

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA PRIMERA

PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 88

CUIJ: 13-03651361-0/2((010302-54339))

G. L. EN J°2528/9/6F-54339 G. L.S PSH T. G. P. P/ RESTITUCION P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL

105538084

En Mendoza, a trece días de Mayo de dos mil veintiuno, reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° **13-03651361-0/2 (010302-54339)**, caratulada: **“G. L. EN J°2528/9/6F-54339 G. L.S PSH T. G. P. P/ RESTITUCION P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL”**.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 140 y 141 del CPCCTM y teniendo en cuenta las facultades conferidas por Acordada n° 5845, en el acto del acuerdo, quedó establecido el siguiente orden de estudio en la causa para el tratamiento de las cuestiones por el Tribunal: **primero: DRA. MARÍA TERESA DAY; segundo: DR. JULIO RAMON GOMEZ; tercero: DR. PEDRO JORGE LLORENTE.**

ANTECEDENTES:

A fojas 10/32 vta., el Sr L. G., por apoderada, interpone recurso extraordinario provincial contra la resolución dictada por la Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Primera Circunscripción Judicial, a fojas 2223/2226 de los autos n° 2528/9/6F-54339, caratulados: “G. L. PSH T. G. P. P/ RESTITUCIÓN”.

A fojas 43 se admite formalmente el recurso deducido y se ordena correr traslado a la parte contraria. A fs 46/57 vta. contesta la Sra M. C. P., madre del joven T., quien solicita el rechazo del recurso, con costas. A fs 62 comparece T. con su abogado y se remiten a la contestación efectuada por la Sra P.

A fojas 66 dictamina la Sra. Asesora de Menores e Incapaces y aconseja el rechazo del recurso interpuesto.

A fs 76/77 vta. se registra el dictamen de Procuración General del Tribunal, que aconseja el rechazo del recurso deducido.

A fojas 79 se llama al acuerdo para dictar sentencia.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, se plantean las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTION: ¿Es procedente el recurso extraordinario provincial interpuesto?

SEGUNDA CUESTION: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA CUESTION: Costas.

A LA PRIMERA CUESTION LA DRA. MARÍA TERESA DAY DIJO:

I.- RELATO DE LA CAUSA.

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

1. Con fecha 03/12/2015 este Tribunal dictó sentencia en la cual ordenó la restitución internacional solicitada por el Sr. L. G. respecto a su hijo T..
2. Dicha sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sentencia de fecha 27/12/2016 (fs 1125/1135). En el considerando n° 20 la Corte señaló que el retorno debe confirmarse y que el juez podrá adoptar nuevas medidas que estime pertinentes para lograr el regreso seguro del infante a su residencia habitual, “siempre que tal proceder no le cause mayores daños o lo exponga a una situación intolerable que no puedan ser paliadas”.
3. A partir de allí, conforme fuera ordenado por este Tribunal a fs. 1159, la causa se remitió al juzgado de origen para que diera cumplimiento a la orden de inmediata restitución del niño a la República de Italia.
4. Comenzaron así a ejecutarse distintas medidas tendientes a obtener la revinculación y comunicación del niño con su padre; intentos de consensuar con T. su retorno a Italia; decidir con quién sería acompañado; distintas audiencias; comunicaciones con la Autoridad Central; sumado a numerosos recursos, incidentes, reposiciones, etc, deducidas por todas las partes intervinientes.
5. Se llegó así al día fijado para el retorno de T., el domingo 3 de marzo de 2019, autorizándose incluso el allanamiento de domicilio y auxilio de la fuerza pública para dar cumplimiento a la medida (fs. 2045).
6. A fs. 2051/2054 se deja constancia de la angustiante situación que se vivió en la fecha fijada para el retorno: el niño se había encerrado en el baño, cuando se intenta sacarlo de allí agrede a un policía con gas pimienta y un cuchillo, se agrede a sí mismo, sufrió una crisis nerviosa por la cual debió ser internado en el Hospital Notti.
7. Con estos antecedentes, a fs 2109/2111vta ((26/04/2019) el juez de la causa dicta resolución en la cual declara la imposibilidad de continuar con el proceso de restitución de T. al subsumirse la situación del menor dentro del marco de excepción que contempla el considerando 20 del fallo de la Corte Suprema. Asimismo, no hace lugar a lo solicitado por el Sr. L. G. a fs 2104/2105, en cuanto solicita medidas de

protección para su hijo, tratamiento psiquiátrico y psicológico en efector público y la separación de su familia materna.

8. Dicha sentencia es apelada por el progenitor y, a fs 2223/2226 la Segunda Cámara Civil de Apelaciones rechaza el recurso y confirma la sentencia de primera instancia. Los fundamentos de la Cámara, en cuanto hace suyos los emitidos por la Sra Asesora de Menores en su dictamen, pueden sintetizarse del siguiente modo:

- Se ha procurado que la decisión de la Corte Suprema se cumpliera de la manera menos lesiva al interés superior del adolescente, mediante un proceso de revinculación con su progenitor y fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión.
- Ante la imposibilidad de lograr un consenso o un retorno voluntario, el único modo de cumplir fue compulsivo, con la indeseable consecuencia de que se puso en riesgo la integridad del adolescente y el vínculo de éste con su padre.
- Los plazos han desvirtuado el mecanismo restitutorio que ha producido una modificación en la situación concreta del ahora adolescente.
- La CSJN declaró en su momento, la restitución internacional de T. debía cumplirse de la manera menos lesiva al interés superior del niño; desde que el juez podrá adoptar nuevas medidas que estime pertinentes para lograr el regreso seguro del infante a su residencia habitual, y fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión, siempre que tal proceder no le cause mayores daños o lo exponga a una situación intolerable que no puedan ser paliadas.
- En la situación actual se presenta un conflicto entre la obligación estatal de proceder a la restitución internacional de un adolescente retenido en el país ilícitamente y el deber de respetar los derechos de una persona menor de edad que atraviesa circunstancias de múltiple vulnerabilidad.
- En las actuales circunstancias específicas, dicha restitución tendría un serio impacto a los derechos a la identidad, integridad y el derecho a la vida familiar del adolescente, pues durante el tiempo transcurrido entre la fecha de emisión de la sentencia y el presente, razonablemente ha tenido un desarrollo de su identidad e integración a su entorno.
- Sin desconocer el valor y la inalterabilidad de la cosa juzgada como principio, por un lado el interés superior del niño constituye un derecho con jerarquía constitucional (conf. art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 75, inc. 22, de la CN), además de todo preferente y que reviste carácter de orden público e irrenunciable (art. 2º de la Ley 26.061), y por el otro, que actualmente existen previsiones legales expresas (art. 440, segundo párrafo, del Cód. Civ. y Com.) que permiten la revisión de convenios homologados o resoluciones judiciales 'si la situación se ha modificado sustancialmente', en lo atinente a todos los aspectos vinculados con la parentalidad y efectos del divorcio, como ser el cuidado personal, régimen de comunicación, y el resto de derechos y deberes de los progenitores y de sus hijos en materia familiar, con un criterio que desde ya es restrictivo y debe encontrarse justificado en las

particularidades del caso en concreto, cariz con el que se impone analizar la decisión del a quo venida en revisión.

- La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980) prevé en su art. 4º que "el Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años" y en su art. 13 que "la autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones".
- En este estadio procesal, el adolescente expresa su irreductible voluntad de no viajar a Italia, que se mantiene incólume, pese a todas y cada una de las medidas de retorno seguro que se fueron implementando paulatinamente para revertir esta postura opositora, medidas que fueron señaladas por especialistas idóneos en esta materia restitutoria a lo largo de este sinuoso procedimiento tendiente al cumplimiento de la sentencia de base.
- Otro intento de efectivo cumplimiento de la restitución, que no podría ser sino coactivo y por ende por la fuerza pública, supondría nuevamente contravenir incluso los propios términos de la CH 1980 al consagrarse, por un lado, un retorno 'brutal' y no 'seguro' para el joven, y por el otro, una violación de lo dispuesto por los arts. 4º y 13º, penúltimo párrafo in fine de la propia CH 1980. Y ello con el agravante de las consecuencias que el retorno en tales condiciones podría traer con respecto a la relación entre el adolescente y el propio progenitor reclamante.
- En virtud de las normas aplicables dentro de la Unión Europea para las sustracciones intra-UE —Reglamento del Consejo (CE) 2201/2003 - Bruselas II bis— las solicitudes del Convenio de La Haya actualmente están sujetas a disposiciones adicionales, que incluyen el requisito de que se escuche al solicitante antes de que se expida una orden de no restitución —art. 11[5] Reglamento de Bruselas II bis— y, que se escuche al niño "durante los procedimientos excepto que esto parezca inadecuado teniendo en cuenta su edad o el grado de madurez" —art. 11[2] Reglamento de Bruselas II bis—. El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, dispone la facultad de denegación del procedimiento de ejecución en caso de que la ejecución exponga al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos de carácter duradero que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias-art. 56. 6-
- La reacción del adolescente ante la efectiva puesta en marcha de la ejecución de la sentencia de restitución al Estado de residencia habitual excedió la mera objeción y se manifestó como oposición física a la restitución, con conductas de hetero y auto agresión. Esto es ilustrado por Equipo Interdisciplinario tratante del paciente internado en el Hospital Pediátrico Dr. Humberto J. Notti.
- La opinión del adolescente no se ha tenido en mira en principio y, en consecuencia, ha sido éste el que ha tomado medidas para evitar que se ejecutara la orden de restitución.

- Este lúcido dictamen da cuenta de lo acaecido con el menor por lo que, en virtud de lo resuelto por la CSJN, consideramos con el Sr. Juez que nos precedió en el juzgamiento que la restitución de T. se ha tornado imposible. En cuanto a las medidas peticionadas a fs. 2104/2105 y las solicitadas por la Sra. Asesora de Menores, deberán canalizarse por la vía correspondiente y no por este proceso que se encuentra concluido.
- En consecuencia, se rechaza el recurso de apelación y se confirma la decisión del juez de primera instancia.

9. En contra de esta sentencia, el Sr L. G. interpone recurso extraordinario provincial ante esta Sede.

II.- ACTUACIÓN EN ESTA INSTANCIA.

a) Agravios de la recurrente.

El Sr. G. solicita se revoque la sentencia impugnada y se disponga hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte de Justicia de la Nación que confirmó el reintegro de T. a la República de Italia y ordene medidas de protección para salvaguardar la integridad psicofísica del adolescente.

Relata los hechos y reseña el marco normativo aplicable al caso de autos. Sostiene que la sentencia recurrida resulta arbitraria en cuanto consolida la sustracción internacional ilícita de T.; incumple deliberadamente una sentencia del máximo tribunal federal y permite la conducta de un adolescente que atacó la integridad física de un Oficial de la Policía de Mendoza.

Señala que el auto dictado prescinde prueba esencial. No valora la situación de riesgo y vulnerabilidad de T. provocada por el Síndrome de Alineación Parental en grado III, lo que constituye una forma de maltrato hacia él; el entorno de violencia en que se encuentra inmerso; que lo ocurrido el día 03/03/2019 fue un hecho premeditado; que la situación de T. puede ser paliada mediante tratamiento psicológico psiquiátrico; que el Sr. Juez no supervisó las medidas dispuestas para el regreso seguro de T., entre otras.

Sostiene que lo que ocurrió el día fijado para el retorno no fue una reacción de T., sino que fue un plan premeditado, ya que tenía en su poder gas pimienta y un arma blanca tipo navaja. La conducta violenta de T. se desplegó durante toda la instancia de ejecución de la sentencia.

Manifiesta que la sentencia incurre en autocontradicción ya que reconoce la situación de vulnerabilidad de T. y, sin embargo, no hace lugar a las medidas de protección peticionadas por considerar que el proceso se encuentra concluido.

Agrega que la resolución interpreta erróneamente el derecho aplicable y omite aplicar el que rige el caso.

b) Contestación del recurrido.

La Sra P., madre de T., solicita el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia dictada. Señala que no existe arbitrariedad en el decisorio cuestionado y que el recurrente hace una interpretación caprichosa de los hechos.

Refiere que el daño acaecido ese día en la persona del Oficial Gutiérrez fue la consecuencia de un actuar valiente y arriesgado, ya que el adolescente perseguía clavarse el cuchillo en su propio cuerpo, lo que fue evitado con el desvío de su mano. T. quería quitarse la vida.

Agrega que fue el recurrente quien solicitó llevarse a T. por la fuerza pública y ahora pretende deslindar su responsabilidad e inculpar al Tribunal por ello. La parte actora se limita a ver el actuar de T. como un acto contra la autoridad y las instituciones y no ve que en realidad es un acto de preservación de su propio ser.

En consecuencia, solicita el rechazo del recurso interpuesto, con costas.

c. Contestación del abogado del niño.

El Dr. Breitman, abogado del niño T., contesta el traslado conferido y se limita a expresar que “mi mandante está en un todo de acuerdo con la contestación realizada por su madre al presente recurso y por ello mi parte lo hace suyo y a éste me remito”.

d. Dictamen de la Sra Asesora de Menores.

La Asesora interviniente refiere que los fundamentos del recurso extraordinario interpuesto por la parte actora no hacen más que reeditar los mismos argumentos que viene sosteniendo desde su presentación inicial, a los que ya dio respuesta en dictamen producido ante la Cámara de Apelaciones, a los que se remite en mérito a la brevedad. Solicita, en consecuencia, el rechazo del recurso.

e) Dictamen de la Procuración General del Tribunal.

El dictamen de la Procuración considera que el recurso no debe prosperar. Señala que si bien la quejosa ha invocado diversas causales o subespecies de arbitrariedad, no ha evidenciado fehaciente ni suficientemente la configuración concreta, acabada y certera de ninguna. Pone en evidencia que es el propio adolescente el que ha tomado medidas para evitar la orden de restitución, lo cual ha sido constatado por el juez de grado al dar por frustrado el procedimiento de marras. Concluye que compeler a T. por la fuerza al traslado a su país de origen importa un avasallamiento innecesario e injustificado, que se desentendería de su realidad y de su vida.

f) Audiencia celebrada con T..

Conforme consta a fs. 86, en fecha 03 de mayo del corriente año, se celebró audiencia en forma personal con el joven T., en presencia de la Sra. Asesora de Menores, de la Secretaria del Tribunal y de la Sra. Ministro Dra. Teresa Day. El abogado del niño participó en forma virtual de la misma.

III.- LA CUESTIÓN A RESOLVER.

La cuestión a resolver en la presente causa consiste en determinar si resulta arbitraria o normativamente incorrecta la sentencia que confirma la decisión del juez de origen que declara la imposibilidad de continuar con el proceso de restitución de T. a su país de origen, al subsumirse la situación del menor dentro del marco de excepción que contempla el considerando 20 del fallo de la Corte Suprema, dictado en esta misma causa, en cuanto establece que la restitución debe realizarse, siempre que tal proceder no le cause mayores daños o lo exponga a una situación intolerable que no puedan ser paliadas.

IV.- SOLUCIÓN AL CASO.

Conforme surge de las constancias de la causa, advierto que la sentencia dictada no resulta arbitraria y, por el contrario, se vislumbra como la única solución posible ante la delicada situación suscitada en autos.

Es cierto que este Tribunal ordenó la restitución de T. a su país de origen, en sentencia de fecha del 03/12/2015, confirmada por la Corte Federal el 27/12/2016, por considerar que su traslado y retención en Argentina resultan ilegales a tenor de lo dispuesto por la Convención de La Haya de 1980.

No obstante, a tenor de los hechos ocurridos, que constan a fs. 2051/2054 y siguientes y luego de haber escuchado al niño, resulta imposible continuar con la orden de restitución sin colocar a T. en una situación de notoria vulnerabilidad y frente a la posibilidad cierta de causarle gravámenes irreparables. El cumplimiento que requiere el recurso se podría analizar únicamente mediante el uso de procedimientos que excluirían su voluntad y resistencia de modo absoluto.

Advierto que las mismas excepciones que se analizaron oportunamente en las sentencias que ordenaron la restitución de T. y que fueron rechazadas, hoy recobran identidad frente a los graves hechos ocurridos, por lo que ameritan un nuevo análisis que justifica la decisión adoptada en las instancias de grado. Ello, sin que implique lesionar el carácter de cosa juzgada de las sentencias dictadas, tal como lo sostiene el recurrente, por cuanto dicho carácter no resulta absoluto en materia de derecho de familia ya que no puede prevalecer sobre el interés superior del niño, principio que amerita absoluta protección y ostenta reconocida raigambre constitucional y legal. (art. 3.1 Convención sobre los Derechos del Niño; Ley 26.061; art 706 inc c CcyCN).

Las excepciones previstas en las Convenciones.

En el artículo 12 y 13 de la Convención de la Haya, se prevén algunas excepciones que permitirían al Estado requerido rechazar la restitución reclamada. Así, cuando “quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo domicilio” (art 12, segundo párrafo); cuando “existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable” (art 13 inc b); “si se comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones” (art 13 inc b, segundo párrafo).

Las mismas excepciones se replican en el artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989, en tanto dispone que podrá denegarse la restitución cuando “existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico”; y si “se comprobare que éste se opone a regresar y la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión”.

Dentro del marco normativo que nos otorgan las Convenciones internacionales citadas, considero que se encuentran actualmente configuradas dos de las excepciones previstas:

Grave riesgo para el niño en la restitución:

Tal como se puso de manifiesto en la sentencia dictada por este Tribunal en el año 2015, esta causal se configura cuando, pese a 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.

Se dijo también en tal oportunidad que dicha situación debe 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).

Lamentablemente, conforme surge de toda la prueba rendida en autos, T. se encuentra hoy en esta crítica situación. Insistir con su regreso a Italia implicaría causarle un perjuicio gravísimo, que en modo alguno refleja el espíritu ni la letra de la propia Convención en cuanto tiene por finalidad la protección del interés superior del niño.

La prueba más reciente obrante en autos da cuenta de la gravedad de la situación en que se encuentra T. y que podría empeorarse de insistir con los intentos de regreso a su país de origen.

Así, en las actas de procedimiento obrantes a fs. 2051/2054 y 2072/2073 se deja constancia de lo ocurrido el día que se había fijado para el retorno de T. (03/03/2019): el niño, quien ya contaba con 13 años de edad, se había encerrado en el baño y manifestó en reiteradas veces “que se iba a matar y que iba a matar a todos”; fue necesario forzar la puerta del baño por personal policial para resguardar la vida del menor; el menor comienza a lanzar gas pimienta con su mano derecha y en su mano izquierda poseía un cuchillo tipo navaja; en el forcejeo el Oficial Gutierrez resulta lesionado por el menor con el arma blanca; se logra reducir al menor para que sea atendido por la ambulancia; T. intenta autoagredirse en repetidas oportunidades; la médica que arriba en el Servicio Médico de Emergencias le diagnostica “crisis nerviosa” y se decide su traslado al Hospital Notti.

Conforme consta en la Historia Clínica del Hospital Notti, el niño ingresa con un diagnóstico de “Excitación Psicomotriz, Intento Auto y Heteroagresión” (fs 2082). Se deja constancia también que el niño “es traído esposado por personal policial a este nosocomio donde es evaluado en guardia y se decide internación” (fs. 2083). El equipo de Salud Mental que evalúa a T. en el Notti deja constancia que tuvo entrevista con el niño y su mamá y luego de narrar los hechos manifiesta “preferir estar muerto antes que ir a vivir con su padre; ha manifestado en reiteradas ocasiones negativa a vivir en Italia” (fs. 2085). Se deja constancia también lo que surge de su evaluación “Antecedentes de ideas de muerte, de querer lastimarse con un cuchillo y de referir volver a realizarlo si la situación que originó internación se repite” (fs. 2086). Se informa también que “T. refiere como antecedentes, en torno a su internación, que no se encuentra vinculado con su padre, que han habido intentos de acercamiento impuestos legalmente y con los que él no ha estado de acuerdo, ni se sostuvieron, según manifiesta” (fs.

2088). Se agrega a continuación que “refiere idea suicida, frente a la posibilidad de ser trasladado a Italia. Esta idea es reactiva a la situación y contexto actual del joven y es irreductible en relación a la posibilidad de cambiar su centro de vida; se niega a convivir con su padre en Italia. Manifiesta que frente a intervenciones de índole judicial que alteran su vida cotidiana, aparece insomnio de conciliación, cambios en su estado de ánimo, irritabilidad, hiperoarexia, ideas de autoeliminación, no pudiendo mediar juicio en relación a búsqueda de otras soluciones” (fs. 2089). En el mismo informe se califica a T. como “adolescente en riesgo” y se concluye que “Este equipo sugiere ...se tenga una escucha activa hacia el adolescente, su autonomía progresiva atendiendo al riesgo potencial que implicaría para si mismo o terceros la idea de autoeliminación” (fs. 2089).

Aún antes de la fecha que fue fijada para el retorno (03/03/2019), los numerosos informes presentados por el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario dan cuenta que la vinculación con su papá no estaba avanzando y, por el contrario, se señala que la medida estaría siendo iatrogénica (ver informe de fecha 19/01/2018, fs. 1657). En la pericia efectuada en fecha 03/04/2017 (fs. 1281), cuando se intenta comprender si se evidencia en T. actitud manipuladora de su parte para impedir su regreso a Italia, los profesionales del CAI sostienen que “si bien podrían dar la imagen de una actitud manipuladora, en realidad, se observa la presencia de marcados sentimientos de incertidumbre e intensa angustia que no logra canalizar en forma adecuada y déficits de estrategias de afrontamiento de conflictos”. Se agrega en el mismo informe que “la sola posibilidad de imaginarse el traslado, la situación judicial por la que atraviesa, han ido generando síntomas de tipo somático y emocional (angustia, dificultades en el sueño, tensión sobrecarga emocional, enuresis) que con el paso del tiempo pueden ir dando lugar a daño psicofísico”.

Del mismo modo, el informe de fecha 05/01/2018 (fs 1645) refiere “se observa en el niño un estado de ansiedad marcada, con angustia y nerviosismo producto de la situación”; en el informe de fecha 02/02/2018 (fs 1684), ante el encuentro con su padre, T. responde de manera negativa y hostil, remarcando que su padre “le arruinó la vida” y luego “rompe en llanto donde demuestra angustia y sobrecarga interna por todas las situaciones vivenciadas”. A fs. 1747 (01/06/2018) los profesionales del CAI informan que “se detecta que el psiquismo del joven se encuentra debilitado con marcada fragilidad con potencialidad de incrementar y/o desencadenar otros tipos de trastornos psíquicos y/o emocionales”.

Se advierte así que la situación de riesgo surge notoria y ha sido constatada por profesionales del CAI de manera reiterada, dando cuenta de la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentra T.. Esa dolorosa realidad no puede soslayarse en pos del cumplimiento estricto de una norma o de una sentencia judicial.

Lo ocurrido en autos permite subsumir los hechos en las palabras de la Corte Federal en cuanto refiere que debe rechazarse el retorno que “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” (CSJN, 22/11/2011, “W.D. c. S.D.D.W. S/ demanda de restitución de menor”, Fallos: 334:1445; también fallo “S.A.G. P/ restitución”, 20/12/2005).

La Corte Federal, en su sentencia de fecha 27/12/2016 dictada en estos autos, contempló la posibilidad de que el retorno no fuera posible, al prever en su considerando número 20 que “el juez podrá adoptar nuevas medidas que estime pertinentes para lograr el regreso seguro del infante a su residencia habitual, *siempre que tal proceder no le cause mayores daños o lo*

exponga a una situación intolerable que no puedan ser paliadas". Eso es precisamente lo que ocurrió: el retorno no puede efectivizarse si no es mediante la causación de un grave daño al niño o exposición a una situación intolerable, lo que en modo alguno puede ser siquiera planteado.

No puede soslayarse el enorme esfuerzo que se ha realizado en esta causa para intentar la vinculación del niño con su padre. Todos los tribunales e instancias intervinientes han dictado numerosas medidas a tal fin; se han elaborado distintas estrategias con profesionales especializados en la materia; se designó una comisión especial con profesionales de distintas áreas para intentar ejecutar la orden de restitución; se destinaron recursos económicos considerables por parte del Poder Judicial para la adquisición de pasajes de avión y otros gastos, tanto para cubrir el traslado del Sr. G., de su hijo y de quienes iban a acompañar a T. en el viaje; se intentó un acercamiento voluntario y paulatino por parte de T., con audiencias realizadas vía skype, en forma presencial, etc; pero todo fracasó inexorablemente. El niño, ya hoy un adolescente, jamás pudo aceptar la idea de ir a vivir a Italia y la mera posibilidad de que eso ocurriera lo hizo alejarse cada día más de su padre, lo que reafirma en la audiencia mantenida ante este Tribunal en fecha reciente, como analizaré más adelante.

Cabe agregar que, en un caso muy similar al presente, con conclusiones que resultan de aplicación al caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ordenó suspender la ejecución de una orden de restitución, por considerar la situación de riesgo e impacto emocional en las que se encuentra el niño, que ha debido ser hospitalizado en estado grave de depresión; con ideas de muerte, autoagresiones, etc, considerando que "en las circunstancias específicas, dicha restitución tendría un serio impacto a los derechos a la identidad, integridad y el derecho a la vida familiar del niño". (caso "Niño AR respecto de Argentina", 27/07/2017).

En consecuencia, por las razones apuntadas, considero acreditada la excepción de grave riesgo prevista en las Convenciones de la Haya e Interamericana que amerita dejar sin efecto la restitución oportunamente ordenada.

Oposición del menor.

Sabido es que 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).

Cuando se dictó la sentencia que ordenó el reintegro de T., en el año 2015 -el niño contaba con 10 años de edad -, luego de haber sido escuchado personalmente por el Ministro preopinante, Dr Pérez Hualde, conforme consta a fs. 995, se concluyó que de parte del niño no existía un repudio irreductible a regresar a Italia que luciera autónomo e independiente, sino más bien influenciado por su madre y sus deseos de no ser separado de ella.

Sin embargo, esta voluntad que lucía alienada en aquella oportunidad, con el transcurso del tiempo devino en una posición notoriamente personal, fuerte y segura, lo que fue advertido

por los distintos operadores que mantuvieron entrevistas o audiencias con T. en las distintas reparticiones judiciales.

Así, en distintas oportunidades el equipo del CAI se reunió con T. en Cámara Gesell, ámbito propicio para la escucha activa de niños y adolescentes por profesionales idóneos. Allí, “T. verbaliza que no desea comunicarse con su progenitor abriendo la puerta de la Cámara por su propia voluntad y se retira del lugar” (05/01/2018); en otra oportunidad se informa que “sin ingresar a Cámara Gesell T. expresaba la negativa de comunicarse con su padre” (19/01/2018); en otra oportunidad “rompe en llanto donde demuestra angustia y sobrecarga interna por todas las situaciones vividas” (02/02/2018); “el joven manifiesta que no ingresará ya que no desea tener contacto con el progenitor; que no desea vincularse con su padre debido a que el mismo le ha arruinado la vida” (06/02/2018).

Tales manifestaciones de voluntad, realizadas en el ámbito más adecuado con el que cuentan los tribunales para oír a los niños involucrados en distintas causas, sostenidas de manera reiterada, deben ser tomadas en cuenta en tanto constituyen una férrea oposición del menor al retorno ordenado y pueden ser calificadas como “repudio irreductible” en los términos del considerando 14 de la sentencia dictada por la Corte Nacional (ver fs 1129).

Esta oposición del menor también fue advertida por el juez de primera instancia, quien sostiene que “se ha visto en las audiencias llevadas a cabo en Cámara Gesell y que se encuentran filmadas, con la inestimable participación del EIS del Juzgado de Familia, una firme resistencia y oposición del menor, que a la edad con que cuenta, no sólo enfáticamente defiende su derecho a permanecer en Mendoza, sino que mantiene rechazo ostensible a cualquier forma de vinculación con su padre, habiéndole manifestado a aquél – aunque sin mayor sustento – sus sentimientos más adversos” (fs. 1704 vta).

En fecha más reciente, tuve oportunidad de oír a T. en la audiencia que se celebró en mi presencia en este Tribunal (fs. 86). Pude así comprobar que este adolescente de 15 años es capaz de manifestar una voluntad cualificada, consciente, en la que sostiene su verdadera oposición al regreso a Italia.

En dicha audiencia T. fue claro y expresó con firmeza que no quiere regresar a Italia, así como tampoco desea mantener contacto alguno con su progenitor, sea espontáneo o forzoso. Señaló además que si bien ha sido citado en numerosas oportunidades ante la justicia y ha hablado muchas veces con los jueces, siente que no ha sido verdaderamente escuchado, por cuanto su voluntad ha sido siempre descalificada.

Advierto que, actualmente, su opinión debe ser considerada y legitimada a los fines de decidir su futuro. Tal como ha sostenido este Tribunal en el caso “*Farres*” (2016), atender a la opinión del niño “se vincula con la denominada autonomía o capacidad progresiva, en el sentido de que no es lo mismo la opinión de un adolescente de quince años, que la de un niño de escasa edad. Pertenecer a la categoría jurídica de “adolescentes” permite presumir que ha alcanzado una cierta madurez para tomar decisiones, ejercer determinados actos y comprender el sentido de su intervención. En este nuevo diseño, cobra relevancia el concepto de “competencia”, que depende de la edad, pero muy especialmente de la madurez, el entendimiento, las condiciones de su desarrollo, el medio socioeconómico y cultural, el conflicto específico de que se trate, etc. Por eso, la competencia se adquiere gradualmente y está ligada, especialmente, al discernimiento y aptitud intelectual y volitiva de la persona”. (ver “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, cita online: AR/DOC/3850/2015, citada en autos n° 13-03720355-0/1,

“Farres...”, 16/08/2016). Ello sin que implique afirmar, en modo alguno, que la escucha de niños pequeños no resulta igualmente significativa para este Tribunal. Sólo resulta adecuada la cita a los fines de comprender la importancia de la capacidad progresiva del adolescente en los asuntos atinentes a su persona.

Por ello y conforme tales pautas, válidas para acercarnos al concepto de capacidad progresiva del adolescente, advierto que T. ha alcanzado el grado de entendimiento suficiente y necesario para decidir no querer regresar a Italia. Su voluntad ya no puede considerarse influenciada por su madre ni por factores externos. Es el joven quien está decidiendo sobre su propia vida y manifiesta en forma clara que no quiere regresar a un país al que no siente como propio y con un padre con el cual se niega a vincularse en cualquier forma.

Tal como lo pone de manifiesto el Equipo de Salud Mental del Hospital Notti, cualquier intento de acercamiento entre el joven y su padre deberá ser desde el lugar de la demanda y no desde lo coercitivo (fs. 2089). Seguir intentando de manera forzosa que T. se vincule con su padre, sólo provoca un mayor rechazo de su parte e incluso le genera actitudes hostiles y violentas, tales como las que constan a fs. 2025/2026.

De lo reseñado puede concluirse que la opinión de T. hoy ya no luce alienada o no autónoma. El joven ha manifestado en palabras, gestos y hechos su clara voluntad y su deseo propio de continuar viviendo en este país, al que siente como propio, con sus amigos, su colegio y sus vínculos. Por ello, frente a dicha posición autónoma, forzarlo a retornar a su país de origen importaría exponerlo a una situación intolerable, en los términos del considerando 20 de la sentencia dictada por la Corte Nacional, lo que definitivamente le causaría graves daños.

Advierto así que se configura en el caso la excepción prevista en el art 13 inc b de la Convención de la Haya y en el artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 en cuanto, de las constancias de la causa, se comprueba que el propio menor se opone a su restitución y ha alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

A nivel internacional pueden encontrarse distintos precedentes en los cuales se han rechazado o anulado órdenes de restitución por haber ocurrido hechos de notoria gravedad, en los cuales los menores excedieron la mera objeción y manifestaron oposición física a la restitución o amenaza de suicidio. (Así, en Re M. (A Minor) (Child Abduction) [1994] 1 FLR 390, [Referencia INCADAT: HC/E/UKe 56]; Re H.B. (Abduction: Children's Objections) [1998] 1 FLR 422, [Referencia INCADAT: HC/E/UKe 167]; Re B. (Children) (Abduction: New Evidence) [2001] 2 FCR 531 [Referencia INCADAT: HC/E/UKe 420], entre otros).

Por las razones apuntadas, considero que el interés superior de este joven, en situación de extrema vulnerabilidad, calificado como “adolescente en riesgo” (fs. 2089), debe primar por sobre las normativas internacionales vigentes, por sobre el derecho de su padre reclamante e incluso por sobre las sentencias ya dictadas en la causa.

Finalmente, del modo en que fue resuelto en las instancias de grado, las demás medidas de protección solicitadas por el recurrente respecto de su hijo, deberán ser canalizadas por la vía procedente, teniendo en cuenta que el acotado objeto de este proceso de restitución se encuentra concluido.

En virtud de lo expuesto, si mi voto resulta compartido por mis distinguidos colegas de Sala, corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, confirmar la resolución recurrida.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. GOMEZ y LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTION LA DRA. MARÍA TERESA DAY DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que ha sido planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. GOMEZ y LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

A LA TERCERA CUESTION LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

Atento lo resuelto en las cuestiones anteriores, corresponde imponer las costas de esta instancia al recurrente vencido (art 36 CPCyTM).

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. GOMEZ y LLORENTE, adhieren 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, 13 de Mayo de 2021.

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.- Rechazar el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por la Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Primera Circunscripción Judicial, a fojas 2223/2226 de los autos N° 2528/9/6F-54339, caratulados: "G. L. PSH T. G. P. P/ RESTITUCIÓN".

II.- Imponer las costas a la recurrente vencida.

III.- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

NOTIFÍQUESE.-

DR. JULIO RAMON GOMEZ
Ministro

DRA. MARÍA TERESA DAY
Ministro

DR. PEDRO JORGE LLORENTE
Ministro