

S u p r e m a C o r t e:

–I–

La Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en lo que aquí interesa y en el marco de lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley local 10.419 -que aprobó el procedimiento para la aplicación de los convenios sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes-, confirmó el fallo de primera instancia y, en consecuencia, rechazó el pedido de restitución internacional de la niña M.O.P.S. a los Estados Unidos Mexicanos, en los términos del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convención de La Haya) (cfr. sentencia de fecha 18/02/2021).

El tribunal consideró aplicable al caso el supuesto de excepción contenido en el artículo 13, inciso b, de la Convención de La Haya, que prevé la posibilidad de rechazar la restitución cuando exista un riesgo grave de que esa medida exponga a la persona menor de edad a un peligro físico o psíquico o que de cualquier manera la ponga en una situación intolerable.

En esta línea, destacó que la prerrogativa de denegar la solicitud de restitución con base en la excepción referida debe ser ejercida con suma prudencia, en la medida en que resulta una excepción a la regla general, que postula la obligatoriedad de la inmediata restitución al país de origen.

Enfatizó, no obstante, que la estructura protectoria de la niñez plasmada en los tratados en materia de restitución internacional no puede ser aplicada de manera desagregada de los compromisos de derechos humanos asumidos por el Estado a nivel regional y global. En particular, señaló que en determinados casos el conflicto familiar transnacional presenta peculiaridades que imponen la consideración de sus postulados con una mirada de género. Agregó que, juzgar con perspectiva de género, importa una obligación constitucional y convencional.

En ese marco, consideró que, en el caso bajo examen, el cúmulo de elementos aportados a la causa permitía visualizar un escenario teñido de violencia familiar, que colocaría a la niña M.O.P.S. en una situación intolerable en los términos de la Convención de La Haya.

En primer término, indicó que el informe interdisciplinario realizado por el Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario del Poder Judicial (CATEMU) en el marco del procedimiento de restitución, daba cuenta de un cuadro de aumento de discusiones a lo largo del matrimonio, con situaciones de *“desborde y descontrol de parte del Sr. P., a los que la niña se encontró expuesta”*. Entendió relevante la mención efectuada por los profesionales de un episodio de “descontrol físico”, que habría tenido lugar en el baño de la vivienda de la pareja en el país de origen y en presencia de la niña.

En segundo término, consideró que el contexto descripto podía ser cotejado con los hechos de violencia referidos por la madre en las reiteradas denuncias formuladas por ella, en México y Argentina.

Asimismo, aludió a los fundamentos vertidos por el Juez de Control y Faltas n° 3 al oponerse al archivo de la causa por presunto abuso sexual iniciada en perjuicio del actor y, por último, valoró el informe pericial practicado a la niña en sede penal, el cual, a su juicio, identificó la existencia de “señales de naturaleza traumática”, derivadas de situaciones de violencia familiar, que podrían impactar negativamente en el crecimiento y desarrollo evolutivo de la niña.

Recalcó que, de acuerdo con la “Guía de Buenas Prácticas” (2020) para la aplicación de la excepción de “grave riesgo” invocada, si bien la evaluación del peligro que se alega tiene un carácter “prospectivo”, los incidentes pasados no son irrelevantes a la hora de evaluar el peligro futuro y deben ser tenidos en cuenta para realizar esa ponderación.

Finalmente, expuso que la relevancia de la denuncia por abuso sexual no podía ser relativizada por la circunstancia de no encontrarse concluida, y que era tenida en cuenta la escasa edad de la niña para evaluar el riesgo que el escenario descrito implica para su integridad y desarrollo.

–II–

Contra ese pronunciamiento, el accionante interpuso recurso extraordinario, que fue concedido sólo en relación al agravio referido a la incorrecta interpretación y aplicación de las disposiciones del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores de 1980. Ello dio lugar al recurso de queja presentado por el actor en relación con las causales de arbitrariedad y gravedad institucional invocadas (agregado al expte. CSJ 640/2021), respecto del cual también se corrió vista a esta Procuración General, por lo que serán estudiados conjuntamente.

El recurrente sostiene que el tribunal efectuó una errónea interpretación de la normativa internacional aplicable al caso y que el pronunciamiento impugnado es arbitrario, en la medida en que el tribunal realizó una valoración arbitraria de la prueba recabada, sobre la base de estereotipos de género y afirmaciones dogmáticas, en desmedro del interés superior del niño.

Subraya la falta de elementos probatorios sobre los cuales se sustentan los fundamentos empleados en la sentencia impugnada. Destaca, en especial, la falta de acreditación del contexto de violencia sobre el que se apoya la sentencia. Entiende que casi la totalidad de la prueba producida consiste en las declaraciones de la demandada y de la abuela de la niña, las cuales, a su juicio, no han sido contrastadas con otras evidencias.

Entiende, asimismo, que las inferencias y afirmaciones sobre las que se basa la decisión para dar lugar a la procedencia de la excepción de “grave riesgo”, denotan un análisis retrospectivo y no prospectivo de la evaluación

del riesgo. Agrega que el tribunal incurre en una confusión del sujeto sobre quien versa la excepción aplicada, que a su entender debe ser la niña y no la madre.

Aduce que el tribunal realizó una valoración arbitraria del informe interdisciplinario producido en el marco de la investigación penal de abuso sexual en jurisdicción argentina.

Señala que ofreció diversas medidas de retorno seguro que no fueron consideradas por el tribunal, y enfatiza que dicho retorno resultaría posible con un adecuado trabajo de cooperación judicial con la justicia mexicana.

Considera que la sentencia importa una interferencia en materias reservadas a la jurisdicción del juez mexicano, particularmente, la determinación de la guarda de la niña y la existencia de los hechos de violencia de los que podría haber sido víctima la progenitora.

Afirma que el procedimiento de restitución ha vulnerado el derecho de defensa del actor. En este sentido, alega que la sentencia del juzgado de Familia incurre en múltiples contradicciones, que luego son reiteradas en la resolución del superior tribunal local, en la medida en que en ambas decisiones se reconoció la estricta interpretación que cabe asignar a la excepción de “grave riesgo”, para luego resolver en función de criterios no permitidos por el Convenio de La Haya.

Se agravia porque el tribunal omitió considerar la vulneración de derechos del actor y de la niña, derivados de la suspensión del sistema de comunicación paterno filial, dispuesta por la jueza de familia.

Finalmente, considera que en el caso se ha configurado una situación de gravedad institucional, pues se encuentra comprometido el desarrollo armónico y equilibrado de las relaciones entre la República Argentina y los Estados Unidos Mexicanos, al sostener que en dicho país no existen medidas adecuadas de protección de los niños que son víctimas de violencia familiar.

–III–

Con fecha 14 de junio del corriente año el Defensor General Adjunto de la Nación, se expidió en representación de la niña involucrada en el pedido de restitución internacional y, en concordancia con lo resuelto en todas las instancias judiciales de este proceso y lo sugerido por el Asesor de Familia del Quinto Turno, consideró que, a efectos de garantizar el interés superior de la niña M.O.P.S. correspondía rechazar el pedido de restitución internacional. Sin perjuicio de ello, opinó necesario trabajar sobre la revinculación de la niña con su padre. Asimismo, de manera subsidiaria y para el caso de no ser compartido su criterio por la Corte Suprema, solicitó la adopción de diversas medidas que indica, sobre la base de lo dispuesto por la “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, para el retorno de la niña.

–IV–

El recurso extraordinario federal es formalmente admisible por cuanto se encuentra en tela de juicio la interpretación y aplicación de instrumentos internacionales que regulan la restitución transnacional de personas menores de edad y la decisión impugnada es contraria al derecho que la recurrente pretende sustentar en sus cláusulas (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

Por otro lado, las particularidades de la cuestión en debate y la conexión inescindible de algunos aspectos fácticos con la hermenéutica de la materia federal, hacen razonable una revisión integral del problema traído a esta instancia de excepción.

–V–

En autos no se encuentra controvertido que la pareja conformada por M.V.S.M., nacida en la República Argentina y M.P.S., de nacionalidad mexicana, se conoció en el contexto de un viaje que M.V.S.M. realizó a los Estados Unidos Mexicanos, y que comenzaron a convivir en el año 2015.

Tampoco se debate que con fecha 30 de abril de 2016 contrajeron matrimonio y que, fruto de esa relación, nació la niña M.O.P.S. el 24 de enero de 2018.

Según relatan ambos progenitores, previo al traslado de M.V.S.M. a la Argentina junto con su hija, convivían en una residencia de propiedad de M.P.S. ubicada en Puerto Aventuras, Estado de Quintana Roo, México, tiempo durante el cual M.P.S. se dedicaba a la administración de sus hoteles.

Está igualmente aceptado que M.P.S. otorgó autorización para que M.O.P.S. viajara con su madre a la Argentina el 8 de febrero de 2020, a fin de acompañar a la bisabuela de la niña, que sería sometida a una intervención quirúrgica. En la autorización se consignó que el regreso a México debía ocurrir dentro del mes de febrero de ese año (fs. 171/vta.).

El egreso de M.V.S.M. en compañía de su hija ocurrió un día antes de lo previsto, luego de una fuerte discusión de la pareja, que derivó en que M.V.S.M., en compañía de su hija y su madre, acudiera al Consulado de Argentina en México solicitando asistencia y contención. La oficina consular les facilitó esa noche alojamiento (fs. 968).

Finalmente, no está en tela de juicio que M.P.S. inició el pedido de restitución antes de cumplirse el año del desplazamiento.

–VI–

Ante todo, cabe señalar que el caso está regido por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV), aprobada por la ley 25.358 y ratificada el 15 de febrero de 2001, y, a su vez, ratificada por México el 5 de octubre de 1994. Sin embargo, procede aplicar los criterios generales elaborados en torno a la Convención de La Haya, aprobado por ley 23.857 y ratificado el 1 de junio de 1991 (y por México el 20 de junio de 1991),

en cuyos propósitos y remedios básicos contra la sustracción transnacional de niños se alinea la CIDIP IV (Fallos: 334:1287, “F.R.”; 341:1136, “G.A., D.I.”).

La Convención de La Haya, en su artículo 3, dispone que el mecanismo de reintegro opera siempre que el traslado o la retención de un niño sean ilícitos y que ello ocurre cuando esto último se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que la persona menor de edad tenía su residencia habitual, inmediatamente antes de su traslado o retención.

No obstante ello, según lo estipulado en el artículo 13, inciso b, de la Convención de La Haya (y art. 11, inc. b, de la CIDIP IV), las autoridades del país de refugio no están obligadas a implementar el retorno, cuando se verifica “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”.

Tal como se adelantó, no es objeto de discusión que el centro de vida de la niña era en México y que fue retenida en la Argentina sin el consentimiento paterno.

Sin embargo, en mi opinión, en el presente caso, se encuentra configurada la excepción prevista en el artículo 13, inciso b, referido, que obsta a la restitución solicitada por el padre. Ello es así puesto que de los elementos obrantes en la causa surge que de operarse el retorno al Estado mexicano, la niña se vería sometida a un grave riesgo de exposición a un serio peligro físico y psíquico.

Esta excepción, como ha interpretado esa Corte Suprema, sólo procede cuando el traslado le irrogaría al niño un grado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente deriva de un cambio de lugar de residencia o de la ruptura de la convivencia con uno de los padres (Fallos: 318:1269, “Wilner”; 328:4511, “S.A.G.”). En tales condiciones, la norma prevé que

la restitución internacional cede ante el interés del niño a no ser sometido a un daño psíquico o físico intolerable, por lo que el derecho del progenitor requirente a que cesen las vías de hecho, queda subordinado al derecho del niño, niña o adolescente a ser protegido ante la existencia de esas circunstancias.

La Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Parte VI Artículo 13(1) (b), realizada en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado celebrada en el año 2020, establece pautas interpretativas para la excepción prevista en el artículo 13, inciso b, de la Convención de La Haya (<https://assets.hcch.net/docs/6de308cc-a588-4154-acc0-bf8c15c51b12.pdf>). Este instrumento contiene reglas de *soft law* (cf. punto 8) de carácter orientativo y consultivo, respecto del umbral de gravedad requerido para la procedencia de la excepción.

En este sentido, señala que el riesgo debe ser real y alcanzar cierto “grado de seriedad” para ser calificado de “grave” (punto 34). Agrega que “el daño al padre o a la madre ya sea físico o psíquico, podría, en ciertas circunstancias excepcionales, crear un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro físico o psíquico o lo ponga de cualquier otra manera en una situación intolerable.” De allí que, la excepción del artículo 13, inciso b, no requiere, por ejemplo, que el niño sea la víctima directa o principal del daño físico si existe prueba suficiente de que, como consecuencia del riesgo de daño dirigido al padre o madre sustractor, existe un grave riesgo para el niño (cf. punto 33).

Examinadas las circunstancias del caso desde la perspectiva rigurosa que imponen los criterios interpretativos enunciados, encuentro suficientemente demostrada la probabilidad de que el regreso a México conlleve un peligro cierto para la integridad psíquica y física de la niña.

En efecto, tal como surge de las constancias de la causa, la demandada realizó denuncias por hechos de violencia contra el actor en México,

que originaron la apertura de la causa FGE/C1R/SOL/12/6716/2019 en trámite ante la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos contra la Mujer y por razón de Género de Playa del Carmen (fs. 234). En esa oportunidad, la señora M.V.S.M. refirió que tanto ella como su hija sufrían una situación persistente de violencia intrafamiliar durante la convivencia con M.P.S. En particular, relató que el día 1 de diciembre de 2019, padeció un grave episodio de violencia. Explicó que, cuando se encontraba bañando a su hija, su marido ingresó, comenzó una fuerte discusión, él se desbordó con extrema violencia, y golpeó la mampara de vidrio del baño, cortándose seriamente el brazo, por lo que debió ser asistido por un vecino que le practicó un torniquete y posteriormente tratado en el hospital, en donde, además, le habrían tenido que suministrar sedantes para calmar el cuadro de ira. Indicó que todo ello sucedió en presencia de la niña (fs. 233/234 y muestras fotográficas obrantes en fs. 252/253).

Por otra parte, adquiere relevancia la intervención del Consulado Argentino en México que debió dar refugio el día 6 de febrero de 2020 y asistir a la señora M.V.S.M. a su hija y a su madre, hasta su traslado al aeropuerto para viajar a la Argentina el día 7 de febrero de 2020. Al respecto, es necesario señalar que la demandada manifestó que un día antes de emprender el viaje a Argentina con su hija y su madre, luego de una discusión con M.P.S., ante el temor de sufrir daños a su integridad y la de su hija, se presentó en ese organismo que le prestó alojamiento para que estuvieran resguardadas esa noche, tal como consta del informe del Consultado agregado a fojas 968.

Adicionalmente, luego de su llegada a la República Argentina M.V.S.M interpuso la denuncia por violencia en la Provincia de Córdoba. Derivado de ello, la Dirección General de Violencias de la Secretaría de Lucha contra la Violencia a la Mujer y Trata de Personas, organismo especializado perteneciente al Ministerio de la Mujer, en un informe de fecha 28 de mayo de 2020, concluyó: “consideramos que la Sra. S. M. y su hija O. de 2 años y 4 meses se

encuentran en una situación de alto riesgo de femicidio y/o de que se susciten nuevos episodios de violencia”. El informe da cuenta de que la señora M.V.S.M. indicó haber sido víctima de violencia económica, psicológica y física por parte de M.P.S., y se refirió a sucesos concretos que incluyeron amenazas de agresiones físicas, empujones, e incluso ahorcamientos (fs. 221/222). Además, al remitir el informe al juzgado, la Directora General de Violencias expresó “[l]as niñas y niños, hijas e hijos de mujeres víctimas de violencia de género son víctimas también, de esa violencia de género, y como tales deben ser atendidos y contemplados por el sistema de protección. Lo son porque muchas veces sufren agresiones directas, porque presencian la violencia entre sus padres y/o porque viven en un entorno de relaciones violentas y abuso de poder (...). La exposición a la violencia de género en el ámbito doméstico ha demostrado ser causante de efectos negativos para los hijos e hijas de las mujeres víctimas. Para estas niñas y niños, el maltrato que ejerce su figura de referencia paterna, hacia su madre, a quien está apegada, no es indiferente. Los expertos en infancia indican que, tienen una posición activa ante el maltrato, que ve perjudicada su vivencia diaria, perturbando su medio de vida. Se sienten protagonistas y responsables de los sucesos, generando en ellos acciones evitativas, internas que afectan su subjetividad (como la disociación, la anestesia emocional, el retraso cognitivo, entre otras) y externas (mintiendo, anteponiendo su cuerpo a la violencia, etc) poniendo muchas veces, su vida en riesgo. El crecimiento en un ambiente con características violentas, se convierte en referencia para su modelo de relaciones interpersonales” (fs.971).

A lo expuesto hasta aquí, cabe adicionar las consideraciones efectuadas acerca de la dinámica familiar general y la conflictividad creciente en la pareja, por el Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario del Poder Judicial (CATEMU), en un informe interdisciplinario confeccionado en la presente causa de restitución internacional, sobre la base de entrevistas tanto a la señora M.V.S.M. como al señor M.P.S., en el que se determinó que del relato de ambos,

podía inferirse que la convivencia adquirió matices perturbadores, con “*situaciones de desborde y descontrol de parte del Sr. P., a los que la niña se encontró expuesta*”. El informe también alude a un progresivo control y posición de tintes dominantes de parte de M.P.S. (fs. 972/974).

La naturaleza de los señalamientos transcritos conduce a tener por acreditado en autos el peligro de connotaciones estrictas que refiere la Convención de La Haya.

En este contexto, cabe recordar la obligación general del Estado de actuar con debida diligencia en la prevención de riesgos ciertos y particularizados de violencia en perjuicio de personas en situación de extrema vulnerabilidad. Esta obligación se proyecta, a su vez, en mandatos específicos sobre la administración de justicia al momento determinar, en base a la valoración de la prueba y la ponderación de las circunstancias particulares de una causa, la existencia de un peligro de violencia que afecta a un niño o niña en caso de procederse a su restitución internacional. Ello, en virtud de las características especiales que presentan los conflictos de esta índole, tales como la celeridad de su resolución, la inexistencia de testigos presenciales, y las dificultades que experimentan las víctimas para denunciar la agresión (Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -que fue ratificada por México en junio de 1998-, art. 1; puntos 37, 38, 57 y 58 de la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Parte VI Artículo 13(1)(b); Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Fornerón e hija vs. Argentina”, sentencia del 27 de abril de 2012, en esp. párrs. 45 y 72; “Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, sentencia del 8 de marzo de 2018, en esp. párr. 153 y 194; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Violencia y Discriminación contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes”, 2019, “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas

de Violencia en las Américas”, 2007, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 13, párrs 4, 19, 37, 39 y 46).

En ese marco conceptual y a partir de los elementos probatorios referidos, considero que se verifican los extremos que según la Convención justifican la excepción a la restitución internacional, pues se ha logrado establecer la existencia de un grave riesgo de que la niña resulte expuesta al peligro de sufrir violencia, o bien a afrontar una situación intolerable, y corresponde al sistema de justicia actuar con diligencia para prevenir la materialización de ese riesgo.

–VII–

Finalmente, considero oportuno recordar que en el presente procedimiento no se juzga sobre la modalidad del cuidado personal de la niña, ni sobre el derecho y deber de comunicación con ella.

En relación con ello, cabe destacar que, de acuerdo a las constancias de la causa, el señor M.P.S cuenta con recursos económicos para litigar ante los estrados argentinos, tal como surgió con nitidez en el curso de estas actuaciones.

Además, estimo prudente reiterar la preocupación puesta de manifiesto en casos anteriores, haciendo extensiva la recomendación que ambos padres recurran a la asistencia profesional en el área de la salud, sostengan a su hija con el mayor de los equilibrios y la responsabilidad que requiere la delicada situación en la que está inmersa.

–VIII–

Por consiguiente, opino que corresponde confirmar el pronunciamiento recurrido.

Buenos Aires, 5 de julio de 2021.

ABRAMOVICH
COSARIN
Victor Ernesto

Firmado digitalmente por
ABRAMOVICH COSARIN Victor
Ernesto
Nombre de reconocimiento (DN):
serialNumber=CUIL 20165543387,
c=AR, cn=ABRAMOVICH COSARIN
Victor Ernesto
Fecha: 2021.07.05 13:04:24 -03'00'