentina ilícitamente, por parte de su madre M. P. en abril del mismo año. Ello originó un procedimiento de restitución internacional, conforme lo previsto en la Convención de la Haya de 1980.

2. Con fecha 07/12/2009, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina, encomienda al Departamento de Cooperación Internacional de la Suprema Corte de Mendoza, la radicación del presente proceso ante los jueces con competencia en la localidad de Godoy Cruz, donde el niño se encontraría residiendo junto a su madre, a fin de que estos dispongan sin demora su restitución a su lugar de residencia habitual en Italia.

Ello dio lugar a los autos n° 2528/9/6, que se originaron con fecha 04/01/2010. Allí se rindió todo tipo de prueba, se tramitaron incidentes, recusaciones, apelaciones e incluso, recursos extraordinarios ante esta Sede.

3. A fs. 763/768vta., con fecha 10/03/2014, se dicta sentencia en la cual, lógicamente, atendiendo al interés superior del niño que ha pasado la mayor parte de su vida en Mendoza con su madre, se rechaza el pedido de restitución internacional solicitado.

4. Dicha sentencia es apelada por el actor y, a fs. 865/871vta, la Segunda Cámara Civil de Apelaciones rechaza el recurso y confirma la decisión de primera instancia. Los fundamentos de la Cámara pueden sintetizarse de la siguiente manera:

\* La finalidad del Convenio de la Haya es restablecer la situación anterior al traslado o retención ilícita, mediante la restitución inmediata del menor a su residencia habitual por parte de las autoridades judiciales o administrativas del Estado de refugio.

\* Una vez restituido el menor, será el juez competente del Estado de su residencia habitual el que entienda en la cuestión de fondo, esto es, la tenencia. Ello porque la Convención parte de la presunción que el bienestar del niño se alcanza volviendo al status quo anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos, pues ello preserva su interés superior.

\* Luego de analizar las defensas previstas en la Convención, la Cámara pone de resalto que tiene que decidir en el mes de febrero de 2015, casi cinco años después de que T. reside en Argentina.

\* El niño ha vivido más tiempo en el país de refugio que en el país del requirente, y ello ha sido por un traslado ilícito.

\* Es un derecho esencial del niño no ser desarraigado por una vía de hecho de su medio familiar y social: no puede alegarse, en consecuencia, como defensa la integración del menor a un nuevo centro de vida por la cantidad de años vividos en el país requerido. El centro de vida no puede adquirirse a través de un acto ilícito; por tanto esta defensa debe ser desestimada por el Tribunal sino se estaría convalidando las consecuencias de un hecho ilícito –traslado o retención indebida-.

\* En el caso de la restitución internacional, la preocupación jurisdiccional reside en el equilibrio entre las obligaciones internacionales contraídas en abstracto por medio de un tratado y el principio del interés superior del niño individualmente considerado.

\* Debe hacerse hincapié al art. 12 *in fine* de la Convención "...salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio...".

\* De los arts. 2, 11 y 12 surge la importancia que se le debe dar a los plazos de tramitación si verdaderamente se pretende proteger al menor.

\* La apelante no se ha hecho cargo de un fundamento medular para resolver la causa que consiste en que la restitución no debe proceder en tanto no se configuran los presupuestos legales para que la cooperación internacional se ponga en marcha, principalmente, porque la noción de urgencia se perdió y ello incidió en la vida de este niño y en su futuro.

\* El niño lleva cinco años viviendo en Mendoza, donde está integrado, tiene amigos, va al club, concurre a la escuela y le ha manifestado a la Sra. Asesora de Menores que no quiere regresar a Italia.

\* Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro síquico que resulte intolerable para él (informe fs. 830/834).

\* La oposición del menor al traslado surge clara de los años que ha vivido en Argentina y del informe de fs. 830/831.

\* En consecuencia, se decide rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia.

6. En contra de esta sentencia, el actor interpone recursos extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación ante esta Sede.

#### II.- El recurso de inconstitucionalidad interpuesto

Sostiene el recurrente que la sentencia dictada viola su derecho de defensa y carece de los requisitos y formas indispensables. Señala que la sentencia ha omitido valorar circunstancias y elementos conducentes y ha prescindido de prueba rendida. Refiere que se ha fallado con voluntarismo al juzgar sobre la conveniencia del niño en quedarse en Argentina. Agrega que se cumplen todos los requisitos del Convenio de La Haya de 1980 y ninguna de las excepciones allí previstas. No es un hecho controvertido que hubo un traslado ilícito en violación del derecho de custodia del padre. La Cámara resolvió extra petita, no estaba en discusión la conveniencia o no del niño de estar en un lugar u otro. Sostiene que la pericia psicológica efectuada por el CAI Salud Mental al actor descarta el patrón de perfil violento y estima conveniente garantizar el contacto con el menor. Las pericias a la madre y al niño dan cuenta de una modalidad de maltrato de la madre y que el niño es víctima de S.A.P. Agrega que T. no tiene hoy su centro de vida en Mendoza.

#### III.- El recurso de casación interpuesto

Señala el recurrente que la sentencia dictada ha interpretado erróneamente el Derecho convencional y de fuente interna aplicables al caso, apartándose de los criterios esgrimidos reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sostiene que la sentencia no ha aplicado la Convención de La Haya, los arts. 3.1, 8.1, 9 y 11 de la Convención de los Derechos del Niño; la Ley 26.061, el decreto n° 415/2006. Agrega que Argentina, al ratificar este Convenio, asumió la obligación frente a la comunidad internacional de garantizar la restitución de los niños víctimas de sustracción. Es deber de los Estados tomar las medidas adecuadas para evitar que sus territorios se conviertan en lugares de refugio de posibles secuestradores. El Tribunal de alzada ha interpretado erróneamente el art 12 del Convenio, porque el procedimiento fue iniciado antes del año. Cita jurisprudencia de la CSJN conforme la cual, aunque surja de las constancias de autos la adecuada inserción del niño al país o al medio en que fue trasladado, ello no es suficiente para configurar una situación excepcional prevista en el CH 1980 para denegar la restitución del niño al país en que tiene su centro de vida. Agrega que nada impide que T. retorne a Italia junto a su madre, la restitución no es al progenitor

que lo reclama sino al país del cual el niño fue sustraído. Señala también que se ha interpretado erróneamente cuál es el interés superior del niño en este caso.

#### IV.- 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 del niño T., solicitada por su padre, fundándose para ello en el interés superior del niño, quien conforme al tiempo transcurrido desde su arribo al país se encuentra integrado aquí, negándose a regresar a Italia, por lo que, ordenar su restitución importaría exponerlo a un peligro síquico intolerable.

Realmente el caso a decidir es uno de los más difíciles frente a los cuales puede enfrentarse un juez. Resulta por demás complejo calificar de arbitraria o incorrecta una sentencia que intenta preservar el actual centro de vida del niño; que valora la negativa del menor a ser restituido a su país natal junto con un padre del que fue separado durante muchos años.

Sin embargo, aún cuando pueda resultar difícil, complejo y hasta doloroso para T., y para que él lo comprenda atento a su corta edad, lo cierto es que la justicia no puede convalidar ni legitimar una ilicitud por el mero transcurso del tiempo.

Al respecto la Corte Nacional es clara y determinante a la hora de ordenar el cumplimiento de la Convención de La Haya, sin que el simple transcurso del tiempo, o la integración del niño a su nuevo centro de vida, incluso la negativa del menor, sean elementos relevantes para negar la restitución reclamada. Razones de economía procesal y, teniendo en cuenta la autoridad moral que ostentan los fallos del Superior Tribunal de la Nación, resulta necesario y conveniente el seguimiento de esta doctrina.

Un análisis de los precedentes más recientes de la Corte Federal nos permitirá una mejor comprensión del caso.

##### a) Los precedentes de la Corte Nacional

Desde la entrada en vigencia de la normativa internacional vigente en materia de restitución internacional de niños, la Corte de la Nación ha tenido varias oportunidades de expedirse en supuestos que involucraban su aplicación y, en todos, ha sido uniforme su posición respecto a ordenar la restitución solicitada.

Así, pueden citarse, entre otros: 14/06/1995 “Wilner Eduardo c/ Oswald María”, publicado en LL 1996-A, 260; 19/05/2010 “B., S. M. c. P., V. A. s/ restitución de hijo”, LL 15/06/2010; 21/12/2010 “R., M.A. c. F., M.B. S/ reintegro de hijo”, LL 11/1/2011; 12/07/2011 “C., L.C. c. L., M.E. S/ exequátur” AbeledoPerrot n° 70071186; 16/08/2011 “V., D.L. S/ restitución de menores – ejecución de sentencia”, LL 2011-E, 35; 08/11/2011 “F.R., F.C. c. L.S., Y.U. S/ reintegro de hijo” LL 07/12/2011; 22/08/2012 “G., P.C. c. H., S.M. S/ reintegro de hijo”, LL 6/9/2012; 21/02/2013 “H.C.A. S/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, LL, 2013-C, 441; 11/6/2013 “E., S. s/ reintegro de hijo”, LL 19/06/2013, 12; 02/07/2013 “S., D. c. R., L.M. S/ reintegro de hijo y alimentos”, LL 2013-D, 291.

En todos ellos, de manera coincidente, el Superior Tribunal nacional ha ordenado la restitución internacional reclamada y ha sido estricto a la hora de interpretar las eximentes previstas en la misma Convención, tal como lo analizaremos más adelante, señalando que “Corresponde a la Corte Suprema, como cabeza de uno de los poderes del gobierno federal, aplicar –en la medida de su jurisdicción– los tratados internacionales a los que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento”. (CSJN, 22/11/2011, “W.D. c. S.D.D. W. S/ demanda de restitución de menor”, Fallos: 334:1445).

Veamos ahora algunas de las pautas valoradas por la Corte al momento de restitución, la interpretación que ha efectuado sobre las excepciones previstas en la Convención y como se aplican estas reglas en el caso concreto de T..

##### 1. La ilicitud del traslado o retención

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...”.

En el caso de autos, no hay dudas que el lugar de residencia habitual de T., con anterioridad a su traslado a este país, era en Ancona, Italia. Allí no sólo nació el niño el 21/12/2005, sino también desarrolló los primeros años de su vida en esa ciudad, incluso asistía a clases al Instituto Comprensivo de Montemarciano (ver fs. 26), hasta abril del 2.009 en que se produjo el viaje a Argentina.

Se advierte además que, si bien los progenitores no estaban casados, ostentaban el ejercicio compartido de la responsabilidad parental, conforme lo determina la legislación italiana (arts. 155, 280, 281, 316, 317, 317 bis, 327, 343 y cc del Código Civil Italiano). Por lo que, el ejercicio de la custodia en el momento del traslado del pequeño, también estaba a cargo de su padre reclamante y no era exclusiva de su madre.

Por ello, aclarado el lugar de residencia habitual de T., corresponde determinar si existió traslado o retención ilícita.

Al respecto, la misma progenitora declara (fs. 587) que el 03 de abril de 2009 viajó con su hijo a Mendoza por un tema de enfermedad de su padre. Debo presumir que habrá contado con alguna autorización de viaje por parte del padre del niño, aunque ello no consta en autos.

Por el contrario, conforme las declaraciones del padre, esa autorización jamás existió. Cuando el Sr. G. declara ante el Ministerio de Justicia de Italia, manifiesta que “desde el 31 de marzo hasta el 7 de abril, mientras que yo estaba en Egipto, mi conviviente escapó con mi hijo en Argentina...” (fs. 12). Esa denuncia la efectuó en agosto de 2009, originando este procedimiento de restitución.

Además, la residencia del menor en Italia, previo al traslado a nuestro país también se encuentra suficientemente acreditado (ver certificado de residencia de fs. 20). A fs. 26 obra un informe del Instituto educativo al que concurría el niño en Italia, en el que se señala que desde el 31 de marzo de 2009 el niño no fue más a la escuela. Textualmente refiere “A menudo el padre nos ha manifestado la preocupación que la madre pudiera irse con el hijo. Por esto, sabiendo que tenía que viajar por razones de trabajo en el período desde el 31 de marzo de 2009 hasta el 6 de abril de 2009, nos dejó el número de teléfono de su hermana para que pudiera ser avisado en seguida si T. no hubiera venido más a la escuela. Desafortunadamente sus previsiones se han realizado porque el niño dejó de venir a clase mientras que el padre estaba viajando por trabajo”.

Por su parte, la Sra. P. no ha acreditado contar con algún tipo de permiso de viaje o de traslado que haya sido otorgado por el padre de su hijo, mucho menos ha invocado siquiera contar con una autorización para permanecer residiendo en nuestro país con el pequeño. Es ella quien debía probar que el traslado y la retención eran legítimos y no lo hizo. La carga de la prueba de tales hechos pesaba sin dudas sobre la progenitora, la que no fue en modo alguno cumplida legalmente.

Por ello, y teniendo en cuenta la denuncia casi inmediata que realiza el padre respecto al traslado de su hijo, surge evidente que no ha consentido en modo alguno la permanencia de T. en el país, lo que permite calificar de ilegítima la retención efectuada por parte de su madre.

Acreditada entonces la ilicitud de la retención, conforme los términos de la Convención, corresponde analizar si en el caso se configuran algunas de las pocas excepciones previstas por dicha normativa para rechazar el reintegro solicitado.

## 2. Las excepciones previstas en la Convención

En el artículo 12 y 13 de la Convención, se prevén algunas excepciones que permitirían al Estado requerido rechazar la restitución reclamada.

La progenitora demandada ha invocado dos excepciones: que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente (art. 12, segundo párrafo) y que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable (art. 13 inc. b).

A estas razones cabe agregar otras causales de excepción: que la persona reclamante no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido el menor, o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención (art. 13 inc. a); o que el propio menor se oponga a la restitución, cuando haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones (art. 13).

Comenzaré entonces con el análisis de las excepciones, a los fines de determinar si, en el caso de autos, se consagra alguna de ellas:

### 2.a) Integración del menor a su nuevo ambiente:

Esta excepción, prevista en el segundo párrafo del art. 12 CH, hace referencia a la situación en que se hubiesen iniciado los procedimientos de restitución *después* de la expiración del plazo de un año a que se refiere el primer párrafo de dicho artículo. En tal hipótesis, la autoridad requerida ordenará asimismo la restitución, pese al transcurso del plazo citado, *“salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado a su nuevo ambiente”*.

Como se advierte, dicha excepción no es de aplicación al caso de autos, en el cual el progenitor, a los pocos meses del traslado de T. a Argentina, promovió el procedimiento de restitución correspondiente.

No obstante ello, ha dicho la Corte Nacional que “Fuera de la coyuntura a la que responde el art. 12 (segundo párrafo), 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. La estabilidad lograda como consecuencia de un traslado o retención ilícitos por parte de cualesquiera de los progenitores, no es idónea para sustentar una negativa a la restitución” (CSJN, 22/11/2011, “W.D. c. S.D.D.W. S/ demanda de restitución de menor”, Fallos: 334:1445).

Dicho criterio ha sido reiterado en los distintos pronunciamientos del Tribunal, aclarando que “La integración del niño conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento de la Convención de La Haya de 1980 en el proceso de restitución de menores, aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo” (CSJN, 2/7/2013, “S., D. c. R., L. M. s/ reintegro de hijo y alimentos”).

En consecuencia, en el caso de T., todo lo invocado y acreditado respecto a su integración a su nueva vida en Mendoza, donde concurre al colegio, tiene amigos y toda su familia materna, no puede ser valorado a la hora de decidir la cuestión, por cuanto dicha situación se originó en una ilicitud que no puede ser convalidada por el mero transcurso del tiempo y su padre reclamó la restitución antes de pasado un año desde el traslado.

### 2.b) Grave riesgo para el niño en la restitución:

Esta causal, invocada también por la demandada, se presenta cuando, pese a la configuración de la ilicitud de la conducta de uno de los progenitores y al principio general de la pronta restitución del niño a su residencia habitual, su retorno resulta contrario a su interés porque lo colocaría en una situación de grave riesgo para su integridad.

Esta causal deberá ser evaluada con carácter excepcional y riguroso, puesto que de otro modo se frustraría la efectividad de las Convenciones. “Sólo la ponderación racional de las circunstancias fácticas y jurídicas de la especie puede conducir a una decisión conforme con el respeto a los derechos fundamentales, que a la vez, contribuya a la lucha común contra el flagelo de los desplazamientos y las retenciones ilícitas” (Najurieta, María “Restitución Internacional de Menores”, en la obra *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, pág. 403 y ss.)

La Corte Nacional, de manera reiterada ha expresado que “Ningún término contenido en el precepto es casual. Las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción (grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico, o situación intolerable), revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a efectos de no frustrar la efectividad de la Convención. La causal no apunta solamente a rechazar el regreso ante una situación de peligro externo en el país requirente, sino también a ponderar si la reinstalación en la situación anterior a la retención ilícita coloca al menor en peligro psíquico, lo cual es un grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva de un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Está claro 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” (CSJN, 22/11/2011, “W.D. c. S.D.D.W. S/ demanda de restitución de menor”, Fallos: 334:1445). Este concepto ha sido reiterado en todos los precedentes de la Corte Nacional citados con anterioridad.

Aclarados estos términos, corresponde entonces analizar la situación particular de T., conforme la prueba que ha sido rendida en la causa, para determinar si su regreso a Italia puede ocasionarle un grave perjuicio del modo en que lo entiende la Convención.

Entiendo que, del material probatorio rendido, no se configura esta “situación intolerable” que permita hacer operativa esta excepción restrictiva.

En primer lugar, valoro como positivo el hecho de que el padre haya viajado en dos oportunidades a Argentina para intentar recuperar el vínculo con su hijo, interrumpido de manera unilateral por la actitud de su madre. Tan arbitraria fue la actitud de la madre de T., que en la primera oportunidad en que el Sr. G. viajó a Argentina, tuvo que regresar a Italia sin haber podido siquiera ver a su hijo.

Debo valorar también que, en el breve tiempo en que se desarrollaron las visitas fijadas, en el mes de enero de 2013, si bien al principio el niño tuvo una actitud más fría y distante, producto del largo tiempo transcurrido sin ver a su padre, luego las visitas fueron mejorando, “T., *visiblemente feliz y sin esperar la compañía de su madre, corrió a abrir y abrazó al progenitor en forma espontánea...*” (ver informe de la Trabajadora Social que acompañó al progenitor en esa visita, fs. 178 autos n° 1931/12/6F).

No obstante, no puedo soslayar que, en todo momento, el niño manifestó su temor a ser llevado a Italia y le reprochó al padre todos esos años que, a su entender, fueron de abandono. T. le reclama a su papá “los regalos de siete cumpleaños, siete reyes y siete Papá Noel” (fs. 190 autos n° 1931). Lamentablemente, nadie le explicó al niño que ese “abandono” no fue tal, sino que fue trasladado por su madre ilegítimamente, que ni siquiera permitió las comunicaciones telefónicas, que planteó todo tipo de incidentes, recursos, etc., con tal de impedir todo contacto, al punto que ni siquiera posibilitó un encuentro en el primer viaje que hizo su padre a Argentina, sólo para recuperar a su hijo.

Continuando con el análisis de esta causal de excepción, me detendré en los resultados que arrojan las pericias psicológicas efectuadas por los profesionales del CAI, a las partes involucradas.

Así, a fs. 192/193 (autos 1931) obra pericia psicológica a M. y a T.. Respecto a la progenitora, el profesional indica que “se detecta una función deficitaria en la posibilidad de preservar al niño de la persistencia de sus propios conflictos con el progenitor, aspecto que no favorece la autonomía emocional de éste...”. Agrega que “las dificultades maternas en relación a un lugar que habilite un funcionamiento emocional autónomo en el niño, es considerada una de las modalidades de maltrato, aún siendo ésta indirigida y no deliberada”.

Respecto a T., el Licenciado actuante informa que “da cuenta de un tipo de vinculación parcial con sus progenitores, de lo que se detectan indicadores de ideas y emociones que no tienen un asiento lógico en base a su propia experiencia, sino de impregnación de éstas”. Agrega que el niño evidencia un “relato no espontáneo, repetitivo y recursivo sobre experiencias propias y ajenas (progenitora)”. En cuanto a las visitas de su padre, el profesional señala que “el niño no logra psíquicamente poder tomar contacto interno con sus sentimientos hacia el progenitor, en virtud de sentir que si manifiesta afecto hacia su padre causaría daño a su progenitora, en función de lo precedente, percibe internamente las visitas de su progenitor con altos montos de ambivalencia afectiva respecto del mismo. Evidencia una modalidad psíquica excluyente, en la cual, la vinculación con uno de los progenitores, necesariamente excluye la posibilidad de vínculo con el otro”. (fs. 193).

Al momento de evaluar al progenitor, “se detectan sentimientos de enojo dirigidos a su ex pareja, en tanto percibe en la misma obstaculizaciones fundadas en falsas denuncias de maltrato y en

detrimento de su vinculación con T.”. Agrega que “no se detecta en el examinado indicadores típicos de perfil de quien ejerce violencia (como patrón de conducta estable), sin embargo frente a aumentos de tensión emocional y frustración presenta potencial para descargas de tipo verbal”.

Conforme las pruebas analizadas, considero que el niño no corre un riesgo grave en su integridad física o psíquica, con el reintegro al Estado de su residencia solicitado por el accionante. T. se encuentra inmerso en una situación de alienación parental (no obstante la opinión de fs. 833vta. efectuada por un profesional de parte), en el cual la madre le impide al menor cualquier sentimiento o acercamiento con su padre. No encuentro configurada en autos esta causal que requiere que el niño presente “un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres” (CSJN, fallos, 334:1445).

Aún más, las situaciones de violencia invocadas por la Sra. P., conforme constancias 279/280, 529, etc., no pueden constituir fundamento suficiente para rechazar el requerimiento internacional.

Tal como lo ha señalado la Corte Nacional, estas cuestiones deberán ser debidamente analizadas y resueltas por la justicia competente del país requirente al que debe retornar el menor ilegitimamente sustraído o retenido, a la hora de decidir lo relativo a la guarda o custodia del mismo.

En un caso similar al presente, la Corte Federal ordena el reintegro a Italia de tres niñas, nacidas en Italia, fruto de un matrimonio entre un italiano y una argentina. El retorno se ordena cinco años después de la fecha en que las menores llegaron al país, en el cual se habían integrado perfectamente, incluso su madre había formado una nueva pareja con la que tuvo otro hijo. Frente a las conductas violentas que invocaba la madre respecto del progenitor reclamante, la Corte señaló con claridad que esas conductas tendrán influencia para decidir la guarda, “lo que no es materia de este proceso sino de las autoridades competentes del Estado de residencia habitual” (ver CSJN “S., D. c/ R., L.M. S/ reintegro de hijo y alimentos”, 02/07/2013).

Ha señalado también en varios precedentes que “el proceso de restitución internacional no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia 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 a la tenencia 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” (conf. Art. 16 de la Convención de La Haya 1980 y fallos: 328:4511 y 333:604 y causa H.102.XLVIII “H.C., A. c/ M.A., J.A.”, 21/02/2013).

En consecuencia, entiendo que también debe rechazarse esta causal por no encontrarse acreditada la situación de excepcionalidad máxima allí prevista.

### 2.c) Oposición del menor

Finalmente, resulta necesario evaluar en esta instancia la oposición de T. al reintegro.

Al respecto, la Corte Nacional ha dicho respecto a la opinión de los menores que “en el marco del CH 1980, su ponderación no pasa por indagar la voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores, y que el convenio, por su singular finalidad no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado, sino que la posibilidad del art. 13 –penúltimo párrafo– sólo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia, sino al reintegro al país de residencia habitual” (CSJN, “G., P. C. c/ H., S.M. S/ reintegro de hijo, 22/08/2012; “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”, 21/02/2013).

Lo que debe analizarse aquí es entonces si, de parte del niño, existe un “repudio irreductible a regresar”, que no debe asimilarse con regresar bajo el cuidado de su padre.

Esta es, precisamente, la cuestión que más dudas me suscita a la hora de resolver este caso. T., quién aún no cumple diez años de edad, ha manifestado en varias oportunidades su rechazo a regresar a Italia. Incluso ante esta Corte, en la audiencia celebrada que consta a fs. 115, tuvo oportunidad de oírlo y también nos hizo saber de su negativa.

No obstante, entiendo que la opinión de T. no es autónoma ni independiente. Tal como lo constata el profesional interviniente en la pericia de fs. 192/193 (autos n° 1931), tengo la clara convicción al escucharlo de que su relato no es espontáneo, repite historias y experiencias que fueron contadas por su madre. En realidad, lo que se percibe en el niño es un enorme temor a ser separado de su madre, su mundo y su vida es con su mamá.

También puedo advertir, del relato que efectúan las asistentes sociales de cada una de las visitas que se desarrollaron entre el padre y el niño en enero de 2.013, que pese al tiempo transcurrido sin

ver a su papá, T. aún guarda genuino amor por él y siente que debe contener ese sentimiento, que debe manifestar rechazo y enojo por temor a perder a su mamá y ser llevado lejos de ella, pero a su manera, con sus escasos siete añitos a esa fecha, le pedía a su papá que se quede unos minutos más, que juegue con él un poco más.

Por ello, frente a una opinión del menor, que no luce auténtica sino impuesta por su madre, su negativa al reintegro no debe primar sobre los derechos en juego y la normativa internacional vigente. Además, la madre del niño no ha invocado ni probado la existencia de algún motivo por el cual no pueda volver a Italia para estar con su hijo y discutir allí, ante la justicia competente, todo lo relativo a la guarda y tenencia del pequeño. Por el contrario, existen vías y acciones legales que la madre podrá ejercer en defensa de los derechos que invoca, los que incluso deberán ser resguardados por las autoridades competentes, conforme se requiere en esta misma sentencia en la parte resolutive. Lamentablemente, la actitud de los padres que toman a sus hijos como botín de guerra, termina causándoles a los pequeños un daño demasiado grande, a veces irreversible. Toda esta situación, y todo lo que seguramente sufrirá T. con el reintegro, se hubiese evitado si su mamá, en lugar de actuar como lo hizo, utilizando vías de hecho y transgrediendo las leyes, hubiese acudido a las autoridades italianas competentes para plantear allí los problemas que tenía con su ex pareja y solicitar la tenencia exclusiva de su hijo. Realmente, no puede pensarse que la retención ilícita cometida y la intención de suprimir las raíces personales que pretendió realizar la Sra. P. respecto de su hijo y su padre, pueda ser simplemente validada porque han pasado varios años. Sobre esto me expediré a continuación.

### 3. El paso del tiempo

Destacada doctrina nos señala que “La lentitud de la justicia ha sido y es uno de los grandes males de la mayoría de los sistemas jurídicos en todas las épocas. El antiguo adagio español “justicia lenta no es justicia” se reitera, con variantes insignificantes, en todos los idiomas. ...En la actualidad, los ordenamientos jurídicos reconocen la existencia de un derecho humano a que los juicios concluyan dentro de un tiempo razonable. Las condenas a los Estados por parte de los organismos regionales de derechos humanos por violar este derecho son frecuentes. Cuando estos procesos involucran los derechos de los niños, el daño que se produce es superlativo y manifiesto (“Derecho de Familia”, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes., Directoras: Marisa Herrera, Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras; t. I, pág. 827).

En el caso de T., no tengo dudas de que el aparato judicial actuó con poca celeridad y, la dinámica procesal desplegada por la madre y sus abogados, permitió alargar una situación de hecho que debió ser resuelta con urgencia. Penosamente, el más perjudicado es un pobre niño, víctima de la pelea de los adultos, que se olvidaron que él no es un objeto sino un “sujeto de derechos”, entre los cuales se encuentran su derecho indiscutido a tener contacto y comunicación con ambos progenitores, que ese derecho le pertenece a él y no a sus padres y que, la supresión del mismo, no puede ser decidido por uno de ellos de manera unilateral, arbitraria e intempestiva.

Sin embargo, el paso del tiempo no ha sido un factor decisivo en los precedentes de nuestro Superior Tribunal para decidir rechazar el reintegro. Así, en las causas citadas, desde la solicitud de restitución hasta la obtención de la sentencia definitiva, transcurrieron aproximadamente cuatro años (CSJN, 20/12/2005 “S.A.G. S/ restitución internacional solicita restitución de la menor”); en otro transcurrieron seis años (CSJN, 19/05/2010 “B., S. M. c. P., V. A. s/ restitución de hijo”), en otro un poco más de cuatro años (CSJN, 02/07/2013 “S., D. c. R., L.M. S/ reintegro de hijo y alimentos”).

Resulta evidente que se trata de situaciones que deberían ser resueltas con un alto grado de urgencia, no sólo para la protección de los niños involucrados, sino también para no generar responsabilidad del Estado por la falta de razonabilidad en el tiempo que demanda la efectivización de los derechos afectados. Ya este Tribunal, en la primera oportunidad que tomó contacto con esta causa (fs. 454, el 30/12/2011) advirtió la necesidad de acelerar el pronunciamiento sobre la procedencia o no de la restitución solicitada, en salvaguarda del interés superior del niño comprometido. Ello, por cuanto no puede resultarnos ajeno que la Corte Europea de Derechos Humanos ha condenado a varios países demandados, a raíz de las demoras que presentaron supuestos similares al presente y que importaron, en definitiva, la vulneración de los derechos contemplados por la normativa internacional ya citada. (ver a modo de ejemplo, “P.P. vs Poland, CEDH, 8/1/2008; “Iosub Caras vs Rumania”, CEDH 27/7/2006, entre otros); como así también que nuestro país ha sido condenado por la Corte Interamericana, entre otras razones, por la excesiva demora en resolver en la causa “Fornerón e hija c/ Argentina”, del 27/04/2012.

#### 4. Medidas a adoptar

Conforme todo lo expuesto, el reintegro de T. a Italia debe ordenarse de manera urgente. Ahora bien, a los fines de que esta decisión sea lo menos traumática posible para el niño y sea efectivamente cumplida, deberán adoptarse algunas medidas que surgen de la Guía de Buenas Prácticas elaborada por la Conferencia de La Haya para asegurar el cumplimiento y efectividad de los objetivos de la Convención; de los lineamientos que nuestra Corte Nacional ha ido elaborando en sus resoluciones, como así también, de las facultades que el nuevo art. 2642 CcyCN confiere a los jueces.

Por ello, entre las medidas a cumplir, las que podrán ser completadas por el juez de la causa a la hora de ejecutar esta sentencia, se disponen las siguientes:

a) Exhortación a los padres: resulta esencial la colaboración de los padres de T. para el cumplimiento de esta medida, principalmente, la colaboración de su mamá M.. Por ello, este Tribunal los exhorta a ambos a realizar todas las medidas que estén a su alcance para cumplir con esta sentencia y evitar al niño una experiencia aún más conflictiva. La principal tarea de los padres será hacer comprender al niño lo que ha ocurrido, como sucedieron los hechos y que este traslado no implica separarse de alguno de ellos, sino volver a su país de origen, al lugar donde nació y tuvo su residencia habitual, donde deberá confiarse la solución de la conflictiva de fondo a la justicia competente. Esto incluye la colaboración de ambos padres en los gastos que implica el traslado y la vida del menor en Italia.

b) Requerimiento a las Autoridades Centrales: se requiere a las autoridades centrales del País y de la Provincia, la máxima colaboración a los fines de la efectividad de la sentencia. Por ello, deberá oficiarse a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio y Culto y, en la provincia, a la Se.Ju.C.A.I. (Secretaría Judicial de la Corte para Asuntos Internacionales), para que brinden toda la asistencia que sea posible, jurídica, financiera y social, a los fines del urgente cumplimiento de esta resolución; lo que implica la coordinación adecuada con la autoridad extranjera competente. Asimismo, deberá tenerse especial atención en la situación legal de la Sra. P. en caso de que decida regresar a Italia con su hijo, a quien deberá brindársele asistencia jurídica y legal, a los fines de evitar un mayor daño para el niño.

c) Llamado de atención a los abogados de la Sra. P.: resulta necesario también llamar la atención una vez más a los profesionales que han actuado por la madre de T.. Ya lo hizo este Tribunal una vez a fs. 511, ante la utilización de términos y/o expresiones injuriosas. Esta vez, el requerimiento es a que cesen en la interposición de incidencias, recursos y/o cualquier otro planteo que entorpezca y demore la efectiva ejecución de esta sentencia y que asesoren a la Sra. P. en el adecuado y prudente cumplimiento de la misma. Ello, bajo apercibimiento de imponerles las costas a los abogados, en forma solidaria, por cualquier remedio procesal que intenten y sea rechazado, sin perjuicio de la correspondiente denuncia ante el Directorio del Colegio de Abogados.

En virtud de todo lo expuesto, si mi voto resulta compartido por mis distinguidos colegas de Sala, corresponde hacer lugar a los recursos interpuestos y, en consecuencia, revocar la sentencia recurrida.

Así voto.

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

A la segunda cuestión el Dr. Alejandro Pérez Hualde dijo:

Atento lo expuesto en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar a los recursos interpuestos y, en consecuencia, revocar la sentencia dictada por la Segunda Cámara Civil de Apelaciones a fojas 865/871 de los autos n° 50.720/2528/9/6F, caratulados: "G., L. por su hijo T. G. P. p/ restitución".

Así voto.

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

A la tercera cuestión el Dr. Alejandro Pérez Hualde dijo:

Atento lo resuelto en las cuestiones anteriores, corresponde imponer las costas de esta instancia a la recurrida vencida. (arts. 36 y 148 CPC).

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. Gómez, 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, 04 de diciembre de 2015.-

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.-** Hacer lugar a los recursos interpuestos y, en consecuencia, revocar la sentencia dictada por la Segunda Cámara Civil de Apelaciones a fojas 865/871 de los autos n° 50.720/2528/9/6F, caratulados: “G., L. por su hijo T. G. P. p/ restitución”, la que queda redactada de la siguiente manera: “1.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 765 por L. G. contra la resolución obrante a fs. 763/764, la que se revoca y queda redactada de la siguiente manera:

““1) Hacer lugar al pedido de restitución internacional solicitado por el Sr. L. G. respecto de su hijo T. G.”.”

““2) Imponer las costas a la demandada vencida (arts. 35 y 36 CPC)”.”

““3) Regular los honorarios profesionales de la siguiente manera: Dra. Laura FERRI en la suma de pesos DIEZ MIL (\$10.000) y de la Dres. Fabiana QUAINI y Federico PEDERNERA en la suma de pesos SIETE MIL (\$7.000) en conjunto (art. 10 Ley 3641)”.”

“2.- Imponer las costas de alzada a la apelada vencida (arts. 35 y 36 CPC)”.

“3.- Regular los honorarios profesionales de la siguiente manera: Dra. Laura FERRI en la suma de pesos CUATRO MIL (\$4.000) y Dr. Federico PEDERNERA en la suma de pesos UN MIL DOSCIENTOS (\$1.200) (Arts. 15 y 31 Ley 3641)”.

**II.-** Imponer las costas de la instancia extraordinaria a la recurrida vencida.

**III.-** Regular los honorarios profesionales de la siguiente manera: Dra. Laura FERRI en la suma de pesos SEIS MIL (\$6.000) y Dr. Federico PEDERNERA en la suma de pesos UN MIL DOSCIENTOS (\$1.200) (arts. 10 y 15 Ley 3641).

**IV.-** Disponer las siguientes medidas:

a) Exhortar a los padres de T. para que brinden colaboración en el cumplimiento de esta medida, principalmente, la colaboración de su mamá M.. Se los exhorta a ambos a realizar todas las medidas que estén a su alcance para cumplir con esta sentencia y evitar al niño una experiencia aún más conflictiva. Esto incluye la colaboración de ambos padres en los gastos que implica el traslado y vida del menor en Italia.

b) Requerir a las Autoridades Centrales del país y de la provincia, la máxima colaboración a los fines de la efectividad de la sentencia. Por ello, deberá oficiarse a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio y Culto y, en la provincia, a la Se.Ju.C.A.I. (Secretaría Judicial de la Corte para Asuntos Internacionales), para que brinden toda la asistencia que sea posible, jurídica, financiera y social, a los fines del urgente cumplimiento de esta resolución; lo que implica la coordinación adecuada con la autoridad extranjera competente. Asimismo, deberá tenerse especial atención en la situación legal de la Sra. P. en caso de que decida regresar a Italia con su hijo, a quien deberá brindársele asistencia jurídica y legal, a los fines de evitar un mayor daño para el niño. **OFÍCIESE.-**

c) Llamar la atención a los abogados de la Sra. P., a los fines de que cesen en la interposición de incidencias, recursos y cualquier otro planteo que entorpezca y demore la efectiva ejecución de esta sentencia, requiriéndoseles que asesoren a la Sra. P. en el adecuado y prudente cumplimiento de la misma. Ello, bajo apercibimiento de imponerles las costas, en forma solidaria, por cualquier remedio procesal que intenten y sea rechazado, sin perjuicio de la correspondiente denuncia ante el Directorio del Colegio de Abogados. Notifíqueseles en forma personal.

**NOTIFÍQUESE. OFÍCIESE.-** A. Pérez Hualde. J. R. Gómez