

Expte. Nº 159.161 – "E. H. M. c/ B. M. S. s/ EXHORTOS Y OFICIOS" - CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA (Buenos Aires) – SALA TERCERA - 17/07/2015

En la ciudad de Mar del Plata, a los 17 días del mes de julio del año dos mil quince, se reúne la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario, a efectos de dictar sentencia en autos: "EL H. M. c/ B. M. S. s/ EXHORTOS Y OFICIOS" - Expte. Nº 159.161, en los cuales, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal, resultó que la votación debía ser en el orden siguiente: Dres. Rubén Daniel Gérez y Nélida Isabel Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 342/371?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. RUBÉN D. GÉREZ DIJO:

I.- Antecedentes:

A fs. 50/52 se presenta la Dra. M. del C. S. de C., en su carácter de Directora de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Intenacional y Culto y como Autoridad Central para la aplicación del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Ley 23.857) solicitando la restitución del niño H. El H., la cual es solicitada por su padre el Sr. M. El H.. Señala que la localización del niño ha sido confirmada por Interpol, en la calle B. Nº ... de la ciudad de Mar del Plata.

Informa que tanto la República Argentina como el Reino de Belgicá -lugar de residencia del Sr. M. El H.- son parte del citado convenio multilateral, que en su art. 1 establece que su finalidad consiste en lograr la restitución de los menores trasladados o retenidos en forma ilícita en cualquier Estado contratante.

Solicita que se radique el presente proceso ante el juzgado que resulte competente en la ciudad de Mar del Plata, a fin de que se ordene la inmediata restitución del niño al Reino de Bélgica, que es su país de residencia habitual.

A fs. 55 el ex Tribunal de Familia Nº 2 recepciona la rogatoria y corre traslado de la solicitud efectuada, por el plazo abreviado de dos (2) días, a la parte contraria. Asimismo fija audiencia a fin de que comparezca ante la jueza, el equipo técnico y la Sra. Asesora de Incapaces, la progenitora del niño, la Sra. M. S. B., y el menor H. El H..

A fs. 95/96 obra glosada el acta de la audiencia llevada a cabo con el menor y su madre, quien se presenta con el patrocinio letrado del Dr. Hugo Alberto Mastromarino. Se pone en conocimiento de la Sra. M. B. la recepción del exhorto diplomático y de sus alcances. La progenitora pide el rechazo del pedido de restitución por entender que no se dan los supuestos de los arts. 13 y 20 de la Convención y porque también se pondría en grave peligro la seguridad del niño que ya ha sido amenazado por su padre en reiteradas oportunidades.

A fs. 97 el Tribunal de Familia Nº 2 procede a unir por cuerda los autos conexos caratulados "B., M. S. s/ Materia a Categorizar" (Expte. Nº 17455/11) de trámite por ante el mismo Tribunal.

A fs. 102 se presenta la Dra. A. V., Asesora de Incapaces a cargo de la Asesoría Nº 3 Departamental contestando la vista conferida a fs. 97 y dictaminando que considera pertinente que se provea la prueba ofrecida por la Sra. B. a fs. 86/87 en la causa "B., M. S. s/ Materia a categorizar".

A fs. 103/104 el Tribunal de Familia Nº 2 dispone la apertura a prueba por el plazo de cuarenta (40) días, a los fines indicados por el art. 13 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, y en orden a lo normado por los arts. 496 inc. 2º y 838 del C.P.C. Asimismo, provee la prueba ofrecida por la accionada.

A fs. 331 el titular del Juzgado de Familia Nro. 4, el Dr. Facundo Dominoni, ordena que en atención al estado de autos pasen a resolver.

II. La sentencia recurrida:

A fs. 342/372 el Sr. Juez de Primera Instancia dicta sentencia rechazando el pedido de restitución internacional del niño H. El H. a la República de Bélgica.

Si bien considera que la sustracción por parte de la progenitora fue ilícita -desde que la radicación del menor en la Argentina no contaba con el asentimiento de su padre-, igualmente desestimó el

requerimiento efectuado en los términos de la "Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores" por encontrar acreditada la excepción prevista en el inc "b" del art. 13 del citado Tratado.

Para resolver de tal forma entiende que con la prueba rendida "...se ha acreditado cabalmente la posibilidad de un riesgo grave, serio y no meramente hipotético o eventual, al extremo de proyectar que la procedencia del pedido de REINTEGRO claramente provocará perturbación psico-físico-emocional del niño H., superior al derivado de la ruptura de la otrora convivencia con su progenitor en la Republica de Bélgica...".

III. Recurso de Apelación:

A fs. 381 la Defensora Oficial, titular de la Unidad Funcional de Defensa N° 3, Dra. Lucía Rodríguez Fanelli interpone recurso de apelación y lo funda a fs. 421/431, agravios que son respondidos por la contraria a fs. 434/436.

Su queja gira en torno a que el a quo haya tenido por configurada la excepción que establece el artículo 13, en su inciso b, de la Convención Internacional de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores para rechazar el pedido de restitución internacional sin contar con prueba suficiente y concluyente sobre el "riesgo grave" o "peligro grave físico o psíquico" que puede significar el reintegro del niño H. al lugar que sus padres habían recientemente elegido para establecer su centro de vida, la Republica de Bélgica.

Sustenta su agravio en que la sentencia en crisis atribuyó elevado grado de certeza a la prueba aportada por la Sra. M. S. B. que fue quien sustrajo intencionalmente al niño del contacto paterno y lo trasladó a la República Argentina vulnerando todos los derechos del menor.

Señala que al valorar la prueba se han confundido los hechos propios de una relación conyugal deteriorada, con los hechos configurativos de la excepción que sirvió al sentenciante para rechazar la acción restitutoria internacional.

Considera que la prueba testimonial fue erróneamente valorada por el juez de grado. Indica que a pesar de que el sentenciante no contaba con declaraciones testimoniales que refirieran su conocimiento personal respecto al Sr. El H. (o que hubieran podido observar su interacción con el niño), concluyó -a su criterio equivocadamente- que madre e hijo se encontraban en un círculo de violencia ejercido por el padre. Más aún, señala la apelante, si se verifica que ello resulta contradictorio con el informe relacionado con la inexistencia de antecedentes penales del Sr. EL H. , agregado a fs. 177/180.

Asimismo, la Defensora recurrente manifiesta que aún cuando no hay pruebas de actitudes paternas violentas sobre el niño que conlleven a la configuración de un riesgo grave para él en caso de regresar con su padre, insiste en que en el decisorio en crisis se ha arribado a una conclusión equivocada confundiendo los hechos propios de una relación marital deteriorada con los extremos exigidos por la excepción del inc. "b" del art. 13 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Luego de efectuar un exhaustivo análisis de la prueba testimonial producida en el sub lite argumenta que "...la prueba testifical no alcanza para formar la convicción judicial sobre los extremos de la excepción que sirvió para rechazar el pedido de reintegro..." agregando que "Tampoco constituye prueba concluyente la narrativa de las circunstancias vividas por la pareja en España...pues ellas también descalifican a la demandada, al haber aceptado esta forma de vida..."

Por el contrario, alega que el interés del niño ha sido vulnerado por la accionada con su actitud que implicó desplazarlo del lugar de su residencia habitual, del medio en que se desarrollaba la relación socio familiar, de su centro de vida y del lugar donde tenía sus afectos más importantes.

Finalmente, sostiene que la excepción del art. 13 inc. b de la Convención no encuentra sustento en autos para tener por probado que exista un riesgo grave de que el reintegro a la República de Bélgica pudiera exponer al niño a un serio peligro físico o psíquico, o que de cualquier otra manera lo coloque ante una situación intolerable. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación an apoyo a su postura.

IV. Tratamiento de los agravios:

Adelanto que, en mi opinión, la solución adoptada por el juez de grado se adecua a las circunstancias particulares del presente caso y, por consiguiente, debe confirmarse.

Habida cuenta que la solución que propongo se relaciona con los avatares por los que atravesó el presente pedido de restitución internacional de menores, resulta conveniente repasar los principales antecedentes del caso.

Antecedentes:

Con fecha 7/9/2009 nace en Terrasa, España, el niño H. El H. siendo sus padres la señora M. S. B. y el señor M. El H., quienes habían contraído matrimonio poco tiempo antes (el 24 de julio de 2009 -ver certificado de matrimonio agregado a fs. 22 de la causa "B. Maricial s/ materia a categorizar" que se encuentra anejado por cuerda a las presentes actuaciones).

El 12 de octubre 2010 la familia B.-El H., según lo afirma la requerida, decide trasladarse a Bélgica.

Con fecha 28/1/2011 el Sr. M. El H. autorizó a la Sra. B. a dejar Bélgica con su hijo durante el período del 17/2/2011 al 31/3/2011, para poder visitar la familia de la Sra. B. que reside en la Argentina (la copia certificada de la "venia de viaje" se encuentra agregada a fs. 36 de la causa que obra por cuerda).

Tras obtener la autorización para viajar con su hijo a la Argentina, la Sra. M. B., ante la supuesta situación de violencia familiar que ponía en riesgo a su hijo y a ella misma, se retiró del lugar que ocupaba junto al Sr. El H., y se fue con su hijo a una casa de acogimiento (La M. M. -Bruselas-).

Con fecha 8/3/2011 M. y el menor viajan a nuestro país, radicándose en la ciudad de Mar del Plata, mudándose luego a la ciudad de Rosario, donde habría establecido su nuevo hogar. Así lo informó la Sra. B. en la oportunidad en que acompañó a su hijo a la audiencia llevada a cabo el día 30 de junio pasado ante este Tribunal de Alzada.

El 3/5/2011, el Sr. M. El H., con posterioridad a haber efectuado una denuncia por la desaparición de su esposa e hijo, inició el pedido de restitución internacional de H. El H. ante la autoridad central de la República de Bélgica de acuerdo al procedimiento establecido por la Convención de La Haya de 1980 (Cfr. fs. 14/20, fs. 22/23, fs. 32/33, fs. 95/96).

A fs. 53 obra constancia de recepción, por parte de la Receptoría General de Expedientes de esta ciudad de Mar del Plata, del oficio remitido por la Autoridad de Aplicación del Convenio Multilateral de Restitución Internacional de Menores (Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto -fs. 51-).

Finalmente, el requerimiento internacional quedó radicado ante el Tribunal de Familia N°2 de Mar del Plata, con fecha 12 de julio de 2011.

La decisión final de primera instancia, cuyo contenido ya se describió, fue emitida después de producida la prueba ofrecida por la Sra. B. a los fines de justificar la existencia de una de las causas que excepcionan el reintegro internacional. Ello acaeció el 1 de julio de 2014.

Luego, ante la comunicación del pronunciamiento recaído por vía diplomática, se dió intervención a la Defensoría Oficial en turno, ya que el Sr. El H. había manifestado su decisión de apelar, petición que fue satisfecha por la Defensoría Oficial presentando el recurso y su fundamentación a fs. 381 y 421/31, respectivamente.

En el mes de mayo del corriente año fueron elevadas las actuaciones (previa sustanciación de los fundamentos del recurso con la Sra. B. y la Asesoría de Incapaces) quedando en estado para resolver la apelación deducida por la Defensoría Oficial luego de haber oído al menor, el 30 de junio del corriente año.

Seguidamente, y antes de ingresar en la consideración específica de los agravios vertidos por la Defensoría Oficial, tal como lo hizo el juez de grado, encuadraré el caso en la normativa que resulta aplicable.

Aplicabilidad al caso de las previsiones del Convenio Multilateral sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980):

La presente causa trata de un pedido de restitución internacional de un niño que no ha arribado al límite etario establecido en el Tratado (16 años), por lo que dicha situación se encuentra regida por las pautas establecidas en la Convención de La Haya de 1980 (de ahora en más CH 1980), ratificada en nuestro país por ley 23.857.

El tratado denominado "Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores" (CH 1980) da respuesta a la cuestión relacionada con el regreso de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita; desarrollo que se justifica por la razón evidente de que la verdadera víctima de una sustracción de menores es el propio niño, debiendo valorarse que, de conformidad con lo dispuesto en su artículo primero, el Convenio no pretende resolver el problema de la atribución del derecho de custodia, sino tan solo evitar que, por las vías de hecho, se concreten actos contrarios al interés superior del menor. Más concretamente, que éste sea arrancado de su centro de vida, sin el consentimiento de quien ejerce su custodia, en forma exclusiva o compartida (Arts. 1º, 3, 5 y ccdds. de la Convención de La Haya; Cfr. Informe Dyer, pág. 21; D. Adair Dyer, Secretario de la Oficina Permanente, Director Científico de la comisión redactora del CH 1980).

De acuerdo a este régimen, verificada la retención o el traslado ilícito, la CH 1980 habilita el procedimiento de restitución "inmediata" de los menores de 16 años, que podrán requerir las personas

legitimadas a tenor del art. 8º, sea personalmente (art. 29) o a través de la Autoridad Central que establece el art. 6º como órgano encargado del cumplimiento de las obligaciones del Convenio.

Las Autoridades Centrales tanto del lugar de residencia habitual del menor como del país donde fue trasladado, deberían actuar asistiéndose mutuamente (el espíritu de la Convención lleva ínsito un sentido de colaboración y confianza entre las autoridades de los países y de respeto mutuo por sus sistemas jurídicos), con las facultades y las obligaciones de los arts. 7º a 11, 15, 24 y 26 a 28 de la CH 1980.

La Convención de la Haya, debe subrayarse, no aparece como una solución aislada a la problemática, sino que lo allí dispuesto también encuentra su respaldo en otro tratado internacional ratificado por nuestro país.

Me refiero a la Convención sobre los Derechos del Niño, la que específicamente acoge la directiva que afirma "1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y (la) retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión de acuerdos existentes..." (Art. 11 Convención sobre los Derechos del Niño).

Volviendo a la Convención de La Haya, corresponde aclarar que la clara delimitación del "objeto" del Convenio, pone de relieve la necesidad de que los Estados Parte, al recepcionar rogatorias enviadas por otro de ellos, actúen acelaradamente para evitar que el "secuestro" internacional concrete una situación de hecho cuya reversibilidad se torne de difícil resolución. Por tal motivo, la jurisprudencia de diversos tribunales ha puesto el acento en que el juzgamiento de las excepciones que el propio convenio establece, se analicen con carácter "restrictivo" (Así se lo expresa en el informe explicativo de la Convención de La Haya, conocido como "informe Pérez Vera", citado por Rubaja en "Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino" Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2012 p. 497).

Efectivamente, la propia convención establece cuales son los supuestos de excepción en los que el tribunal competente del Estado receptor de la rogatoria podría negar la restitución. Lógicamente, para que ello ocurra es indispensable que se plantee y acredite alguna de las situaciones que la CH 1980 expresamente prevé, recayendo la carga de la prueba sobre las personas que el art. 13 de la CH legitima para oponerse a la restitución (Cfr. Garcia Quiroga, E.; Restitución Internacional de Menores. La doctrina de la Corte Suprema y su aplicación en un fallo reciente, pub. en DJ del 30/10/2013, pág. 9, cit. Online: AR/DOC/3222/2013).

De todos modos, todo lo expuesto, no puede hacer perder de vista el fin último que inspiró la aprobación de citado convenio: el interés superior del menor, por lo que ello -a mi criterio- es lo que debe priorizarse al analizar cada caso particular.

En tal sentido, de manera elocuente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que "En la jerarquía de valores que sustenta la Convención de La Haya, el primer lugar lo ocupa el interés superior del niño, que es incluso preeminente frente a los intereses personales y muy dignos de protección del guardador desasido por las vías de hecho..." (C.S.J.N., in re "W.E.M. c/ O.M.G." del 14/06/1995, pub. en La restitución Internacional de Niños; Tagle de Ferreyra-Forcada Miranda-S. de C., Edit. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2011, pág. 37).

Es este enfoque, y no otro, el que inspira mi voto.

En el sub-lite se puede apreciar que se trata de un menor que tenía un año y medio de vida al momento de ser trasladado por su progenitora desde un Estado contratante del convenio (Bélgica, donde tenía su residencia), a otro país contratante, Argentina. Queda fuera de toda discusión que esa mudanza fue realizada en violación de los derechos de custodia compartida que tenía el Sr. M. El H., legalmente atribuidos y ejercidos efectivamente al momento del traslado ilícito, puesto que la permanencia en Argentina, se había autorizado por un tiempo acotado, y ello no fue respetado por la Sra. B..

Excepción a la regla que impone la restitución por retención ilícita:

No obstante lo anterior, al contestar el pedido de restitución, la madre del menor planteó la excepción prevista en el art. 13 inc. b de la CH 1980.

La excepción aludida establece que el menor no será restituido "... si la persona, institución u otro organismo que se opone demuestra que: b) 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..." (textual)

Sin perjuicio de la causal alegada por la Sra. B., debe repararse en que el CH 1980 agrega una circunstancia que puede ser valorada oficiosamente por el tribunal al disponer: "...La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a obtener la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones..." (textual).

Aplicabilidad al caso de la excepción que prevé el inc. "b" del art. 13 del CH 1980:

Los agravios de la Sra. Defensora Oficial -quien actúa en representación de los intereses del Sr. El H.- se dirigen, fundamentalmente, a señalar que el juez de grado no habría valorado correctamente la prueba que la Sra. B. produjo para demostrar que el menor pudiera encontrarse, al momento en el que residía en Bruselas, frente a un peligro grave físico o psíquico.

Concretamente sostuvo: "...En el marco del agravio principal, genera menoscabo que el juez a quo fundara la citada excepción convencional (art. 13 inc. "b") en la versión de los hechos relatada unilateralmente por la demandada M. Sonio B., sin advertir que ni los hechos denunciados ni la prueba aportada refieren a conductas agresivas o violentas del padre en perjuicio del niño que en el momento del traslado tenía dos años de edad. En consecuencia el agravio se produce porque la sentencia atribuyó elevado grado de certeza a prueba aportada por la misma persona que intencionalmente sustrajo al niño del contacto paterno y en forma premeditada lo trasladó a la República Argentina, donde pensaba radicarse para no regresar, vulnerando sus derechos....Me agravia que al valorar la prueba en sentencia se hayan confundido los hechos propios de una relación conyugal deteriorada, ajena a este planteo judicial, con los configurativos de la excepción que sirvió al sentenciante para rechazar la acción restitutoria internacional...." (textual fs. 422/423).

Como podrá observarse, los agravios apuntan a la ausencia de una prueba directa respecto a que su representado haya actuado con violencia física o psíquica respecto al menor, y, al considerar que ese extremo no fue demostrado, deduce que la restitución ha sido erróneamente denegada. Considero que el enfoque propuesto por la recurrente no es el correcto.

La existencia de una prueba directa no ha sido impuesta por la convención. A mi criterio, el juez puede - en el marco de la sana crítica- valorar la prueba en su conjunto y, en base a ello, elaborar una presunción judicial que corrobore los hechos alegados por la madre (argto. arts 163 inc. 5º y 384 del CPC).

No puede identificarse el carácter "restrictivo" apuntado anteriormente, con el tipo de prueba en la que el juez puede apoyarse para concluir en la veracidad de los dichos de la progenitora.

Es cierto que ninguno de los testigos percibió a través de sus sentidos los actos de violencia en sí mismos a los que el Sr. El H. sometía a su familia, pero las reglas de la lógica y las máximas de experiencia que rigen en nuestro orden procesal, sí permiten formular la siguiente presunción judicial: Aquellos pueden tenerse por acaecidos en base a las circunstancias que sí pudieron corroborarse a través de la declaraciones testimoniales y el resto de la prueba (argto. arts. 384, 424/56, 163 inc. 5 y concds. del CPC).

Efectivamente, de las pruebas surge lo siguiente:

-Que la Sra. B. tuvo que aceptar la ayuda económica ofrecida por personal de la embajada argentina para poder alimentar a su hijo (ver a fs.200, declaración del Sr.Beretervide, Secretario de la Embajada Argentina con sede en Bruselas).

-Que el traslado a Bruselas tuvo como antecedente la permanencia ilegal del Sr. El H. en España (ver citación policial por ocupación ilegal de vivienda, formulada por el Municipio de Gugat del Valles - Catalunya, España- el que se encuentra agregado a fs. 47 de la causa que obra por cuerda);

-Que M. B. tuvo que refugiarse, junto a su hijo, en un hogar o albergue de la ciudad de Bruselas denominado "La M. M." donde explicó la situación de gravedad que atravesaba su vínculo matrimonial con Sr. El H., como así también el riesgo que corría su hijo H. (ver copia de declaración agregada a fs.75/80 y constancia de acogimiento por "La M. M." el día 20 de febrero de 2011, esta última agregada a fs. 29/30 de la causa que obra por cuerda).

-Que la inmediata recepción por la entidad denominada "M. M." se calificó como "urgente" en razón de violencias conyugales (Declaración testimonial de la Sra. Ghislaine, en su calidad de directora de la M. M., agregada a fs. 304/305).

-Que la declaración testimonial de la Sra. A. V. se ajusta al relato de la Sra. B., quien manifiesta que se desempeña como asistente social de la Sección Consular de la Embajada de la Argentina en Bruselas, y que cuando entrevistó a la Sra. M. B. su estado físico y psicológico eran malos. También relató que en cierta oportunidad el niño le refirió que "Papá es malo". La testigo también dijo que de acuerdo a las fotos que vió, interpreta que los actos de violencia que ejercía el Sr. M. El H. sobre su esposa consistían en golpes, agresiones verbales, y humillaciones, como así también que consumía drogas delante de ella y del niño y que en varias oportunidades le habría gritado al menor. También explicó cuáles fueron las instituciones que asistieron a M. B. y a su hijo, subrayando, incluso que la "M. M." hizo una excepción para que la nombrada pudiera permanecer allí a resguardo. Finalmente explicó que se hizo una colecta entre mujeres residentes en Bélgica para poder comprar los pasajes que la madre de H. necesitaba para viajar a la Argentina (ver acta de fs. 202/205)

-Que, de acuerdo a lo dictaminado por la perito psicóloga, el discurso de la madre posee coherencia en el modo y contenido argumental, como así también en el contenido emocional, por lo que aquélla califica a su relato como "veraz", no observando conducta manipuladora (ver informe de la perito psicóloga Silvina Codias agregado a fs. 108/109 de las presentes actuaciones).

-Que el Sr. M. El H. no poseía ningún empleo (ver documento de fs. 13 en el que se deja constancia de su condición de desempleado ante la autoridad Belga);

-Que la situación precaria de vivienda en la que se encontraba el grupo familiar surge de los videos agregados a fs. 78 y 79 de la causa agregada con las presentes actuaciones, en los que, incluso se puede observar la presencia del Sr. M. El H. (conclusión a la que arribo por sus coincidencias físicas con las fotografías agregadas por él junto al requerimiento de restitución internacional -ver fs. 24/25 de estas actuaciones).

-Que en la evaluación psicológica efectuada al niño H., el experto expresa que, al consultarle por su padre, el menor refiere que éste "...vive muy lejos...; "... que no se acuerda cómo ni quien es él..." y "que hace mucho que no hablo con él...". Luego al consultarlo respecto a si quiere vivir con su padre, haoroun afirma, en forma rotunda: "no" (fs. 335 vta- informe del Lic. Moisano-).

-Que el mismo profesional (Lic. Moisano) concluyó: "Respecto de su padre parece poseer un saber referencial que se torna cada vez más difuso, debido a que, paulatinamente, va perdiendo el precario sostén que mantenía el padre a través de comunicaciones vía telefónica y/o red social. Debido al paso del tiempo H. va consolidando pautas culturales propias del ámbito donde se desarrolla, quedando relegado de lo que pudiese aportar el padre....Resultaría adecuado pensar en que el niño debiera poder acceder a ambos padres para un mejor crecimiento y que al momento no se cuenta con los recursos necesarios para garantizar este derecho, debido al espacio vacante que deja el Sr. El H. M. al interrumpir el ya mencionado (y precario) régimen de comunicación que sostenía con su hijo vía telefónica; e mails; redes sociales....En caso de pensar en un contacto con el padre , resultaría, al menos prudente, evaluar la inclusión de un dispositivo de régimen de revinculación debido a que entre el niño y el padre no existe familiaridad ni significaciones compartidas. Desconocer esto último resultaría iatrogénico, de impacto negativo para el desarrollo psíquico para el desarrollo psíquico del niño, por lo cual resulta una alternativa NO ACONSEJABLE por este perito..." (textual fs. 335/336).

-Que las manifestaciones efectuadas por H. al Perito psicólogo en el mes de junio año 2014, son contestes con las que realizó ante este Tribunal el 30 de junio pasado (año 2015), oportunidad en la que agregó que si existiera la posibilidad de viajar a Bélgica junto con su mamá para ver a su padre, no lo haría "...porque le gusta más Argentina y porque tiene miedo de que el Sr. M. lo robe... y porque su mamá se pondría triste..." (ver fs. 451).

-Que al momento de ser entrevistado por este Tribunal de Alzada el menor contaba con 5 años y 9 meses de edad (ver certificado de nacimiento obrante a fs. 41 de la causa que obra por cuerda).

-Que de la prueba rendida también surge que el niño se ha integrado al nuevo medio (Argentina), circunstancia que no solo surge del informe ambiental practicado por la Lic. Compta a fs. 116/118 ; sino también por lo expresado por el perito psicólogo Moisano (fs.335/336), y de la documental agregada a fs.453 en la que da cuenta de su actividad y rendimiento escolar. Y, por último, por la propia percepción que he tenido junto a mi colega de Sala en la audiencia llevada a cabo ante este tribunal el día 30 de junio pasado.

En virtud de todos los medios de prueba referidos en los párrafos precedentes, y aunque -en parte- los testigos no reflejen haber presenciado los actos de violencia física o verbal que el Sr. M. El H. habría infligido a la Sra. B. y/o a su hijo, puedo concluir, con el carácter de presunción judicial, que éstos -como ya dije- existieron y, por consiguiente, la reinserción del niño en el contexto socioambiental y familiar que tuvo en la República de Bélgica, pondría al niño en la situación descrita por el inciso "b" del art. 13 de la convención. Es decir, se encontraría expuesto a un grave peligro físico y psíquico, que pone al menor en una situación intolerable.

Efectivamente, el padre se encuentra desempleado; y no cuenta con una vivienda que garantice las condiciones de dignidad necesarias para que H. crezca con plena salud física y psíquica; a ello se suma una circunstancia de ineludible ponderación -han pasado más de cuatro años desde que su madre lo trajo a la Argentina, y en la causa no obran constancias de que -al menos en los últimos años- el Sr. M. haya tenido comunicación con el niño, lo que ha desdibujado notablemente la relación padre-hijo, cuyo restablecimiento de ningún modo podría conseguirse por intermedio de un acto que el niño -de acuerdo a su edad y sus propias manifestaciones- viviría como violento, y con un temor suficiente como para considerar que ello pondría en riesgo su salud psíquica.

Por otro lado, quiero resaltar que el resultado de la prueba no ha sido leído en función de la comprobación de hechos pasados (los que podrían servir sólo como justificación moral de la actitud asumida por la Sra. B. al quebrantar el límite temporal establecido en la autorización paterna), sino fundamentalmente en los efectos que podría provocar en la salud del menor su regreso compulsivo a la República de Bélgica.

Paralelamente, y pese a los agravios expuestos por la Defensora Oficial, no coincide con que fuera necesario contar con referencias probatorias de actos de violencia "contra" el menor. Es indudable que éste -por su corta edad- estaba expuesto a la debilidad y padecimiento de su madre, lo que indirectamente lo colocaba a él como víctima de las desaveniencias conyugales devenidas en actos de violencia.

Es que la configuración de la causal en análisis en cuanto al peligro psíquico "...apunta a todas aquellas situaciones capaces de afectar de modo importante la correcta formación emocional o intelectual del Niño. Igualmente, que de existir un riesgo serio y objetivamente constatable de que el retorno del menor secuestrado pueda implicar un peligro físico o psíquico para su persona, la excepción será de aplicación..." (Rubaja, Nieves; Un "caso difícil" fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de restitución internacional de niños, pub. en SJA 26/6/2013, pág. 65; JA 2013-II; citando a Santos Belnadro, Rubén; Minoridad y ancianidad en el mundo actual, Edit. Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, 2007, pág. 228).

En tal sentido nuestro Máximo Tribunal Nacional al referirse a esta excepción ha señalado que: "...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 en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Esta 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..." (C.S.J.N. in re "W. E. M. c. O. M.G."; Fallos 318:1269, consid. 18 del 14/6/1995; citado por Nieves Rubaja, Restitución Internacional de Niños; en la obra: Maximos precedentes - Derecho de Familia, Directoras: Herrera - Kemelmajer de Carlucci - Lloveras, T. III, Edit. La Ley, Cdad. de Bs. As., 2014, pág. 539).

Por último, aunque pueda ponerse en duda si el menor cuenta con un grado de madurez suficiente para tener en cuenta su opinión, entiendo que en el presente caso -dada la lucidez que reveló el menor en la entrevista que mantuvo con los miembros de este tribunal- no debe descartarse en el caso la existencia de otra de las excepciones que refiere el mentado art. 13 de la Convención, en tanto prevé la posibilidad de exceptuar el regreso si el niño manifiesta su oposición a la restitución, al comprobarse su grado madurativo para tener en cuenta su deseo en tal sentido. Más aún si se tiene en consideración que el niño ya se encuentra integrado al nuevo medio (Argentina) por el largo tiempo transcurrido desde su traslado hacia la Argentina (argto. art. 12 y art. 13 in fine de la CH 1980)

De todos modos, insisto, aunque el tema posea aristas especiales, lo cierto es que el "interés superior del menor", y las comprobadas circunstancias de potencial riesgo físico y psíquico de Haorun; sumado al largo tiempo que demoró la tramitación de las pruebas (lo que contribuyó negativamente al sostenimiento del vínculo con su padre), aconsejan, en este difícil caso, mantener la desestimación del pedido de restitución.

No obstante lo anterior, y priorizando el mismo interés superior que aconseja la no restitución, estimo -con respaldo en el informe del perito psicólogo Moicano- que en la instancia de origen se evalúe, al margen de las presentes actuaciones, la posibilidad de impulsar -a requerimiento de la Sra. Defensora Oficial que representa al Sr. M. El H. o de la propia Asesora de Incapaces- algún dispositivo de revinculación paterno filial, que permita a H., más allá de la distancia física, poder restablecer la relación con su padre, ya que - pese a las circunstancias valoradas en esta causa- resultaría conveniente para el desarrollo psíquico del niño, evitando que la figura paterna permanezca o se consolide como una "ausencia" (cfr. art. 59 del C.Civil; art. 38 de la ley 14.442).

Por todo lo expuesto, VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la misma cuestión la Sra. Juez Dra. Nérida I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. RUBÉN D. GÉREZ DIJO:

Corresponde: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el actor a fs.381, confirmando la sentencia de fs. 342/71; II) Imponer las costas de Alzada al recurrente vencido (art. 68, 2da parte, del C.P.C), sin perjuicio de la plena vigencia de lo dispuesto por el art. 26 del CH 1980 Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. III) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del dec.-ley 8904/77).

ASÍ LO VOTO.

La Sra. Juez Dra. Nérida I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. En consecuencia se dicta la siguiente;

S E N T E N C I A

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo: I) Se rechaza el recurso de apelación interpuesto por el actor a fs.381 , confirmándose la sentencia de fs. 342/71; II) Se imponen las costas de Alzada al recurrente vencido (art. 68 2da parte del C.P.C), sin perjuicio de la plena vigencia de lo dispuesto por el art. 26 del CH 1980 Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; III) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del dec.-ley 8904/77).

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE O POR CÉDULA. Remítase a la Defensoría y Asesoría intervinientes. Transcurridos los plazos legales, DEVUÉLVASE. Habilítense días y horas para las diligencias ordenadas (ar. 135 inc. 12 y 157 del C.P.C.).

Fdo.: RUBÉN D. GÉREZ - NÉLIDA I. ZAMPINI

Sebastián P. Facioni
Auxiliar Letrado

Citar: elDial.com - AA90E3