

CIV 113978/2010/2/RH1

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

La Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de la anterior instancia e hizo lugar a la restitución internacional de V.Q y V.Q. a los Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU.). Concluyó que la madre no estaba facultada para fijar la residencia de sus hijas fuera del territorio donde tenían su centro de vida, sin la anuencia del progenitor, y que no se comprobaron los supuestos de excepción contemplados en el Convenio de La Haya de 1980 (fs. 884/903, 984/991 y 996/999 del expte. principal, a cuya foliatura me referiré en adelante salvo aclaración en contrario).

Contra esa decisión, la madre de las niñas y el Ministerio Público de la Defensa dedujeron recursos extraordinarios, que fueron denegados y dieron lugar a las quejas en estudio (fs. 1012/1032, 1061/1071 y 1111/1112 del principal; fs. 244/248 de estas actuaciones y fs. 39/43 del expte. CIV 113978/2010/3/RH2 que será examinado conjuntamente).

-II-

En síntesis, la madre de las niñas -M.V.C.- arguye que el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya (CH 1980) no resulta aplicable, dado que la custodia que ejerce comprende la facultad de fijar la residencia de sus hijas. En este plano, advierte que, para determinar la ilicitud del traslado, la sentenciadora acudió a la ley doméstica, en vez de atender a la preceptiva de la residencia habitual; y agrega que, por tratarse de derecho extranjero, la legislación sobre familia del Estado de Virginia constituye un hecho que debió probarse en autos.

Insiste en que el Sr. A.Q. prestó su conformidad al desplazamiento concretado, pues la familia llegó al país con el propósito de instalarse en esta ciudad; así como que no es el domicilio conyugal el que determina la jurisdicción de los tribunales, sino la residencia habitual del menor de edad que, en el caso, se localiza en la República Argentina.

Además, cuestiona el modo en que fueron valorados tanto los psicodiagnósticos practicados, como la falta de mérito dictada en el proceso por abuso sexual incoado contra el progenitor, equiparándola a una absolució n libre del imputado, lo que contraviene la doctrina adoptada en Fallos: 333:2017, entre otros precedentes que cita.

Por otra parte, entiende que el paso del tiempo desvirtúa la presunción de que el interés de las niñas coincide con el reintegro a EE.UU. Subraya, asimismo, que la causa por abuso sexual está en plena investigación y que sus diligencias no podrán concretarse con las niñas en el extranjero, con lo que la restitució n sella la impunidad de este delito gravísimo.

Paralelamente, afirma que los jueces estadounidenses otorgaron la guarda al padre, sin que su parte haya podido ejercer su derecho de defensa por cuanto las notificaciones personales en el Estado de Virginia realizadas en los años 2011 y 2012 no fueron procedentes considerando que permanece en Argentina desde noviembre de 2009. En consecuencia, mientras no se desestimen los pedidos de exequátur a ese respecto, en trámite, para luego pedir la nulidad del fallo extranjero, la restitució n implica separar a las niñas de su madre -sobre quien pesa una orden de captura en EE.UU.-, para entregarlas al padre.

Por último, sostiene que la sentencia no valora la integraci3n de las menores de edad en el ú nico medio estable que han conocido, y prioriza un convenio de cooperaci3n internacional o las obligaciones del Estado argentino, por sobre un derecho de jerarquía constitucional, como es el interés superior del niño. En el punto, reclama la vigencia del principio de continuidad afectiva y espacial de la infancia, a cuya luz -luego de pasados cinco años-, el cambio de residencia importa una injerencia arbitraria en la vida privada de los infantes (arts. 2.2., 12.1 y 16.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño).

Concluye que la sentencia resulta arbitraria, pues prescinde tanto del texto legal como de prueba decisiva, a la par de apoyarse en aserciones dogmáticas

CIV 113978/2010/2/RH1

Procuración General de la Nación

(fs. 1012/1032).

-III-

A su turno, la apelación federal del Ministerio Pupilar se centra en que la sentencia no se adecua al mejor interés de las niñas, en tanto resuelve el retorno a una ciudad que no fue la sede de su última residencia y en la que permanecieron escaso tiempo cuando eran bebés. Arguye que en autos no se verifica la ilicitud requerida por el CH 1980, toda vez que las pequeñas carecían de centro de vida y que el padre consintió que vinieran al país, en el cual –actualmente- han vivido la mayor parte de su existencia. Por último, argumenta que el retorno a los EE.UU. implicaría someterlas a una situación intolerable y exponerlas a un grave peligro físico y psíquico, en función del cargo de abuso sexual que pesa sobre el peticionario (fs. 1061/1071).

En línea con lo expresado, el Sr. Defensor General Adjunto de la Nación petitionó que se haga lugar al recurso extraordinario federal, que se revoque el pronunciamiento y que se rechace la restitución (v. fs. 260/270 del presente cuaderno de queja).

-IV-

Ante todo, advierto que existen varias causas relacionadas con el problema que se ventila en el proceso y que no fueron remitidas; entre las que se halla el expediente en el que se investiga el presunto abuso sexual de A.Q. en perjuicio de sus hijas (“Q., A. s/ abuso sexual agravado por el vínculo”, expte. 32.887/2010, en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nº 44”), como así también aquél incoado por la accionada por presunta violencia familiar (“C., M.V. c/ Q.,A. s/ denuncia por violencia familiar”, expte. 16.514/2010; v. certificación obrante a fs. 168 y fs. 901 y vta.).

Además, observo que las niñas -quienes cuentan actualmente con ocho y diez años- no han sido escuchadas por el *a quo* en los términos del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (tal como observa el Defensor General Adjunto; fs. 262vta./263 del legajo cit.).

No obstante ello, atendiendo a la vista conferida y a la urgencia implicada en la materia, dictaminaré con los antecedentes que me fueron remitidos; sin perjuicio de que si el Alto Tribunal lo estimare necesario, requiera esos elementos antes de dictar sentencia.

-V-

Ambos recursos son formalmente admisibles, ya que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia del CH 1980 y de la Convención sobre los Derechos del Niño y la decisión impugnada es contraria al derecho que las apelantes pretenden fundar en sus cláusulas (art. 14, inc. 3, ley 48).

En ese marco, el estudio no se encuentra limitado a los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que incumbe a esa Corte realizar una declaratoria sobre el tema disputado (Fallos: 333:604, 2396). Se añade que las particularidades de la cuestión controvertida y la estrecha conexión de los elementos fácticos con la hermenéutica de la materia federal, y en suma, con el esclarecimiento del interés superior de las menores de edad, tornan razonable un examen amplio del asunto traído a esta instancia (doctrina de Fallos: 330:1855).

-VI-

En esa tarea, cuadra señalar que la causa fue iniciada en diciembre de 2010 por el Sr. A.Q., con el objeto de obtener la restitución internacional de sus hijas menores de edad que se encontraban junto a su madre en nuestro país (cfr. fs. 158/167). Las niñas -nacidas el 06/11/06, en Estados Unidos, y el 29/04/08, en Argentina- viajaron con su madre M.V.C., el 06/11/09, a este país y desde esa fecha han permanecido aquí.

Sus padres discuten en autos respecto a la existencia de residencia habitual en el Estado de Virginia, EEUU, con el fin de establecer la aplicación del CH 1980, resaltando la corta edad de las niñas, en el momento de trasladarse a vivir a la Argentina, o las estadías en otros países anteriores a su traslado -desde el mes de marzo hasta noviembre de 2009 vivieron en Puerto Rico y Malasia-, lo cual lleva al Defensor General Adjunto (v. fs. 263 vta. de la queja) a afirmar que "...los antecedentes

CIV 113978/2010/2/RH1

Procuración General de la Nación

migratorios de este grupo familiar, desdibujan el concepto de “**residencia habitual**”, que es utilizado como punto de conexión para el reclamo de restitución internacional y la aplicación del convenio...”.

Por otra parte, si bien el domicilio de los padres no se identifica *per se* con el concepto de última residencia habitual, los miembros de la pareja parental habitaban en Estados Unidos -Estado de Virginia- antes de conocerse y allí convivieron con posterioridad a su enlace y al nacimiento de sus hijas (v. esp. fs. 282vta., 916 y vta., 951/961, 985 *in fine*, 986vta. y 1012/1032). Y previo al último período de 2009 en el cual residieron en otros países, coinciden ambos padres en el deseo de mantener el domicilio familiar en Estados Unidos. Así lo expresa la demandada a fs. 293, al manifestar que luego del nacimiento de su segunda hija en Buenos Aires en 2008 -lugar que eligió para tener una mejor atención médica-, regresó a los 20 días por el trámite de ciudadanía estadounidense.

Por lo demás, en orden al planteo vinculado con la aplicación del derecho del Estado de Virginia, cabe anotar que las autoridades del país de refugio deben establecer el alcance de la custodia, conforme al derecho vigente en el país de la residencia habitual inmediatamente anterior a la ocurrencia del evento (arts. 3, inc. “a”, y 13, inc. “a”, CH 1980). A la vez, este elemento debe correlacionarse con el artículo 5, inciso a); directiva que requiere que la custodia -para ser tal en el sentido del CH 1980-, incluya la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del hijo (cf. punto VIII del dictamen publicado en Fallos: 333:604).

Por ende, es preciso conocer cómo regula el Estado de Virginia la custodia de los menores; extremo respecto del cual los litigantes no aportaron ninguna prueba, pese a que el artículo 14 CH 1980 flexibiliza la acreditación del derecho foráneo, habilitando expresamente un acercamiento directo. Además, en autos no se ha solicitado la certificación prevista por el artículo 15, ni se ha clarificado por ningún otro medio las características de la guarda parental (v. informe de la Dra. Pérez Vera, explicativo del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, párrafos 119 y 120; y Fallos: 333:604, punto VIII, del dictamen de esta

Procuración General).

En el marco de tales omisiones y de lo previsto -en especial- por el artículo 14 CH 1980, es necesario señalar que el título 31 del Código de Virginia (capítulo I; §31.1) dispone que, en el caso de hijos legítimos, menores de edad y no emancipados, si los padres son hábiles y conviven, ambos son conjuntamente los guardianes naturales de esos hijos, con iguales derechos y obligaciones.

Así las cosas, desestimado que la custodia invocada por M.C.V. tuviese el contenido jurídico del artículo 5 CH 1980, y en ausencia de consentimiento o aceptación posterior del otro progenitor, estimo que resultan aplicables las disposiciones del CH 1980 (cf. art. 3).

-VII-

En ese marco, corresponde precisar que conforme a los principios que rigen en la materia y que surgen de ese instrumento, el procedimiento de restitución inmediata se halla inspirado en la regla del interés superior de los niños establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño -aprobada por la ley 23.849-. De ahí que en el Preámbulo del Convenio los Estados declaran “estar profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”.

Al respecto, esa Corte ha dicho que no existe contradicción entre esas fuentes en tanto ambas propenden a la tutela del mencionado interés superior, y que el CH 1980 parte de la presunción de que el bienestar del tutelado se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos, preservando el mejor interés del menor de edad mediante el cese de las vías de hecho (cfr. Fallos: 328:4511 y 333:604).

Sin embargo, esta presunción está sujeta a la ausencia de ciertas circunstancias reguladas por el texto convencional. En efecto, deviene indispensable el examen respecto de la configuración de alguna de las excepciones a las que el Convenio supedita la operatividad del procedimiento de restitución que, según sostienen la madre y la Defensora Pública, obstarían a la solución adoptada por el *a quo* (cf. fs. 1032 y

CIV 113978/2010/2/RH1

Procuración General de la Nación

1068vta./1071).

En cuanto aquí interesa, la cuestión se centra en los alcances que corresponde atribuir al artículo 13, inciso b), del CH 1980, en tanto prevé que el Estado requerido no está obligado a ordenar el retorno de los niños si “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”.

Esta excepción, como ha explicitado el Alto Cuerpo, sólo procede cuando el traslado le irrogaría al niño un grado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente deriva de un cambio del lugar de residencia o de la ruptura convivencial con uno de los padres (Fallos: 318:1269; 328:4511). En tales condiciones, la norma estatuye que la restitución cede ante el interés del infante a no ser sometido a un peligro físico o psíquico intolerable, por lo que el derecho del progenitor requirente a que cesen las vías de hecho, queda subordinado al derecho del niño a ser protegido ante la existencia de esas circunstancias.

En ese contexto, adquiere relevancia la sospecha de abuso intrafamiliar de carácter sexual, la cual está siendo investigada en sede penal. En ese fuero, en el marco de la causa “Q., A. s/ abuso sexual agravado por el vínculo”, expte. 32.887/2010, el 10/06/13 se ordenó el procesamiento de A.Q. como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, agravado por el vínculo en concurso real con el delito de exhibiciones obscenas calificadas por el vínculo. El 22/10/13 la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional dispuso su sobreseimiento. Luego, el día 28/11/13, esa misma Sala declaró la nulidad de esa decisión (fs. 741). Finalmente, el 26/02/14, ese tribunal revocó el procesamiento y resolvió la falta de mérito para procesar o sobreseer a A.Q. y, de tal forma, dispuso una serie de medidas de investigación que se encuentran en curso, tales como citar a las docentes y/o psicopedagogas escolares con el fin de que expongan si la niña pudo haber comentado alguna situación de corte abusivo, y un informe del Cuerpo Médico Forense sobre si es posible realizar estudios o interpretaciones de dibujos de la niña con fines investigativos, teniendo en cuenta su retraso madurativo (fs. 98 y certificación adjunta).

Como se colige inmediatamente, la situación expuesta constituye un asunto crucial para el desarrollo saludable de las niñas. En relación con ello, esa Corte ya se ha pronunciado acerca del modelo de abordaje, eminentemente protectorio y preventivo, que impone la complejidad de la violencia familiar. Asimismo, ha precisado que la ardua realidad del abuso intrafamiliar, es aprehendida en términos similares tanto por prestigiosos especialistas del campo de la salud como por la conciencia jurídica contemporánea, involucrando la responsabilidad internacional del Estado argentino (Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 19 y 34; Recomendación General de las Naciones Unidas [Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer - CEDAW] n° 19, esp. puntos 6, 19, 23, 24 incs. “b”, “i”, “k”, “l” y “r”, acáp. “v”; Fallos: 333:2017 y sus citas).

Es que, frente a la amenaza de violencia y en particular, abuso sexual, resulta indispensable velar activamente por el crecimiento integral de las niñas afectadas y su protección, siendo responsabilidad de los Estados adoptar todas las medidas necesarias a tal fin (arts. 19, párr. 1°, y 34, Convención sobre los Derechos del Niño). En este terreno, la prevención adquiere un papel primordial (Observación general n° 13, CRC/C/GC/13, del 18/4/11 “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, párrafos 3 y 15; y dictamen del 08/06/12 en S.C. A. 980, L. XLV, “A, L. M. s/ control de legalidad-ley 26.061”), teniendo en cuenta los efectos devastadores del abuso en los niños, que ponen en grave peligro su supervivencia y su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27.1, Convención sobre los Derechos del Niño), con repercusiones a corto y a largo plazo.

En ese contexto, atendiendo a que los antecedentes reunidos aquí no permiten descartar sin más la verosimilitud de la denuncia -como no lo ha hecho el fuero criminal-, no debe pasarse por alto que los tribunales de Virginia -como lo advierte el Defensor General Adjunto a fojas 268 vta.- han conferido la guarda exclusiva al padre sin escuchar a las niñas, y sin que haya participado la demandada de ese proceso (v. fs. 115 y vta.). A ello cabe añadir que según es invocado en las actuaciones que tengo a la vista, mediaría una orden de captura de la madre de las niñas

CIV 113978/2010/2/RH1

Procuración General de la Nación

en EE.UU (v. fs. 181 y vta.).

A partir de esos datos, se hace evidente la situación intolerable a la que quedarían sometidas las hijas, de ser reintegradas al hogar bajo el exclusivo cuidado del padre –sin que esté dilucidada la existencia de abuso- cuya familia extensa reside en Puerto Rico (cfse. fs. 903 del principal)-, lo cual me lleva a tener por verificado el supuesto al que se refiere el CH 1980 (cfr. art. 13, inc. b), en cuanto dispone que el Estado requerido no está obligado a ordenar la restitución del niño si “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”.

Entiendo que esa es la respuesta que impone la prudencia ante el tenor del problema suscitado, máxime, valorando el estado del proceso penal en curso, que justifica el peligro al que se refiere el artículo 13, inciso b) del CH 1980, en virtud del principio cardinal del mejor interés del niño. A mi modo de ver, la magnitud de ese riesgo es tal, que lo dota de suficiente significación en el orden convencional, como bien apunta el juez de mérito (esp. fs. 895 vta.).

A esa luz, ante la seriedad de la denuncia, el hecho de no mediar condena, no obsta a que la obligación de tutela a cargo del Estado argentino se traduzca en una denegación del pedido objeto de autos, sin que las supervisiones externas o de los seguimientos institucionales que puedan instaurarse en el marco del denominado regreso seguro del menor de edad, sean aptos para neutralizar el daño que pudiere provocar un abuso en el futuro (Fallos: 333:2017).

-VIII-

Sólo resta, entonces, sumarme a la preocupación que el Ministerio Público y ese Tribunal vienen explicitando en este ámbito por la conducta de los adultos implicados, a quienes se recomienda que acompañen y sostengan a sus pequeños hijos con el equilibrio y la responsabilidad que requiere la delicada situación en la que están inmersos.


Asimismo, y según lo destaque en autos CIV 35893/2011/2/RH1,

el 15/06/16, dado los derechos en juego, sugiero que se haga saber a las autoridades correspondientes la conveniencia de considerar el dictado de normativa procesal específica en la materia, teniendo en cuenta los objetivos del CH 1980, que promueva la agilización de estos procesos y disminuya la litigiosidad.

-X-

Por lo expuesto, aprecio que corresponde hacer lugar a las quejas, declarar admisibles los recursos extraordinarios y revocar la sentencia cuestionada, con arreglo a lo indicado.

Buenos Aires, 16 de agosto de 2016.


Firma Adriana Garcia Netto
Procuradora Fiscal
Subrogante


ADRIANA N MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación