

Reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial Dolores, en Acuerdo Ordinario, con el objeto de dictar sentencia en causa nº **103.503**, caratulada: "**B., B. E. C/ L., M. J. S/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES**", votando los Señores Jueces según el siguiente orden: Dres. Leandro Adrián Banegas (Juez subrogante conf. Ac. 3428 y Ac. 4129 SCBA, Vinc. NE 319/22, quien integra el Tribunal) y Mauricio Janka. El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

Primera cuestión: ¿Procede el recurso de apelación presentado el 3-1-2024 contra la sentencia del 30-12-2023?

Segunda cuestión ¿Qué pronunciamiento corresponde emitir?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión planteada el señor juez doctor

Banegas dijo:

I. Viene la causa a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el actor, progenitor del niño K. L. B., el 3-1-2024 contra la sentencia dictada el 30-12-2023, el que concedido en relación y con efecto devolutivo el 4-1-2024, fue fundado el 11-1-2024.

Mereció réplica de la asesora tutelar y de la demandada, progenitora del niño, el día 18-1-2024 respectivamente.

II. A través de la decisión cuestionada, en lo que hace al recurso de apelación en análisis, la jueza de grado rechazó la demanda interpuesta por el progenitor del niño K. L. B. donde requirió su restitución internacional, con costas a su cargo.

Para así decidir, destacó que al caso debe aplicarse el "Convenio sobre aspectos Civiles de la Sustracción Internacional,

adoptada el 25-10-1980 por la 14 sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, aprobado por ley 23857”.

Tuvo por acreditado que “ambos padres decidieron que el niño naciera en la República Argentina (art 330 354, CPCC) y que su domicilio se hallaría en la localidad de Villa Gesell fijando allí su centro de vida”.

En esa línea sostuvo que “antes de residir en Estados Unidos, la pareja mantuvo un proyecto familiar en Argentina, en el que se hallaban debidamente integrados, lugar donde el niño fijó su centro de vida”, por lo que entendió que, a pesar de los viajes del Sr. B. y los conflictos de pareja, la convivencia en Argentina resultó ser un proyecto familiar estable.

Y, respecto al traslado y estadía en los Estados Unidos (en adelante, EEUU), la jueza entendió que resultó temporaria, teniendo en cuenta la precaria situación migratoria en la que se encontraba la progenitora, “sin recursos propios, ni trabajo, sin contención familiar” y su decisión de no permanecer en forma ilegal en ese país, que fuera conocida por el actor.

Respecto a la ilicitud del traslado del niño, que alega el accionante, la jueza precisó que, atento la autorización de viaje vigente en favor de la progenitora, el traslado del niño fue realizado al amparo de la ley, desestimando la posición actoril.

Sin perjuicio de ello, en relación a la estadía de la demandada y su hijo en un refugio asistencial para víctimas de violencia en EEUU alegado por la demandada y respecto a la excepción planteada por la asesora tutelar en ese sentido, prevista en el artículo 13 inciso b) de la Convenio de la Haya del 25 de octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante, CH 1980), la jueza sostuvo que lo acreditado

en la causa, “no resulta per se suficiente para sostener la procedencia de la excepción de grave riesgo”.

Finalmente afirmó que, “K en toda su existencia no ha sido separado del regazo de su madre, tomar una decisión que implique viajar junto a su padre generará una perturbación que podría implicar peligro físico y psíquico para el niño no sólo por su etapa madurativa, que necesariamente requiere de la atención y contención de su madre, sino por su dependencia emocional y física ya que se encuentra en período de lactancia”.

III. El apelante sostiene que en el decisorio en crisis se hace una lectura sesgada y parcializada de los hechos ventilados en la causa.

Afirma que hubo un proyecto familiar acordado entre el actor y la demandada de mudar su residencia de forma definitiva a los EEUU y que, el retorno del progenitor a ese país en el año 2021, se dio en el marco de los preparativos que eran necesarios para llevar a cabo ese proyecto.

Sostiene que el niño se encontraba de forma efectiva bajo el cuidado, guarda y/o custodia de ambos progenitores conforme el derecho aplicable del lugar en el cual el niño tenía su residencia habitual antes del traslado irregular, en concreto, los EEUU.

Destaca que el centro de vida de K., sus vínculos, lazos afectivos, su residencia, su estabilidad y permanencia se encuentra en Mancelona, Michigan, EEUU; “su progenitor, el actor, convivía con el niño y tenía un lazo afectivo muy fuerte. Su abuelo paterno compartía tres veces por semana momentos con K. . El padre del actor pasaba a buscar al niño habitualmente para llevarlo al parque. También recibían visitas de familiares y primos”.

Reconoce que la pareja comenzó a tener problemas “debido a diferencias de opiniones y el estrés que provocaba la

demora en tramitar la extensión de permiso de permanencia de M. en Estados Unidos ya que ella había ingresado con visa de turista”.

Y recuerda que, el día 11 de junio de 2023, la parte demandada sin el conocimiento ni el consentimiento del progenitor, salió con el niño de los EEUU e ingresó a la República Argentina, para luego manifestarle que se va a quedar junto con el niño en Argentina.

Sostiene que el proyecto de mudanza definitiva y su residencia por más de catorce meses en EEUU, no puede ser reputado como temporario, pues las partes tuvieron la voluntad de que sea definitivo.

Expone que, la falta de presentación de la documentación exigida por migraciones para renovar la residencia de la progenitora, no puede ser considerado un justificativo que avale el traslado del niño de modo inconsulto y sin el consentimiento del progenitor, máxime cuando todavía restaban dieciséis (16) días para la fecha límite fijada por esa oficina.

Refiere que no es cierto que “el actor supiera y o tenga plena certeza que M. se llevaría al niño de los Estados Unidos sin su conocimiento y consentimiento y que para ello utilizaría la autorización que una vez le dio a la demandada para que esta pueda viajar con el niño”, pues esa autorización fue realizada en otro contexto, sólo para viajes y no para mudar la residencia del niño, a lo que agrega que revocar ese tipo de autorizaciones no es un trámite rápido ni sencillo en un país diferente al del origen del documento.

Reitera que, el accionar de la demandada fue intempestivo y violatorio del derecho de custodia del progenitor.

Enfatiza que jamás ejerció violencia sobre la demandada, que ella no se encontraba en riesgo, como así tampoco lo estaba el niño; agrega que las declaraciones de la testigo propuesta por la

demandada, K. T., son meras apreciaciones e interpretaciones subjetivas basadas en lo que la Sra. L. le refería verbalmente a ella.

Refiere que, la “misma situación se da respecto del informe del Centro The Women's Resource Center, toda vez que el mismo no se basa sobre pruebas sino que sobre dichos y alegaciones de la demandada al buscar asistencia en dicha institución”.

Considera que, la sentencia apelada carece de razonabilidad incurriéndose en una contradicción, pues la circunstancia de que el niño no se haya separado nunca de su madre, no puede avalar y justificar que la “madre ha violentado gravemente los derechos del niño separándolo abrupta e intempestivamente de su padre sin importarle ni reparar en el impacto psicoemocional que causaría dicha conducta por demás reprochable y egoísta sobre el niño y haber violentado derecho de custodia del padre que viene a proteger y garantizar la convención”.

Sostiene que el hecho de que el niño siga siendo amamantado por su madre, cuando tiene más de tres años de edad, no puede erigirse como fundamento válido para el rechazo de la restitución requerida.

Entiende que, la sentencia conlleva un sesgo violento y discriminatorio respecto a lo que representa para el niño la función de la figura paterna y su impacto en su desarrollo y crecimiento, así como también, implica el avasallamiento de los derechos del progenitor.

Requiere en definitiva se revoque la decisión apelada y se ordene el retorno inmediato del menor a EEUU, con costas a la demandada.

IV. La accionada sostiene que el viaje de la pareja y el niño hacia EEUU para radicarse allí, se basó en un acuerdo entre los adultos, en virtud del cual convinieron una serie de cuestiones que deberían cumplirse junto al traslado en sí, que al fin de cuentas no se

concretaron por decisión de B., razón por la cual EEUU nunca fue la residencia habitual del niño.

Recuerda que su situación migratoria en ese país era precaria, había ingresado como turista, tenía un plazo para salir de allí, o bien, para regularizar su situación y debía cumplir, con la ayuda del actor, con las exigencias que la oficina de migraciones le exigía, cuestión que el accionante no sólo conocía y tenía presente, sino que era utilizada como un medio para ejercer violencia psicológica en su contra y proferir amenazas.

Sostiene que, “si se observan tanto los dichos del agravio como las acciones llevadas a cabo por el actor parecería advertirse que su plan último estaba dirigido a obtener mi expulsión personal por la autoridad migratoria -sin K.-“.

Agrega que “el actor me había otorgado la autorización de viaje hasta la mayoría de edad de K. sin ningún tipo de condicionamiento y ahora pretende minimizar y restar valor a ese acto expresado libre y voluntariamente por Instrumento Público, que pudo revocar y no lo hizo”.

Afirma que ni ella como así tampoco “el conjunto familiar nunca alcanzó la condición de residente habitual en los Estados Unidos”.

Concluye que “una resolución distinta a la sabiamente alcanzada por el fallo no haría más que violentar la integridad psicofísica de nuestro hijo de modo irreversible”.

Solicita se confirme la sentencia apelada.

V. La asesora tutelar sostiene que el memorial presentado por el apelante trasunta una mera disconformidad con lo decidido, habiéndose omitido realizar una crítica concreta y razonada del fallo.

Requiere que este Tribunal ordene a las peritos psicólogas que ya evaluaron a las partes, la realización de un informe “acerca de

cuál es el impacto cierto en el psiquismo y realidad vital de K. si se proveyera su traslado compulsivo hacia los Estados Unidos y fuera separado de su madre”, lo que habría sido peticionado en la instancia de grado, pero omitido por la jueza interviniente.

Destaca que, con la prueba agregada el 9-1-2024, esto es, el informe de la traductora oficial sobre la respuesta emitida por el gobierno de los EEUU, se ha confirmado que “que la Sra. L. no tenía posibilidad alguna de permanecer legalmente en los Estados Unidos, que carecía de medios de sustento propios y de patrocinador, lo que tornó su situación en insostenible”.

Reitera que, a su criterio, “ni la salida de Estados Unidos ni el ingreso y permanencia de K. en la República Argentina resultan ilegales, en términos convencionales vigentes por tratarse de un menor de edad con ciudadanía argentina y que se movilizó internacionalmente con su madre con un permiso genérico vigente expedido por su progenitor adulto capaz ante Escribano Público”.

Solicita que el recurso de apelación se rechace.

VI. El Tribunal entrevistó y tomó contacto con el niño en forma telemática, en presencia de la asesora tutelar (conf. constancia del 4-3-2024).

La progenitora, que lo acompañó en el acto de la audiencia debido a su edad, nos informó que K. empezó el jardín en el horario de la tarde, que se encuentra bien de salud. Relató que ambos viven con su madre, la abuela materna del niño.

De lo observado me interesa destacar que al niño se lo nota alegre, con interacción con su medio, aunque por su escasa edad K. no emitió opinión sobre la conflictiva que aquí se debate, ni tampoco fue indagado al respecto con el fin de no instalar situaciones conflictivas que –dado el nivel de madurez en función de su edad- no podría comprender.

El niño, durante la entrevista, permaneció atento a su progenitora y jugando, posición que se compadece con su natural desarrollo madurativo, recordando que sólo cuenta con tres años y cuatro meses de edad a la fecha.

VII. En relación al pedido de producción de un informe psicológico en esta instancia peticionado por la asesora, se dirá que, teniendo en cuenta lo expuesto por las expertas en el informe presentado el 6-10-2023 (apartado tercero de los puntos de pericia) no corresponde receptarlo en este estadio procesal; a todo evento, debió requerir las explicaciones pertinentes y, en su caso, cuestionar el posicionamiento de la jueza de grado a su respecto, a través de la vía pertinente.

Recordemos que los principios de los procesos de familia, en concreto, economía procesal (celeridad y concentración), deberán mantenerse durante la etapa recursiva, acotando los plazos de interposición y de resolución, tal como surge del Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños, apartado 5 c).

Asimismo, considero que ordenar la producción de nueva prueba como la solicitada por la señora Asesora se traduce necesariamente en un mayor dispendio jurisdiccional que, en el caso, no coadyuvaría en modo alguno al interés superior del niño, sino en una demora en la solución de tan delicada situación.

También evidencio que, con el plexo probatorio desplegado en autos, se cuentan con elementos suficientes para efectuar la revisión de la resolución apelada (arts. 272, 384, 474 CPCC).

VIII. Surge de la demanda que los progenitores del niño se conocieron en California, EEUU, en el año 2019 y que comenzaron a convivir desde el año 2020 en Argentina.

K. L. B. nació el 9-11-2020 en Pinamar, Argentina, y la familia decidió quedarse en Villa Gesell, aunque a mediados del 2021 habrían tomado la decisión de radicarse en Michigan, Estados Unidos.

El progenitor viajó solo a EEUU y tramitó la nacionalidad estadounidense de K., a los meses viajaron el niño y su madre a ese país.

Afirma el accionante que “la intención de ambos era contraer matrimonio y tramitar la residencia de M.” y que “el actor y la demandada comenzaron a tener problemas de pareja debido a diferencias de opiniones y el estrés que provocaba tramitar la extensión de permiso de permanencia de M. en Estados Unidos ya que ella había ingresado con visa de turista”.

Expone que existía una crisis en la pareja y que la progenitora junto al niño se fueron del hogar en el que convivían el día 5-6-2023; en ese marco, señala que como temía que la madre se fuera del país, le requirió la documentación personal del niño, recibiendo evasivas de su parte.

Agrega que a su hijo lo vio por última vez el 10-6-2023 y que el 12-6-2023 se enteró que estaban los dos, madre e hijo, en Argentina sin intención de volver a EEUU; sostiene que no consintió el traslado del niño como así tampoco su permanencia en Argentina.

De la contestación de la demanda, surge que la progenitora del niño enfatiza que desde la convivencia de pareja en Argentina sufrió maltrato por parte del accionante, situación que se mantuvo hasta su salida de EEUU.

Afirma que su hijo nació en Argentina y que aquí formaron una familia con el accionante, recuerda que aceptó viajar con K. a EEUU bajo ciertas condiciones a fin de que su estadía en ese país fuera legal y no tener problemas con las autoridades migratorias de ese país.

Destaca que esas condiciones no se cumplieron pues, no contrajeron matrimonio, no pudo obtener una residencia legal allí, más allá del permiso de turista que estaba próximo a vencerse, que la violencia que sufría escalaba día a día y que corría el riesgo inminente de que si permanecía en esas condiciones en EEUU lo haría como ilegal, con riesgo de deportación.

Por tanto, pidió ayuda a una pareja de vecinos, que declararon en la causa como testigos el 6-10-2023, que la llevaron a un asilo/hogar de ayuda a mujeres que sufren violencia familiar y, a los pocos días, regresaron en forma legal con su hijo a Argentina, en virtud de un permiso de viaje que el progenitor le extendió a ella, para que se traslade con el niño sin restricciones.

IX. De forma preliminar cabe destacar que, como fue mencionado por la jueza de grado, el presente caso trata de un pedido de restitución internacional de un niño (en adelante, NNyA) que se encuentra regido por las pautas establecidas en el CH 1980, aprobado por la ley 23.857 que fuera ratificado el 1° de junio de 1991 y, a su vez, ratificado por EEUU el 1° de agosto de 1988.

La CSJN tiene dicho que ese convenio se compatibiliza con la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN, aprobada por ley 23.849), en razón de que ambas propenden a la protección del interés superior del niño, principio de consideración primordial en todas las decisiones que lo atañen (Fallos: 343:1362, sent. del 22-10-2020, entre otros).

Por tanto, su consideración en el caso deviene primordial, teniendo en cuenta que nos referimos a "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley" (art. 3, ley 26.061).

Asimismo, el Estado argentino ha suscripto la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (en

adelante, C.I.R.I.M aprobada por ley 25.358), la que, al igual que la CH 1980 contemplan un proceso urgente -con un marco de actuación acotado- para paliar los traslados o retenciones ilícitas de NNyA, en la inteligencia de que la mejor protección del interés del niño se alcanza volviendo en forma inmediata al statu quo anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos, a fin de que sean los tribunales con competencia en el lugar de su residencia habitual los que decidan acerca de las cuestiones de fondo, atinentes a la guarda, al cuidado personal de la niña o niño, al régimen de comunicación y a la cuota alimentaria, entre otras (CSJN conf. doctrina Fallos: 318:1269; 328:4511; 333:604, 2396; 339:1534, 1742 y 1763).

Así, el proceso de restitución internacional de niños no tiene por objeto dilucidar cuál de los progenitores tiene mejor aptitud para ejercer la guarda, tenencia o el cuidado personal del NNyA, como así tampoco, fijar regímenes de comunicación, por lo que en el tratamiento del presente recurso no se hará foco en esos extremos ajenos al limitado ámbito de cognición de ese tipo de procesos.

En efecto, el objeto y fin de este proceso especial se limita a verificar si en el caso existió un traslado o retención ilegal de un NNyA y, en frente a la verificación de alguno de esos escenarios, ordenar que el NNyA pueda regresar a su "statu quo" (estado de situación anterior) que tenía inmediatamente antes.

En efecto, destaca la Suprema Corte local, en un fallo reciente, que la CH 1980 y la C.I.R.I.M solo imponen la obligación de restituir a los NNyA en aquellos casos en que se haya llevado a cabo un traslado o retención que deba ser considerado ilícito.

Ahora bien, para considerarse indebido deben haberse incurrido en los siguientes supuestos: a) al traslado, que deviene en ilícito desde el mismo momento en que el menor es retirado de su residencia habitual en violación a un derecho de custodia

efectivamente ejercido en dicho lugar, y b) la retención, que puede ser consecuencia de un traslado legalmente realizado, pero que deviene en ilícito ante la negativa de restituir al menor a su centro de vida (conf. arts. 3 y 5 CH 1980).

Luego, la ilegalidad del traslado o retención, que constituye un requisito esencial para la admisibilidad de toda solicitud de restitución se yergue como un elemento jurídico, no fáctico, cuya apreciación necesariamente depende de las definiciones que se adopten acerca de dónde se hallaba la "residencia habitual del menor" antes de la vía de hecho reputada ilícita y quién ejercía en dicho lugar el "derecho de custodia" que se alega infringido por el accionar del sustractor (SCBA causa C.125.154, 'B. B., L. contra C., S. J. Restitución internacional de menores' sent. del 29-XII-2023).

En nuestro derecho se acepta que, la residencia habitual se presenta como una noción de hecho que, diferenciándose de los conceptos jurídicos de domicilio, simple residencia o habitación, conforma un término sociológico flexible que tiene en cuenta el lugar donde el menor posee efectivamente su centro de gravedad, su ubicación en el espacio como una situación de hecho que supone un apreciable grado de estabilidad y proyección de permanencia (conf. CSJN, in re "W. c/ O.", Fallos: 318:1269; e.o., citado por la SCBA C.125.154).

Así, la residencia habitual del menor comulga con su centro de vida, ejerciendo -ambos conceptos- una suerte de mutua retroalimentación semántica, tal como lo disponen la ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/06 (sent. cit.; SCBA causa C.125.154).

Recordemos que por "centro de vida" del menor se entiende el lugar donde los NNyA hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia; y el decreto reglamentario de la ley 26.061 (N° 415/2006) agrega que, como

señalé, el concepto “centro de vida” debe interpretarse de manera armónica con la definición de “residencia habitual” de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales mencionados, mientras que el CCyCN hace referencia a ese concepto al tratar las reglas de competencia en este tipo de procesos (art. 716 CCyCN).

Ahora bien, la determinación del “centro de vida” en cada caso particular puede resultar extremadamente complejo toda vez que más allá de los parámetros objetivos que la norma otorga (fundamentalmente el factor temporal y legalidad) se conjuga el componente subjetivo en la formación de ese concepto jurídico abstracto. Este factor se traduce en lo que el niño, niña o adolescente efectivamente sienta como su centro de vida en base a experiencias propias, vínculos familiares, sociales, escolares, injerencias de tipo familiar, etc. Ello se traduce en que la definición y disposición jurídica fijadas por Convenciones Internacionales con jerarquía constitucional, el CCyC, la Ley 26.061, su Decreto Reglamentario y la normativa aplicable a la materia deberán conjugarse necesariamente por la realidad fáctica, alejándonos de presunciones y ficciones jurídicas que puedan afectar el interés superior tutelado (conf. Cám. II C. y C., S. II, de La Plata, Causa 130.061, “S. M. c/ M. J. G. s/ cuidado personal de hijos” sent. del 23-9-2021).

Por su parte, la residencia habitual del niño, no puede reflejar un significado exclusivamente cuantitativo, tal como en cierto pasaje de la sentencia apelada deja traslucir la Juez actuante, sino que el concepto se expande e implica la definición del sitio en el que debe ser ubicado, de conformidad con la intención de quienes ejercen su custodia en términos convencionales, el centro de la presencia del menor, para lo cual también debe atenderse a su entorno familiar y social, sus afectos, su posible asentamiento e integración en el determinado medio, con cierto grado de estabilidad y proyección de

permanencia, debiendo ponderarse todos los elementos con el debido criterio de actualidad (sent. cit. C.125.154).

En efecto, conforme las pautas fijadas por la CSJN, para determinar la existencia de la residencia habitual del NNyA debe evaluarse: su estabilidad y permanencia; el grado suficiente de continuidad, para considerarla "habitual", que no se trate de "simple residencia"; inferir que en dicho lugar el niño poseía su centro de gravedad y desarrollaba con naturalidad su vida; que se encuentre acreditada de manera fehaciente e indubitada; el consenso o intención de los progenitores. Al respecto, debe existir una clara intención compartida de trasladar la residencia, que debe ser demostrada cabalmente (Pennise Iantorno, M. S. - Panatti, M. V. "Residencia habitual. Presupuestos para su determinación a la luz de un precedente de la Corte en un caso de sustracción internacional de niños. ¿Enfoque predeterminado o flexibilidad?" La Ley 26/11/2020, cita on line: AR/DOC/3753/2020).

X. Así, corresponde en esta instancia decidir si, en el caso, se configura un supuesto de traslado y/o retención ilícita que justifique la restitución del niño K. L. B. a EEUU en atención a los agravios vertidos por el progenitor, causales que la jueza de grado no entendió verificadas.

Sostuvo que de los hechos reconocidos por las partes surge que "...el 5-4-22 se mudan la Sra. y el niño a Estados Unidos sabiendo la precariedad de la condición migratoria de la Sra. que implicaba en principio la existencia de un plazo determinado de permanencia."

Con la presentación postulatoria y su contestación tengo acreditado que el actor tenía pleno conocimiento de que el proyecto familiar de vivir los tres juntos en EEUU estaba sujeto, ciertamente, al condicionamiento que acarreaba la nacionalidad de la demandada y

los requisitos que la oficina de migraciones de EEUU le impondría como visitante y las pautas que debía cumplir para residir en ese país en forma permanente.

Ello así, aun cuando en sus posiciones el accionante -en principio- lo negó, expresando que no se habían pactado ningún tipo de condiciones para llevar a cabo ese viaje y vivir los tres en EEUU (v. posiciones primera y segunda, audiencia del 20-9-2023), para luego afirmar que, con el abogado de inmigraciones acordaron que luego del matrimonio, juntos tramitarían la residencia de la demandada en EEUU (tercera posición).

Por tanto, entiendo que ambas partes están de acuerdo en que “hubo un proyecto familiar acordado entre el actor y la demandada de mudar su residencia de forma definitiva a los Estados Unidos de América” (tal como surge del memorial) como así también lo están, en que parte esencial de ese proyecto era que ambos cumplimenten los requisitos pertinentes y se allane el camino para que la progenitora del niño permanezca en EEUU en cumplimiento de las leyes locales sobre residencia, lo que no ocurrió (art. 384 CPCC).

Y si bien es cierto, tal como lo destaca la jueza de grado, que K. transcurrió la mayor parte de su vida, en términos de días, en la Argentina, reitero que no se trata de una cuestión valorable sólo desde el aspecto cuantitativo, pues lo central es determinar las características y el contexto que rodearon a la residencia del niño en un lugar determinado, máxime teniendo en cuenta que estamos en presencia de un niño de corta edad (v. partida de nacimiento adjuntada a la demanda del 11-8-2023).

Si nació en Argentina y transcurrió sus primeros tiempos de vida aquí, en presencia y con el acompañamiento de sus dos progenitores y su familia ampliada materna, teniendo su progenitor (de origen estadounidense) un permiso de radicación permanente en

este país (v. documentación acompañada con la demanda), y luego decidieron que los tres emprenderían un nuevo proyecto de vida en EEUU, no es posible desatender cuales fueron las circunstancias y condiciones que rodearon su residencia allí, más allá de que hubiera permanecido durante catorce meses, como se menciona en el memorial.

Por tanto, cabe ponderar que, en Argentina, según la testigo M., ofrecida por la demandada (que se conocen desde hace aproximadamente quince años), K. y su progenitora “ya tenían una base” y por eso les resultó fácil reinstalarse, que fue rápido. Afirmó que ya habían vivido en la casa de la abuela materna de K., el niño junto a su progenitora (v. audiencia del 20-9-2023).

En EEUU las tres personas involucradas en esta causa se mudaron de vivienda, por lo menos en dos oportunidades, sin lograr estabilizarse en un sitio por el tiempo que se encontraron allí. Ello, indudablemente, atenta contra la pretensión del actor cuando postula al domicilio de EEUU como el centro de vida de K.

Del testimonio de K. T., rendido el 6-10-2023, quien fuera locadora, junto a su esposo, de la familia involucrada en esta causa por siete meses aproximadamente, vecina durante ese tiempo y que también fue quien ayudó a la demandada y a K. a salir del lugar en que se encontraba viviendo y a acceder al refugio para mujeres víctimas de violencia, donde se alojó junto al niño (v. informe del 5-10-2023, traducción agregada el 24-11-2023), brindó precisiones en relación al lugar en el que la familia vivía el último tiempo antes del regreso a Argentina, detallando que el lugar donde se encontraban estaba bastante alejado de la ciudad y que el camper se encontraba en el interior de la propiedad, distante de su ingreso.

Mencionó que la demandada no tenía vehículo que pudiera usar, no tenía trabajo, que estaba todo el día con K., que el actor se

retiraba todos los días del hogar y que regresaba pasadas varias horas.

En relación a la situación y el contexto previo al viaje de regreso a Argentina, expresó que sintió que M. y K. estaban en riesgo y que “era una situación horrible especialmente para K.”.

Su marido, T. T., a continuación de su esposa, mencionó también que el actor estaba mucho tiempo fuera del hogar, que estuvieron aproximadamente siete meses allí; describió que mientras la familia vivió en su propiedad, no recuerda que nadie los haya visitado, que no vio a nadie con ellos.

Expuso que, cuando fueron a buscar a la demandada y la llevaron al hogar para mujeres en situación de riesgo, la familia estaba asentada “en el medio de la nada”. Ante la pregunta de la asesora, señaló que, si bien no era una situación de riesgo a su entender, que consideraba que K. no estaba en una buena situación, que a su entender todos estaban tristes.

Afirmó que no le deseaba a nadie estar ahí solo, en el medio de la nada, sin transporte para poder movilizarse, como lo estaban M. y K., y ante la pregunta de si consideraba que ese lugar donde vivían sería temporal o permanente para esa familia, respondió que creía que tenían para bastante tiempo allí, y mucho por trabajar en las construcciones que estaba realizando el actor para la granja de cannabis.

En síntesis, del plexo probatorio expuesto surge claramente que la demandada y K. se encontraron en ese país prácticamente sin red vincular; el niño que no asistía a ninguna institución educativa como así tampoco a actividades recreativas donde interactuar con otros niños y permanecía la mayor parte del día solo con su madre (art. 384 CPCC).

Ello sumado a que, la accionada denunció haber sido víctima de violencia de tipo psicológica y económica/patrimonial, hallándose pronta a vencer la excedencia que le concedieron a su permiso de turista, lo que la colocó en un estado cierto de vulnerabilidad (v. traducción adjuntada el 31-10-2023 sobre la correspondencia remitida por el Servicio de ciudadanía e inmigración de EEUU de fecha 25-5-2023; documento en inglés adjuntado junto a la contestación de demanda).

Esta conclusión se encuentra reforzada, con el resultado del informe interdisciplinario, psicológico, psiquiátrico y social, agregado el 6-10-2023 de donde surge que los profesionales estimaron "...que las vivencias vinculares y los sentimientos concomitantes experimentados por la Sra L. en Estados Unidos darían cuenta de un estado de vulnerabilidad, encontrando como única solución viable su regreso a Argentina, en búsqueda de apoyo y sostén socio- psicoafectivo de su grupo de pertenencia...".

Por tanto, concluyo en que la residencia del niño en EEUU lo fue a título de simple residencia o domicilio en ese momento determinado, no siendo su centro de gravedad y de red vincular; el mayor grado de estabilidad y proyección de permanencia no estaban dados en ese país. Su domicilio en EEUU no tuvo una proyección en el tiempo, ni la estabilidad necesaria para tener por acreditado que su centro de vida primigenio sito en Villa Gesell, Buenos Aires, Argentina, mutó hacia Mancelona, Michigan, EEUU, en virtud de lo acreditado en la causa y merituando la totalidad de las circunstancias ventiladas, junto a la intención de los progenitores (arts. 384, 474 CPCC).

A modo referencial dable es señalar que, en la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso "Monasky v. Taglieri" (Sup. Corte Estados Unidos, 25-2-2020), se destacó que en los casos que involucran a niños de edad más avanzada, la

determinación de su residencia habitual debería realizarse priorizando las circunstancias que indican la integración de este a su entorno; mientras que en los casos que involucran a niños muy pequeños, las decisiones y circunstancias de sus progenitores tendrían mayor relevancia (conf. Rubaja, Nieve-Gortari Wirz, Emilia “Rechazo de una restitución internacional: el quid de la residencia habitual en una reciente jurisprudencia de la Corte Suprema” LALEY AR/DOC/1040/2021).

Respecto a la salida de EEUU, lo único que afirma el apelante es que desconocía que la progenitora iba a salir del país con el niño, más lo cierto es que, el permiso de salida del país que le había otorgado no contenía fechas, se otorgó hasta su expresa revocación y se encontraba plenamente vigente. A partir de allí, desde el punto de vista formal y migratorio, la legalidad del traslado se impone.

Ahora bien, resulta igualmente importante determinar si - más allá de ese recaudo formal- el padre conocía en la realidad de los hechos la decisión de la demandada de mudarse nuevamente a Argentina con K.

En esa dirección, a la hora de absolver posiciones la accionada afirmó que el actor tenía conocimiento de su situación migratoria y que se estaba por vencer el plazo que tenía para permanecer como turista en EEUU, lo cual también fue afirmado por el actor (séptima posición); la demandada afirmó, asimismo, que el accionante sabía que le había otorgado el permiso para salir del país junto al niño (v. audiencia 20-9-2023).

Es decir que, según lo dicho por la legitimada pasiva, el accionante sabía que la progenitora (que estaba alojada con el niño en un hogar para mujeres en situación de riesgo) ya tenía muy poco tiempo para permanecer en EEUU, es claro que ya no formaban una pareja con él, que oficiaría de patrocinador para su residencia, y

aquella contaba con el permiso de viaje irrestricto para circular y viajar con el niño.

Del otro lado, no se evidencia prueba alguna en dirección a que el accionante no estuviera en conocimiento de tal situación. Muy por el contrario, las máximas de la experiencia y reglas de la lógica - principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano, natural y científico comprobables- me llevan a concluir que éste tenía en claro la delicada situación migratoria de su ex pareja y la habitacional de ella misma y el menor de edad (recuérdese que tuvieron que alojarse en un refugio para mujeres víctimas de violencia), lo que tarde o temprano redundaría en que ambos viajaran en busca de la seguridad y la contención que no tenían en EEUU tal como surge de las pruebas producidas (art. 384 CPCC).

En esta dirección dable es recordar que la prueba de presunciones -como la que acabo de mencionar- bien puede ser aplicada y tenida en cuenta siempre y cuando esté soportada por un despliegue probatorio que las haga sustentables, extremo que claramente se cumple en la presente causa (art. 384 CPCC).

Con todo, no encuentro acreditado con el plexo probatorio reunido que el traslado del niño junto a su madre hacia Argentina resulte ilícito, como así tampoco inconsulto (v. permiso adjuntado con la contestación de la demanda del 6-9-2023 de fecha 16-12-2021).

En relación a los denunciados hechos de violencia (psicológica y económica patrimonial) de la que habría sido víctima la progenitora del niño y el cuestionamiento a la valoración probatoria que realiza la jueza de grado a su respecto, lo cierto es que, tal como se reconoce en el memorial, no han sido ponderados a fin de tener por configurada una excepción a la aplicación de los convenios mencionados, como podría ser la de grave riesgo, razón por la cual lo

cierto es que dichas menciones no causan un gravamen irreparable al apelante en este contexto.

Diferente es la situación en relación al sexto y último agravio traído, pues, efectivamente, en la sentencia apelada se consignó que respecto a K. L. B. "...tomar una decisión que implique viajar junto a su padre generará una perturbación que podría implicar peligro físico y psíquico para el niño no sólo por su etapa madurativa, que necesariamente requiere de la atención y contención de su madre... "; ya que, más allá de que la jueza había entendido que no se cumplían los requisitos de procedencia de la restitución, por considerar que Argentina era el país de residencia habitual de K., también tuvo por configurada la excepción de grave riesgo en el traslado del niño a EEUU sin su progenitora, para denegarla.

He aquí el único apartado en que, entiendo, tiene asidero la posición del progenitor de K. en esta instancia, aunque no implique ni conlleve la revocación del decisorio pues, recordando siempre que la decisión en este caso no implica prejuzgamiento ni adelantamiento de una posición sobre el ejercicio del cuidado personal del niño, sino sólo sobre si corresponde la restitución en los términos convencionales, lo cierto es que, tal como dejé expuesto, no encuentro acreditados los requisitos para hacer efectiva la restitución requerida, por lo cual, no corresponde ingresar a evaluar la procedencia o no de esa excepción prevista en el convenio, como así tampoco, merituar los efectos que podrían acarrear para el niño ante un eventual traslado con su progenitor a EEUU.

Recordemos que, el Juez que entiende en la restitución no está llamado a decidir, sobre: en cuál de los dos países el niño está mejor y/o con cuál de los progenitores el niño vivirá, pues decidir la restitución no significa decidir la custodia (arts. 11, 16 y 19 CH80) ya que ésta se definirá en la jurisdicción de la residencia habitual del niño

(conf. Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños, apartado 7).

Así pues, a efectos de decidir sobre la restitución, las convenciones en vigor requieren que la residencia habitual del niño se localice en un Estado parte y que el niño haya sido trasladado a otro Estado parte, situación que no encuentro configurada en la especie.

Como quedo expuesto, el niño no tenía establecida (en los términos convencionales) la residencia habitual en EEUU y además la progenitora contaba con un permiso de viaje irrestricto, dentro y fuera de Argentina, sin plazos, instrumento del que se sirvió para viajar con su hijo a Argentina y el accionante no logró acreditar que este haya sido inconsulto o que no hubiera un preaviso –más allá de la conformidad o no-, por lo cual no estamos frente a un traslado ni retención ilegal en los términos de los convenios de aplicación, lo que conllevaba al rechazo de la demanda presentada, lo que ocurrió a través del dictado de la sentencia en crisis del 30-12-2023.

Por tanto, cabe señalar que a contrario de lo que señala el apelante, la iudex a quo ha valorado en el decisorio recurrido, de forma armónica y conforme las reglas de la sana crítica, todos los elementos obrantes tanto en la causa, priorizando el superior interés del menor en su contexto (art. 3 de la CDN; art. 3 último párrafo ley 26.061).

XI. Por lo demás, la Cámara no está obligada a examinar todos los temas sometidos a su consideración si, dada la solución que se propone, ello se torna innecesario (SCBA, "Ac. y Sent." 1956-IV-28; 1959-I-346 y 1966-II-65; conf. Cám 2, Sala II La Plata que integro como Juez vocal, causa 127749, RSD 164-20, sent. del 25/09/2020, e.o).

XII. Como los agravios dan la medida de la competencia de esta alzada (arts. 260, 261 y 266 CPCC) y los vertidos en el memorial presentado el 11-1-2024 no logran conmover la decisión apelada, propongo rechazar el recurso de apelación presentado el 3-1-2024.

XIII. Las costas de esta Alzada se imponen al apelante vencido en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC).

Voto por la negativa.

A la misma primera cuestión planteada el señor juez doctor Janka dijo:

Adhiero al voto que antecede por compartir los fundamentos en que se sustenta, especialmente, en lo que considero el argumento dirimente para rechazar la pretensión de restitución internacional: la ausencia de ilicitud en el traslado (y/o retención) de K. a la Argentina, en términos convencionales, debido a la no acreditación de su “residencia habitual” en los Estados Unidos (CH 1980, arts. 1 inc. a y 3 inc. a).

Consecuentemente, no cabe hablar de infracción a un derecho de custodia atribuido al progenitor demandante con arreglo al derecho vigente en aquel Estado, puesto que no se ha configurado allí la residencia habitual del niño, desde el punto de vista jurídico y atendiendo a la plataforma fáctica suficientemente explicitada por mi distinguido colega preopinante.

A partir de tal circunstancia, no resulta procedente la pretensión de restitución internacional, única cuestión que se juzga en este proceso especial, por lo que las eventuales controversias en el ejercicio de la responsabilidad parental de K. deberán ser canalizadas y resueltas por fuera del marco de la Convención de La Haya de 1980 y ante las autoridades competentes de su lugar de residencia habitual.

Voto también por la NEGATIVA.

A la segunda cuestión planteada el señor juez doctor

Banegas dijo:

Conforme se ha votado la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso de apelación presentado el 3-1-2024, con costas a cargo del apelante vencido (arts. 68, 242, 246, 375, 384 y cc. CPCC; 26, 103, 706, 707, 716, 2646 y cc. CCyCN; 3, 12 y cc. CDN; 3, 5, y ss. CH 1980; 3, 4, 5 y ss. C.I.R.I.M).

Así lo voto.

El señor juez doctor Janka votó en análogo sentido.

Con lo que terminó el presente acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el acuerdo que antecede, fundamentos, citas legales y jurisprudenciales que se dan aquí por reproducidos, se rechaza el recurso de apelación presentado el 3-1-2024 contra la sentencia del 30-12-2023; con costas a cargo del apelante vencido (arts. cit.). Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 LHP).

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase a la instancia de origen por la vía que corresponda.

Suscripto y registrado por el Actuario firmante en la ciudad de Dolores, en la fecha indicada en la constancia digital de la firma (Ac. 3975/20 SCBA).

REFERENCIAS:

Domicilio Electrónico:

Funcionario Firmante: 11/03/2024 10:05:23 - JANKA Mauricio - JUEZ

Funcionario Firmante: 11/03/2024 10:13:26 - BANEGAS Leandro
Adrian - JUEZ

Funcionario Firmante: 11/03/2024 10:15:40 - FERNANDEZ Gaston
Cesar - SECRETARIO DE CÁMARA

%9*è+p%ÂcMqŠ

251000118005976745

CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL - DOLORES
NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS el 11/03/2024 13:01:56
hs. bajo el número RS-63-2024 por FERNANDEZ GASTON.