



PODER JUDICIAL  
DE LA PROVINCIA DE FORMOSA  
TRIBUNAL DE FAMILIA

REGISTRADO el / / 2020

TOMO N° / 2020

DEL LIBRO de SENTENCIAS

En la ciudad de Formosa,  
Capital de la Provincia del mismo nombre, a los **TRES (03)** días del Mes de **NOVIEMBRE** del año **Dos Mil VEINTE**, en estos autos caratulados: **“DEFENSORÍA DE POBRES Y AUSENTES NRO 1 s/ RESTITUCIÓN -RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR-”, Expte. N° 1.627 - Año 2.020, SALA B - V1**, Registro de éste Excmo. Tribunal de Familia venidos a despacho para dictar Sentencia.-

**RELACIÓN DE LA CAUSA:**

Que son iniciadas estas actuaciones por la Sra. Defensora de Pobres y Ausentes de Cámara N° 1, Dra. Mónica Raquel Acosta, con el objeto de diligenciar ante ésta Magistratura el pedido de Restitución Internacional de la niña Luciana Yael Abarca Madariaga, el cual fuera solicitado por su progenitor, Sr. Daniel Alberto Abarca Díaz, ciudadano chileno residente en la ciudad de Arica (Chile), contra la madre de la niña, Sra. Gilia Marlene Madariaga.-

Que, en su presentación inicial, la Sra. Defensora acompaña copia de la nota remitida por la Sra. Directora de Asistencia Jurídica Internacional, Dra. Flavia Graciela Amoroso, formulario de aplicación para los casos de sustracción internacional de niños y el “Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños”, señalando que el pedido de diligenciamiento se encuentra dentro del marco del “Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convenio de La Haya)” y la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, ambos instrumentos suscriptos por nuestro país.-

Que, a fs. 21, se tiene por promovida acción de Restitución Internacional de la niña Luciana Yael Abarca Madariaga en el marco del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1.980 (Ley 23.857), y se ordena correr vista con habilitación de días y horas a los Ministerios Públicos Pupilar y Fiscal de Cámara.-

Que, a fs. 22, la Sra. Asesora de Menores de Cámara, Dra. María Fátima Pando, solicita se imprima al presente el trámite sumarísimo y se dicten medidas cautelares de protección en relación su representada, comunicándose el inicio del presente a la Autoridad Central Argentina.-

Que, a fs. 23, a los fines de evaluar la admisibilidad de la demanda de restitución internacional y las medidas peticionadas por la Sra. Asesora de Menores, se intima a la Sra. Defensora de Cámara a presentar en el término de dos (2) horas las documentales detalladas en el formulario acompañado y que según informe de la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional fueron recepcionadas por su parte vía

correo electrónico; las cuales fueron recibidas por correo electrónico y agregadas a fs. 24/52 de autos.-

Que, teniendo acreditado el vínculo de las partes, surgiendo del “Acuerdo Completo y Suficiente - Repertorio N° 1337-2019” (labrado por ante Notario Público de Arica, República de Chile - fs. 42/44) que los progenitores acordaron que el cuidado personal de la niña será ejercido por su padre estableciendo un régimen de comunicación ejercido de manera libre por la madre, merituando que, de acuerdo al “Certificado Escolar” emitido por la Dirección de la Escuela D-12 “Rómulo Peña Maturana” (fs. 47), la niña cursó sus estudios en la ciudad de Arica (República de Chile) desde el año 2017 hasta el 2019 (prekinder, kinder y 1° básico), y que, de acuerdo a la autorización extendida por su progenitor, la niña pasaría junto a su madre en la República Argentina las vacaciones hasta el día 20 de Febrero del corriente año, a fs. 53, se declara admisible la demanda de restitución internacional y se dispone imprimir al presente el carácter de trámite sumarísimo, prohibiéndose la innovación de la residencia actual de la niña así como su salida de del territorio de la Provincia de Formosa y de la República Argentina, ordenando la inmediata comunicación a las autoridades vía correo electrónico.-

Que, asimismo, se corre traslado de la demanda de restitución internacional y de las documentales acompañadas a la Sra. Gilia Marlene Madariaga por el término de cinco días a efectos de la interposición de las excepciones previstas en los Arts. 13° y 20° de la Convención de La Haya; ordenándose, además, que por Secretaría se proceda a comunicar el inicio de la presente causa y las medidas cautelares a la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional, medidas a cumplidas con habilitación de días y horas.-

Que, a fs. 54, se notifica vía electrónica del inicio de la presente causa y de las medidas cautelares dictadas en autos a la Autoridad Central de Aplicación del Convenio de La Haya, a fs. 55, a la Sra. Defensora de Pobres y Ausentes de Cámara, a la Policía de la Provincia de Formosa, a la Policía Federal Argentina, a la Prefectura Naval Argentina, a fs. 56 a la Dirección Nacional de Migraciones, y a fs. 57 a la Gendarmería Nacional Argentina.-

Que a fs. 58 se agrega cédula de notificación diligenciada con habilitación de días y horas remitida a la Sra. Gilia Marlene Madariaga.-

Que, a fs. 66/71, la Sra. Gilia Marlene Madariaga, por derecho propio y con el patrocinio letrado de la Sra. Defensora de Pobres y Ausentes de Cámara N° 2 subrogante, Dra. Patricia Lea Liliana Ferreyra Bouloc, contesta la demanda y solicita su rechazo haciéndose lugar a las excepciones que plantea.-

Que, la Sra. Madariaga, en primer lugar niega todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda que no fueran expresamente reconocidos por su parte; y relata cómo se desarrolló el ciclo de la pareja, cómo conoció al Sr. Abarca Díaz, el

inicio de la relación, el matrimonio, el embarazo y nacimiento de su hija y cómo fue que finalizó dicha relación, quedando el Sr. Abarca Díaz viviendo en la ciudad de Arica (República de Chile) y la Sra. Madariaga regresando a la ciudad de Formosa.-

Que, en lo que resulta relevante a efectos de dirimir la cuestión de restitución, interpone excepciones de grave riesgo y de oposición de la niña conforme lo prevé el artículo 13 de la Convención de La Haya.-

Que, sobre la primera excepción interpuesta, argumenta que de hacerse lugar al pedido de restitución internacional se colocaría a la niña en una grave situación de riesgo psíquico y físico, ya que de regresar a la República de Chile junto al padre tendría que convivir con la familia paterna, abuela, tío y sus tres sobrinos entre los que se encuentra Felipe un adolescente de dieciséis (16) años que ha sido muy violento y agresivo con Luciana en muchas situaciones anteriores.-

Que, en ese caso, Luciana será nuevamente sometida a castigos en la casa del padre, como encierros, indiferencia y a revivir el temor hacia Federico quién la reta, se burla y la golpea en la cabeza; señala que su hija sería expuesta al peligro psíquico de volver a ser separada de su madre con quién estuvo toda su vida y a ser objeto de vejaciones por parte de sus primos e indiferencia de su padre, todo lo cuál ya dañaron a su hija quién desarrolló enuresis y miedo a estar sola.-

Que, en relación a la segunda excepción, refiere que si bien Luciana tiene siete (7) años de edad, es una niña muy madura y resuelta, que ha manifestado claramente querer seguir viviendo en la ciudad de Formosa junto a su madre, donde ha formado vínculos afectivos con amigos y familiares, no deseando regresar con su padre; argumenta que ello respetaría el mejor interés superior de su hija, ya que además el progenitor fue despedido de su trabajo, se separó de su pareja y vive en su casa familiar; de cuyos integrantes el sobrino mayor Felipe fue en muchas oportunidades agresivo con su hija; citando jurisprudencia en apoyo de sus argumentos.-

Que, a los fines probatorios, acompaña informe psicológico y certificado de escolaridad de la niña, y ofrece informativa de la Escuela a la que asiste su hija, testimoniales, pericial psicológica, solicitando que se fije una audiencia para que Luciana sea oída a los fines de tener en cuenta su opinión; fundando su contestación en las normas previstas en el Convenio de La Haya de 1.980.-

Que, a fs. 74, contesta la vista conferida a fs. 21 el Sr. Fiscal de Cámara Dr. Pedro Gustavo Schaefer, dictaminando que se encuentran reunidos los presupuestos legales para dar curso a la presente acción, otorgando la intervención que le corresponde por ley a la accionada y escuchando a la niña de conformidad al Protocolo de actuación para el funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños.-

Que, a fs. 75, se tiene por presentada en la causa a la Sra. Gilia Marlene Madariaga, y de las excepciones interpuestas y documentales acompañadas se corre

traslado por el término de cinco (5) días a la contraparte; señalándose audiencia virtual de conciliación y prueba que tendrá por objeto oír a la niña (Art. 12° de la C.D.N.) y a las partes (Art. 14° del Protocolo de Actuación), la cuál se realizará ante el suscripto, con la presencia de una Licenciada en Psicología integrante del Equipo Interdisciplinario de éste Excmo. Tribunal y la Sra. Asesora de Menores de Cámara, todo ello a través de la plataforma virtual.-

Que, a fs. 79/80 la Sra. Defensora de Pobres y Ausentes de Cámara N° 1 Dra. Mónica Raquel Acosta, en representación del Sr. Daniel Alberto Abarca Díaz, contesta el traslado de las excepciones interpuestas por la parte demandada solicitando que se rechacen las pruebas ofrecidas por impertinentes e impugnándolas subsidiariamente; peticionando que se desestime la prueba informativa del informe psicológico por no constarle su autenticidad y carecer de la fecha de elaboración, no siendo conducente en relación a la defensa opuesta, las pruebas testimoniales por ser improcedentes de acuerdo al trámite que debe darse a la presente acción, lo que desvirtuaría el proceso y lo tornaría en uno ordinario, y la prueba pericial por cuanto no se discute en autos la capacidad de paternaje o maternaje, siendo ello una cuestión de fondo que deberá dilucidarse en el ámbito judicial del país requirente.-

Que, a fs. 82/83, rola acta de audiencia virtual de la cuál participaron la niña Luciana Yael Abarca Madariaga, el suscripto, la Sra. Asesora de Menores de Cámara, Dra. María Fátima Pando, la Lic. en Psicología Carmen Cesira Benítez (integrante del Equipo Interdisciplinario del Excmo. Tribunal de Familia), la Sra. Giglia Marlene Madariaga junto a su letrada patrocinante la Sra. Defensora de Cámara N° 2 subrogante, Dra. Patricia Lea Liliana Ferreyra Bouloc, y el Sr. Daniel Alberto Abarca Díaz, con el patrocinio letrado de la Sra. Defensora de Cámara N° 1 Dra. Mónica Raquel Acosta.-

Que, en primer lugar, se desarrolló la audiencia con la niña Luciana, sin la presencia de sus progenitores, donde la Sra. Asesora de Menores y la Lic. Benítez, ésta última quien se encontraba junto a la niña, le explicaron de manera sencilla de qué se trata la presente acción y el derecho constitucional que tiene a ser escuchada, seguidamente, se dialogó con Luciana quién contó cómo transcurría su vida en la República de Chile y cómo se desarrolla aquí en la ciudad de Formosa, manifestando el deseo que tiene en relación al pedido de restitución, observándose a una niña muy despierta, muy involucrada en el conflicto de sus progenitores y apreciándose un relato contaminado con términos adultos para determinadas cuestiones que tienen que ver con el papá.-

Que, luego de escuchar a la niña, volvieron a ingresar a la audiencia virtual los progenitores junto a sus letradas patrocinantes, donde se les cedió la palabra a efectos de escuchar sus planteos y argumentos en relación al pedido de restitución,

no lográndose conciliación alguna entre las partes, quienes se mantuvieron en sus respectivas pretensiones, el Sr. Abarca Díaz en que la niña vuelva a Arica (República de Chile), y la Sra. Madariaga en que la niña se mantenga con ella en la ciudad de Formosa, reiterando los argumentos vertidos en su planteo de excepciones.-

Que, finalizada la audiencia se resolvió tener presente las manifestaciones de la niña y de las partes, no se hizo lugar a las impugnaciones de las documentales de la parte actora, se citó al Licenciado en Psicología Ricardo Fernández a una audiencia de día hábil a efectos de la ratificación del informe obrante a fs. 60/61 y reconocimiento de su firma, se desestimó las pruebas informativas, testimoniales e informe social ofrecidas por la parte demandada por inconducentes, se ordenó la realización de un informe psicológico pormenorizado sobre la niña a ser elaborado por la Lic. en Psicología Carmen Cesira Benítez a los fines de evaluar la existencia de indicadores de grave riesgo (conformes los parámetros del Art. 13° CH), se fijó un régimen de comunicación diario y por vía telemática entre la niña y su progenitor a cumplirse todos los días en el horario de las 19hs., y una vez producida la prueba ordenada, se ordenó correr vista a los Ministerios Públicos Pupilar y Fiscal de Cámara a fin de que se expidan sobre la presente acción de restitución, y, agregados sus dictámenes, pasen los autos a despacho para dictar Sentencia.-

Que a fs. 84 obra acta de audiencia de día hábil vía “whatsapp” con el Licenciado Ricardo Fernández quién expresó su ratificación íntegra y reconocimiento de la firma del informe psicológico obrante a fs. 60/61, aclarando que se realizó una primera entrevista con la madre y la niña en forma conjunta el día 06/10/2020 y una segunda entrevista con la niña sola el día 07/10/2020, entregando el referido informe ese día.-

Que, a fs. 85/86 se encuentra producido y agregado el informe psicológico de la Lic. Carmen Cesira Benítez, destacándose en el mismo el que, la profesional actuante, no advierte que el regreso de Luciana a Chile represente un grave riesgo, así como también destaca la situación de estrés que la niña padecería en caso de ser separada de su madre.-

Que, a fs. 87, contesta vista el Sr. Fiscal de Cámara Nº 1, Dr. Pedro Gustavo Schaefer, dictaminando que la causa se encuentra en condiciones de dictarse Sentencia sin que exista de su parte cuestión a observar respecto a la legalidad del procedimiento.-

Que, a fs. 88/91, la Sra. Asesora de Menores de Cámara, Dra. María Fátima Pando, en contestación a la vista conferida dictamina que puede hacerse lugar a la restitución internacional solicitada, desestimando las excepciones por no encontrarse acreditadas y peticionando medidas complementarias a tenerse en cuenta para el logro del retorno seguro de la niña.-

Encontrándose cumplidas todas las medidas dispuestas a fs. 82/83, pasan los

autos a despacho para dictar Sentencia.-

**A LA CUESTIÓN PLANTEADA:**

I.- Que, analizada la relación causal, resulta claro que nos encontramos frente a un proceso en donde se insta la restitución internacional de una persona menor de edad, que fuera oportunamente peticionado por su padre desde la República de Chile, Sr. Abarca Díaz, ante la supuesta retención ilícita efectuada por su madre, Sra. Gilia Marlene Madariaga, en la República Argentina.-

Que el Código Civil y Comercial, teniendo como fuentes al “Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños” (La Haya-1980), los puntos 1.3, 4, 5 y 6 del documento de la conferencia de La Haya “Ejecución de Órdenes fundadas en el Convenio de La Haya de 1980. Hacia Principios de Buenas Prácticas” (2006), establece en su Art. 2642 que *“En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño...”*.-

Que en el caso que aquí nos convoca es de aplicación el “Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños” (La Haya-1980), ratificado en la República Argentina por Ley Nº 23.857, el cual tiene por objeto asegurar la pronta restitución de personas menores de 16 años, que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte, y que hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte, o que, habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente; partiendo de la premisa que la residencia habitual de un niño, niña y adolescente no puede ser establecida por uno de los progenitores de manera unilateral, más aún, el centro de vida del niño no puede adquirirse tras un traslado ilícito (Arts. 1º y 3º CLH 1980).-

Que, así también, el Art. 11º del CLH 1980 nos establece claramente un procedimiento urgente, donde el factor “tiempo” resulta más que importante por cuanto, tal como lo establece el Art. 12º del CLH 1980, la integración del o la menor a su nuevo ambiente inciden liminarmente sobre la resolución y ejecución del caso, es por ello que el proceso debe ser acotado, habiéndose decretado en autos la aplicación del proceso más breve que nos brinda la normativa de forma aplicable, el cual es el procedimiento sumarísimo, pero sin ceñirnos al mismo, por cuanto la misma urgencia del caso impone la necesidad de un procedimiento que no sólo debe ser acelerado sino que también resulta presidido por restricciones en el debate y severas restricciones probatorias.-

Que durante el presente proceso, hasta llegar a éste punto de dictar sentencia, se han oído a las partes, se ha escuchado a la niña L.Y.A.M., se han producido las

pruebas pertinentes, y se ha cumplido con la intervención del Ministerio Público Fiscal y de la Asesoría de Menores de Cámara, precisándose con ello que se ha respetado el derecho de todas las partes intervinientes, se ha oído a todos y cada uno de ellos, y, por sobre todas las cosas, se ha tenido primordial consideración al cuidado y protección de L.Y.A.M., niña que demuestra claramente amar a sus padres y que, me permito desde ya expresarlo, no merece estar en medio de esta conflictiva situación entre sus seres amados.-

## II.- Configuración de la Retención Ilícita:

Que el Art. 3° del CLH 1980 establece que la retención de un menor se considerará ilícita cuando se haya producido en infracción de un derecho de custodia atribuido a una persona con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediata antes de su retención; derecho de custodia que puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.-

Que, esto significa que, a los fines de iniciar el análisis de este punto, debemos determinar en qué Estado tenía o tiene L.Y.A.M. su residencia habitual, y para ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en un reciente fallo fechado el 22/10/2020 (causa “V., M. vs. S. Y., C. R. s. Restitución Internacional de Niños”) ha dicho que *“la expresión residencia habitual que utiliza el Convenio de La Haya de 1980 hace referencia a una situación de hecho que presupone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores, es decir, se entiende que es el lugar en el cual los niños viven y establecen vínculos durables por un tiempo prolongado (arts. 2613 y 2614, Código Civil y Comercial), no viéndose esto alterado por la intención o el consenso de los progenitores acerca del lugar en que residiría la familia”*.

Que en el presente proceso resulta claro que la niña L.Y.A.M. nació, creció y asistió a la escuela en la ciudad de Arica (República de Chile) hasta el momento en que se decidió que la misma permaneciera en la ciudad de Formosa (República Argentina), por lo que no cabe la menor duda que la residencia habitual de la niña ha sido siempre la ciudad de Arica, siendo allí su “centro de gravedad”, donde tiene amigas de la escuela y familiares a los que manifiesta extrañar.-

Que el Sr. Abarca Díaz, padre de la menor, tiene el ejercicio del “cuidado personal y patria potestad” de la niña, conforme lo convenido por ambos progenitores el día 20 de Agosto del año 2019 por ante Notario Público (Repertorio N° 1337-2019, fs. 42/43), estableciéndose allí mismo un convenio por alimentos a los que se obligara la Sra. Madariaga y en régimen libre de “Relación directa y regular”, todo ello de conformidad al derecho vigente de la República de Chile.-

Que, conforme las documentales obrantes en autos así como de las manifestaciones de las partes en audiencia, la niña tenía autorización para

permanecer en la Argentina hasta el día 20 de febrero del año 2020, por lo que a partir del día 21 de febrero del corriente año la niña debía estar nuevamente en la ciudad de Arica (República de Chile).-

Que, en definitiva, resulta indubitable que el lugar de residencia habitual de L.Y.A.M. es la ciudad de Arica (República de Chile), y que, conforme las normas vigentes en dicho Estado vecino, el Sr. Abarca Díaz es quien detenta el derecho de custodia sobre la menor, quien ingresó legalmente a la República Argentina pero que debía regresar a su casa el día 21 de Febrero del año 2.020, sin hacerlo hasta el día de la fecha.-

Que, conforme lo expuesto, tanto las circunstancias jurídicas como las fácticas, hacen indudable que nos encontramos frente a un caso de “Retención Ilícita”, por cuanto existe una clara infracción al derecho de custodia atribuido al Sr. Abarca Díaz, derecho de custodia que era efectivamente ejercido por el mismo al momento de configurarse la retención ilícita.-

### **III.- Análisis de Excepciones:**

Que, configurado un caso de “retención ilícita”, quien retiene al menor puede hacer valer ciertas excepciones al deber de restituir al estado de residencia anterior, las cuales, de conformidad a los Arts. 12°, 13° y 20° del C.L.H. 1980, son: a) Falta de ejercicio efectivo del derecho de custodia por quien solicita la restitución, en el momento en que se produjo el traslado o retención (art. 13.a); b) Consentimiento o posterior aceptación del traslado o retención (art. 13.a); c) Grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera lo coloque en una situación intolerable (art. 13.b); d) Oposición del niño (art. 13); e) Imposibilidad a tenor de los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (art. 20); y, f) La integración del niño al nuevo lugar cuando el procedimiento de restitución se inicia luego de haber transcurrido un año desde el momento del traslado o la retención ilícita (art. 12, 2° párr.).-

Que la aplicación e interpretación de las excepciones en un proceso de restitución debe ser restrictiva y, a pesar de que se fundan en el interés superior del niño, niña y adolescente, en el mismo no debe involucrarse cuestiones de custodia ni proceder a dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o custodia, su único objetivo es brindar una solución urgente, centrada en determinar si medió traslado o retención ilícita y de ser así, restituir al niño, sin discutir aquí la cuestión de fondo, puesto que el objeto del proceso es que el niño regrese, debiendo el juez natural, el del centro de vida, decidir sobre el ejercicio de custodia; por lo tanto, a los fines de no desvirtuar la finalidad de la C.L.H. 1980, las excepciones procederán únicamente cuando concurren los presupuestos previstos para ello.-

Que en la causa que nos convoca son tres las excepciones a analizar, éstas son

la de grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera lo coloque en una situación intolerable (art. 13.b), la oposición de L.Y.A.M. (art. 13), éstas planteadas expresamente por la Sra. Madariaga, y la propia que impone analizar la propia C.L.H. 1980 que es la de determinar si la niña se ha integrado al nuevo medio, puesto que la conformación de un nuevo grupo social o familiar puede demostrar la existencia de un nuevo "centro de vida" por la nueva radicación, situación que pudiere repeler la acción instaurada por, en este caso, el progenitor.-

a.- Que, por ello, como primer punto, debemos determinar si se dan los elementos convencionales que pudieran establecer la existencia de ese nuevo centro de vida que impidiera a éste Magistrado el ordenar la restitución internacional de la menor, y para ello el Art. 12° del CLH 1980 expresa que *"Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor"*.-

Que, conforme ya lo analizáramos en el punto precedente, la menor debía retornar a la República de Chile a fines del mes de Febrero del presente año 2.020, siendo iniciadas las actuaciones por ante éste Excmo. Tribunal de Familia el día 28 de Septiembre del año 2.020, por lo que no se ha cumplido el plazo de un año previsto convencionalmente como plazo temporal que pudiera repeler al ejercicio de la acción de restitución internacional a partir de la posible integración de la menor a su nuevo medio y la existencia de un nuevo "centro de vida".-

b.- Que analicemos ahora el planteo de la excepción de grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera lo coloque en una situación intolerable, contenida en el Art. 13°.b) de la C.L.H. 1980, la cual es abordada pormenorizadamente en la "Guía de Buenas Prácticas sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", emanada de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y dada a conocer el pasado 9 de Marzo del presente año 2.020.-

Que, siguiendo este instrumento normativo internacional, diremos que la excepción de riesgo grave se basa en el interés principal de cualquier persona en no ser expuesto a un peligro físico o psicológico o en una situación intolerable, siendo tres los tipos de "riesgo grave" insertos en el Artículo 13°.b), los cuales son: a) un grave riesgo de que la restitución exponga al niño, niña o adolescente a daños físicos; b) un grave riesgo de que la devolución exponga al niño, niña o adolescente a daños psicológicos; y/o, c) un grave riesgo de que la devolución coloque al niño, niña o adolescente en una situación intolerable; cada tipo de riesgo puede justificar una

excepción al deber de garantizar el pronto regreso del niño, niña o adolescente.-

Que, conforme la redacción del artículo 13°.b), resulta claro que la cuestión es si existe un grave riesgo de que la devolución “*exponga al niño a daños físicos o psicológicos o que coloque al niño en una situación intolerable*”, por lo que, inclusive, el daño, físico o psíquico generado al progenitor que retiene ilícitamente, podría, en algunos casos excepcionales, crear un grave riesgo de que la devolución exponga al niño, niña o adolescente a un daño psicológico o en una situación intolerable, por lo que la excepción del artículo 13°.b) no requiere, por ejemplo, que el niño sea necesariamente la víctima principal de daño físico, ello si hay pruebas suficientes de que, debido a un riesgo de daño dirigido al progenitor que retiene, existe un grave riesgo de que ello coloque al niño, niña o adolescente en una situación intolerable.-

Que el término "grave" califica al riesgo y no al daño al niño, por lo que el riesgo debe ser real y alcanzar un nivel de gravedad tal que pueda ser caracterizado como "grave", y en cuanto al nivel de daño, el mismo debe equivaler a una "situación intolerable", es decir una situación que no se debe esperar que un niño en particular tolere.-

Que, siguiendo a la ya citada “Guía de Buenas Prácticas”, la redacción del artículo 13°.b) indica que la excepción es "prospectiva", es decir que se centra en las circunstancias del niño al regresar y en si esas circunstancias expondrían al niño a un grave riesgo, por lo tanto, aunque el examen de la excepción de riesgo grave normalmente requerirá del análisis de la información y prueba en la que se basa la persona que se opone al regreso del niño, no debe limitarse a un análisis de las circunstancias que existían antes o en el momento de la remoción o retención ilícita, por el contrario, requiere una mirada al futuro, es decir, a las circunstancias como serían si el niño, niña o adolescente fuera devuelto de inmediato.-

Que, ahora bien, mirar hacia el futuro no significa que los comportamientos e incidentes del pasado no puedan ser relevantes para la evaluación de un riesgo grave tras la devolución del niño, niña o adolescente al Estado de residencia habitual, por ejemplo incidentes pasados de violencia doméstica o familiares, puesto que la violencia puede ser prueba de la existencia de un riesgo grave, pero esos comportamientos e incidentes pasados no son por sí mismos determinantes, pueden servir al evaluar el riesgo futuro, pero también se deben tomar en cuenta la disponibilidad de medidas adecuadas y efectivas de protección del menor en el Estado de residencia habitual.-

Que, en consecuencia, el juez interviniente debe poner énfasis en la naturaleza de los argumentos de quien se opone a la restitución, y particularmente, si los mismos son lo suficientemente detallados y fundados como para constituir un riesgo grave, puesto que si aquellos se presentan caracterizados por la vaguedad o bien de manera genérica, pues entonces resultarán insuficientes.-

Que será tarea judicial el determinar si la excepción de riesgo grave para el niño, niña o adolescente al momento de su retorno está probada y, para ello, se deberá tener en cuenta todas las pruebas y circunstancias del caso en concreto, incluyendo las medidas de protección existentes o que se puedan implementar.-

Que, si luego de todo este análisis, el juez no está convencido que las pruebas presentadas acreditan la existencia de un riesgo grave, se deberá ordenar la restitución cumpliendo con los principios rectores de la C.L.H. 1980, por el contrario, si entiende que tales elementos permiten establecer la existencia de un riesgo grave, no estará obligado a ordenarla, puesto que, como se expusiera oportunamente, las excepciones establecidas en la C.L.H. 1980 deben interpretarse de manera restrictiva y sólo deben prosperar en la medidas en que estén acreditados y suficientemente probados los presupuestos que hacen a la existencia misma de la excepción.-.-

Que en el presente caso, al analizar la excepción de grave riesgo o situación intolerable a la que se expondría a L.Y.A.M. si retornase a la República de Chile, nos encontramos con que no hay prueba alguna que permita determinar la existencia misma del riesgo; del abordaje integral efectuado en el presente caso, a partir del informe psicológico efectuado por la Lic. Carmen Benítez como parte integrante del Equipo Interdisciplinario de éste Excmo. Tribunal de Familia de la Provincia de Formosa (República Argentina), no surge elemento alguno que pueda determinar la existencia de graves riesgos que impongan a esta Magistratura el oponerse a la restitución instada por el Sr. Abarca Díaz.-

Que, como bien lo ha expuesto la Sra. Asesora de Menores de Cámara, Dra. Fátima Pando, las cuestiones de violencia y maltrato alegadas por la Sra. Madariaga respecto al Sr. Abarca Díaz, a quien descalifica en su rol parental, deberán ser abordadas en los procesos correspondientes en la República de Chile, con todas las pruebas pertinentes, por cuanto no es éste el ámbito para dilucidar ni discutir las aptitudes parentales ni quién se encuentra en mejores condiciones de asumir el cuidado de L.Y.A.M., sino solamente el determinar si corresponde ordenar o no la restitución internacional de la niña.-

c.- Que, por último, he de analizar la excepción planteada en torno a la oposición de la niña L.Y.A.M. a su restitución a la República de Chile, de conformidad a su edad y grado de madurez, más aún cuando la misma ha expresado a éste Magistrado *“yo tengo derecho a decidir con quién me quedo, y si yo decido quedarme con mi mamá, me quedo con mi mamá”* (sic).-

Que las opiniones del niño, niña o adolescente pueden ser decisivas, conforme a su edad y grado de madurez, convirtiéndose así en intérpretes de su propio interés, pero, en el caso que nos convoca, no sólo debe oponerse a la restitución, sino que debe demostrar un sentimiento fuerte más allá de la mera expresión de un deseo, debe mediar un repudio irreductible a regresar al lugar de su residencia habitual,

oponiéndose clara y coherentemente (conf. Eduardo J. Pettigiani – Restitución Internacional de Menores – Tratado de la Familia – Tomo II – Ed. La Ley).-

Que L.Y.A.M. ha sido clara en su “*derecho*” a decidir, como también ha sido clara y categórica, como bien lo expresa en su dictamen la Asesora de Menores de Cámara, en su deseo de restaurar el vínculo con su padre, no expresó ninguna oposición a un posible regreso a la República de Chile, todo lo contrario, expresó claramente sus sentimientos, su deseo de que su mamá y su papá estuvieran juntos, pidiendo y hasta imponiendo incluso a éste Juez el retirarse de la sala virtual para poder hablar con su papá a solas, cuestión a lo que no fue posible plantear recurso alguno siendo ello receptado con una felicidad propia de una niña que ama y extraña a su padre.-

Que, en la audiencia tenida con la niña, claramente demostró, con su frescura, espontaneidad y calidez, que su vida, su centro de vida, está en Arica (República de Chile), contó cómo esta conformada allí su familia y cuánto extraña puntualmente a parte de ella, particularmente a su bisabuela y algunos primos, a sus mascotas, a alguna de sus compañeras de escuela, identificándose a sí misma como “*chilena y en parte argentina*” (sic).-

Que, así también, y como bien lo marca la Lic. Benítez en su informe obrante en autos, L.Y.A.M. en algunos momentos de la audiencia utilizó palabras complejas que no podía explicar, es decir, repetía palabras que había escuchado en un audio que el Sr. Abarca Díaz envió a la Sra. Madariaga poco tiempo después de haberse enterado de que su hija no volvería a Arica por decisión de su madre, hecho reconocido expresamente a este Magistrado por el Sr. Abarca Díaz al ser consultado por ello en audiencia.-

Que a partir de un “discurso adultizado” la niña demuestra claramente el temor a que su madre sea detenida por la policía por culpa de una denuncia hecha por su padre a raíz de que ella no vuelve a Chile, clarificando, una vez más, a éste Juez que la niña ama a su madre, a quien demostraba proteger a partir de su “decisión” respecto a dónde y con quién quedarse.-

Que todas estas circunstancias aquí plasmadas permiten determinar que no se encuentra configurada la excepción planteada por la Sra. Madariaga, la niña no sólo se encuentra en un nivel madurativo precario para tomar decisiones, sino que, por el contrario, cualquier opción tenida a la vista que involucre a mamá y papá la recibe con una sonrisa, no demostrando en ningún momento ni contexto más que un deseo de estar con su mamá y su papá, simplemente eso, nada más y nada menos.-

**IV.-** Que podemos decir que la “Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Restitución Internacional de Menores” tiene un doble objeto, uno que es ejecutivo y que consiste en garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante, y otro que es preventivo y que consiste en velar porque los derechos de custodia y visitas

vigentes en uno de los Estados contratantes sean respetados en los demás Estados contratantes.

Que, por y para ello, su objetivo es restablecer la situación anterior al traslado o retención ilícita mediante la restitución inmediata del menor al Estado de su residencia habitual, impidiendo que cualquier individuo unilateralmente pueda cambiar la jurisdicción a su criterio para obtener una decisión judicial que lo favorezca, de este modo, se pretende garantizar el interés superior del niño víctima de traslado o retención ilícita, que en el marco de este instrumento consiste en la pronta restitución del menor al lugar donde tiene su residencia habitual (conf. Carlos E. Echegaray de Maussion y Myriam D. Lucero - "La excepción de riesgo grave en la restitución internacional de niños: nueva guía de buenas prácticas para su aplicación").-

Que, según su Preámbulo, la C.L.H. 1980 se concluyó "*para proteger a los niños internacionalmente de los efectos nocivos de su remoción o retención ilícitas y de establecer procedimientos para asegurar su pronto regreso al Estado de su habitual residencia, así como para asegurar la protección de los derechos de acceso*", por cuanto la retención indebida es perjudicial para el niño, siendo en el interés superior del niño, niña y adolescente el regresar al Estado de su residencia habitual.-

Que las autoridades del Estado de residencia habitual están en mejores condiciones para determinar los méritos de una disputa de custodia, que normalmente implica una evaluación integral del "interés superior", como, entre otras cosas, y, por lo general, tendrán un acceso más completo y fácil a la información y las pruebas relevantes para la toma de tales determinaciones.-

Que, por lo tanto, la restitución de la ilícita retención a su Estado de residencia habitual permite la resolución de cualquier problema relacionado con la custodia o el acceso al niño, niña o adolescente, incluido el posible traslado de su residencia a otro Estado, por el tribunal que esté en mejor posición para evaluar de manera efectiva el interés superior del niño.-

Que el propósito de la Convención es exclusivamente la pronta devolución de niños, niñas y adolescentes trasladados o retenidos indebidamente a su Estado de residencia habitual, sujeto únicamente a las limitadas excepciones previstas por el Convenio, de esta manera los derechos de custodia existentes en el Estado de residencia habitual se respetan en el otro al ocuparse del pronto regreso de niños, la Convención no entiende en los méritos de la custodia, que están reservados a las autoridades del Estado de residencia habitual.-

Que, para cumplir su propósito, la Convención prevé un proceso resumido que impone al tribunal o autoridad competente que conozca la restitución el deber de ordenar la restitución del menor inmediatamente, sin especificar quién debe devolver al niño, niña o adolescente, así como tampoco especifica en qué lugar del

Estado de residencia habitual el niño debe ser devuelto, todo lo cual refuerza el concepto de que la cuestión de quién cuidará del niño, niña o adolescente cuando regrese debe ser determinado por el tribunal o autoridad competente del Estado de residencia habitual en de conformidad con la ley que rige los derechos de custodia, incluida cualquier orden que pueda se aplicará entre los padres u otras personas interesadas.-

Que el concepto de residencia habitual no puede ser concebido sin tener en cuenta otro valor fundamental como es el interés superior del niño, así la Corte suprema de Justicia de la Nación Argentina ha expresado que *“En la jerarquía de valores que sustenta la Convención de La Haya, el primer lugar lo ocupa el interés superior del niño, que es incluso preeminente frente a los intereses personales y muy dignos de protección del guardador desasido por las vías de hecho”* (CSJN en la causa “Wilner” del 14/06/1995); sosteniendo asimismo que *“el procedimiento de restitución inmediata instaurado por el CH 1980 se encuentra inspirado en la regla del interés superior del niño establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño, dado que en su preámbulo los Estados firmantes declaran estar profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia por lo que no existe contradicción entre dichas fuentes en tanto ambas propenden a la protección del citado interés superior; y que el CH 1980 parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos preservando el mejor interés de aquél mediante el cese de la vía de hecho”* (Fallos 333:1269).-

Que, en definitiva, la *finalidad primordial del Convenio de La Haya de 1980, aplicable al presente caso, no es otra que el “interés superior del niño”, el cual, en el marco aquí planteado, consiste en la pronta restitución del menor a su residencia habitual, principio que sólo puede ser desvirtuado por la aplicación de alguna de las excepciones previstas, que deben ser interpretadas restrictivamente*” (conf. Zárate, Andrés; Restitución Internacional de Menores, Aspectos civiles y penales; Ed. Cathedra Jurídica, pág. 462 - Citado en Sentencia N.º 169 del 22 de Octubre de 2018 del Juzgado en lo Civil, Comercial, Conciliación y de Familia de 1ª Nominación de Carlos Paz, en autos caratulados: “COMUNICACIÓN DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO - S/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES SOLICITADA POR A. M. G. – COMUNIC. INTERJURISDICCIONAL”).-

Que, conforme la contemporaneidad del fallo de nuestro máximo Tribunal Argentino en la causa “V. M. vs. S. Y., C. R. s. Restitución internacional de niños” (22/10/2020), me permito transcribir aquí lo allí expresado cuando dice que:

*“esta Corte Suprema se ha expresado en reiteradas oportunidades acerca de la inexistencia de incompatibilidad o contradicción entre el citado CH 1980 y la Convención sobre los Derechos del Niño -aprobada por Ley 23849-, 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, sin que se presenten circunstancias excepcionales, ni la apelante aduzca razones de entidad que permitan a este Tribunal apartarse de dicho criterio (confr. Fallos: 318:1269; 328:4511; 333:604 y 339:1534).*

*La citada Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional conforme el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental, reconoce en su art. 3º el derecho del niño a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que se adopten y que le afecten, y en su art. 11 dispone que "1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes."*

*8º) Que es en ese marco que el Estado argentino ha suscripto el mencionado Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (aprobada por Ley 25358). Ambas contemplan un proceso urgente -con un marco de actuación acotado- para paliar los traslados o retenciones ilícitas de los menores de edad, 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 (conf. Doctrina Fallos: 318:1269; 328:4511; 333:604, 2396; 339:1534, 1742 y 1763)".-*

Que, una de las doctrinarias más importantes en la materia, referente y permanente colaboradora de todos quienes nos encontramos antes casos como el traído a éstos autos, la Dra. Graciela Tagle de Ferreyra, expresa claramente que, por más que aquí hablemos de una ilicitud en la retención, no tratamos con los aspectos penales del desplazamiento ilícito, ni de una decisión relativa a la guarda del niño cuya competencia será la del juez de la residencia habitual, tratamos con un trámite que tiende a adoptar las medidas urgentes para el rápido retorno del menor, procurando volver las cosas al estado anterior al hecho ilícito, salvo que se den algunas de las situaciones de excepciones reguladas expresamente en el art. 13 del Convenio, siendo fundamental para que los jueces resuelvan correctamente estos casos, no incurrir en el error de pretender resolver sobre la custodia, puesto que ello es una cuestión ajena al objeto de una solicitud de restitución que deberá ser resuelta por el juez natural del lugar de residencia habitual del niño, una vez concluido el juicio de restitución (conf. Tagle de Ferreyra, Graciela; Restitución Internacional de

Menores; Ed. Advocatus; pág. 32).-

Que, en definitiva, es en el interés superior de L.Y.A.M. que debe resolverse la cuestión planteada en autos en forma urgente, determinando si la retención es ilícita y, en su caso, si las excepciones planteadas son atendibles, llegando claramente a la conclusión de que nos encontramos frente a una retención ilícita que impone a ésta Magistratura el ordenar el inmediato retorno de la niña a la ciudad de Arica (República de Chile), por cuanto conculca contra el interés superior de la niña el haberla sustraído ilegalmente del lugar de su residencia habitual, de su centro de vida, cuestión que no puede modificarse en forma unilateral por parte de alguno de los progenitores a partir de decisiones desmotivadas de fundamentos atendibles.-

V.- Que, llegado a la conclusión de que L.Y.A.M. debe retornar a la ciudad de Arica (República de Chile), debemos ahora establecer claramente la modalidad del regreso, así el Artículo 2642° del Código Civil y Comercial de la República Argentina establece que “... *El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión...*”.-

Que la norma establece el deber de la autoridad judicial competente de supervisar el regreso del niño al estado de su residencia habitual anterior al desplazamiento, indicando, además, que se deberán fomentar las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión. es decir, si no pudiera arribarse a un acuerdo voluntario para el cumplimiento de la orden de restitución, se deberán establecer disposiciones que aseguren el reintegro seguro del niño al estado de su residencia habitual anterior al desplazamiento (conf. Marisa Herrera – Código Civil y Comercial Comentado – Tomo IV).

Que, la “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores - Cuarta parte – Ejecución”, nos dice que, dictada la orden de restitución, se deberá hacerlo en la forma más detallada y específica posible, tomando incluso las medidas que resulten necesarias para proteger rápidamente al niño, niña o adolescente de cualquier otro peligro, así como se deberán implementar medidas tendientes a preparar al niño, niña o adolescente sustraído para su restitución.-

Que estas medidas deben considerarse especialmente cuando la restitución involucre el cambio de la persona que ejerce el cuidado primordial del niño, niña o adolescente y/o cuando el contacto entre éste y el progenitor perjudicado se interrumpió por un tiempo considerable, en estos casos el tiempo previsto para ello se limitará a lo que sea necesario, por cuanto será también objetivo primordial, evitar el fracaso de la ejecución de restitución debido a la oposición del niño, niña o adolescente a ser restituido, malográndose el propósito del Convenio y de la orden de restitución.-

Que, el Artículo 12° del C.L.H. 1980, dispone que se ordene “*la restitución del menor*”, y su Preámbulo especifica que se lo restituye normalmente al Estado donde el niño residía habitualmente antes de su traslado o retención ilícita, no existiendo referencia explícita que ordene la entrega del niño a una persona o el cambio de la persona que ejerce su cuidado primordial; ello ofrece un abanico de posibilidades para la orden de restitución, debiendo tener en cuenta las opciones disponibles en el sistema legal, eligiendo la solución más apropiada en cada caso individual, siendo muy importante que la orden de restitución sea lo más específica posible, es decir, cuando y como se restituirá al niño y quien lo hará, siendo importante incluir datos específicos en la orden de restitución (por ejemplo, la hora y el lugar de la entrega y si se requiere la presencia de otros profesionales) teniendo siempre como objetivo el lograr la restitución causándole la mínima tensión posible al niño, niña o adolescente.-

Que, asimismo, al decir de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, ante la todavía ausente ley específica que regule este tipo de procesos a nivel nacional, el "Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños", aprobado por la Comisión de Acceso a Justicia de la Corte Suprema en el año 2017, resulta una herramienta útil y orientadora para todos los operadores judiciales del CH 1980, en tanto brinda pautas de actuación para llevar a cabo el procedimiento en un tiempo reducido (CSJN, causa “V. M. vs. S. Y., C. R. s. Restitución internacional de niños” - 22/10/2020).-

Que dicho “Protocolo de Actuación”, en su Artículo 17° establece que, para garantizar el regreso seguro del niño, la sentencia que ordena la restitución, mínimamente debería contener: 1) la fecha o el plazo en que se hará efectiva la restitución; 2) la indicación de la persona que acompañará al menor, sin que ello se convierta en un obstáculo para el regreso del niño; 3) la determinación de quien correrá con los gastos (tickets del niño y del acompañante y alojamiento); 4) el levantamiento de las medidas cautelares de prohibición de salida del país, a los efectos del viaje de regreso y para ese destino; 5) una exhortación a las partes a cooperar y promover el cumplimiento voluntario, para evitar demoras indebidas; 6) establecer si se convocará a psicólogos, mediadores, intérpretes, etc., para dar cumplimiento a la orden, siempre que ello no genere demoras en la ejecución de la sentencia; recaudos que solo configuran una orientación general, pudiendo ser adaptados a las peculiaridades de cada caso.-

Que, hasta aquí ríos de tinta en doctrina y jurisprudencia, datos al que cualquier operador jurídico pudiera acceder desde cualquier dispositivo electrónico, pero, frete a ello, la realidad que nos aborda nos plantea un nuevo y más trascendental desafío técnico, jurídico, humano, de cooperación y de coordinación, por cuanto no encontramos todos, argentinos, chilenos y ciudadanos del mundo,

sumidos en una situación de pandemia que nos impone aguzar el ingenio e instar aún más la cooperación entre las partes e institucionales a los fines del interés superior de L.Y.A.M.-

Que, en este proceso, el Sr. Abarca Díaz afirmó su voluntad de costear los gastos que insuma el traslado de su hija, así como la Sra. Madariaga sólo se mostró preocupada respecto al lugar donde ella debería alojarse en caso de regresar a la ciudad de Arica, y, respecto a la niña, no ahondaré respecto a lo ya dicho en torno a la inexistencia de oposición alguna a regresar a lo que fue su residencia habitual desde su nacimiento, no existió ninguna conducta que obstaculizara el presente proceso así como se demostró, hasta aquí, actitud alguna que pudiera demostrar una actitud irreductible frente a la ejecución de una orden de restitución.-

Que, la ya citada “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores - Cuarta parte – Ejecución”, nos brinda un dossier de factores que pueden demorar la ejecución de la orden de restitución, entre las cuales está el que la orden de restitución no especifique los detalles exactos de la entrega o restitución del niño, niña o adolescente, tales como de qué manera se debe efectuar, dentro de qué espacio de tiempo ni el lugar preciso en el Estado de residencia habitual al que se deberá restituir al niño.-

Que, en resumidas cuentas, la sentencia de restitución la podríamos resumir en que la misma deberá responder a las preguntas “quién la hará”, “dónde se hará”, “cuándo se hará” y “cómo se hará”, por lo que, teniendo absolutamente claro quién será la persona que trasladará a la niña, con quién irá ella y quién correrá con los gastos, durante la “vieja normalidad”, sólo restaría determinar el tiempo prudencial y razonable para que el padre de la niña llegue a Formosa (República Argentina) a buscarla a ella y a su madre, pero nos encuentra esta “nueva normalidad” donde los factores de demora dependen de circunstancias que escapan a la mera voluntad de las partes y hasta de esta Magistratura.-

Que el mundo todo esta sumido en una situación de pandemia, el dichoso coronavirus COVID-19 ha impuesto a los Estados Nacionales, Provinciales y Municipales la necesidad y hasta la obligación de tomar medidas de protección sanitaria en resguardo de la salud de las personas, medidas entre las cuales se destacan el cierre de fronteras y la implementación de protocolos de ingreso, por ejemplo, a las provincia de la República Argentina.-

Que, la República Argentina, por Decreto N° 274/20, estableció la prohibición de ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país, a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de frontera y cualquier otro punto de acceso, medida que, por Decreto N° 814/2020 (B.O. del 26/10/2020) se encuentra prorrogada hasta el día 08 de Noviembre del presente

año 2020.-

Que, en dicho Decreto N° 814/2020, se establece que será la Dirección Nacional de Migraciones, organismo descentralizado actuante en la órbita de la Secretaría del Interior del Ministerio del Interior, quien podrá establecer excepciones con el fin de atender circunstancias de necesidad o de implementar lo dispuesto por el Jefe de Gabinete de Ministros en su carácter de Coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional”, respecto del desarrollo de actividades especialmente autorizadas.-

Que, en este último supuesto, la Dirección Nacional de Migraciones, previa comunicación al Ministerio de Salud, al Ministerio de Transporte, al Ministerio de Seguridad y a la Administración Nacional de Aviación Civil, determinará y habilitará los pasos internacionales de ingreso al territorio nacional que resulten más convenientes al efecto, y establecerá los países cuyos nacionales y residentes queden autorizados para ingresar al territorio nacional (Art. 31° - Decreto N° 814/2020).-

Que también se encuentra suspendido a la fecha el transporte de pasajeros por vía terrestre, siendo recientemente habilitados ciertos vuelos comerciales dentro de la República Argentina, pero dependiendo ello de las habilitaciones que al efecto den las respectivas provincias argentinas, siendo Formosa una de las provincias que no permite, a la fecha, el arribo de vuelos comerciales de pasajeros, por lo que la única posibilidad cierta, al día de la fecha, de poder llegar a la ciudad de Formosa es por vía terrestre y a través de un medio de transporte particular, lo cual implica necesariamente trasladarse a través de diferentes jurisdicciones provinciales.-

Que, dentro del territorio nacional argentino, en razón a nuestro sistema federal de gobierno, las autonomías provinciales, conforme las facultades que le otorga el Art. 121° de la Constitución Nacional que las faculta a tomar medidas de policía fundadas en el resguardo a la salud pública, han establecido determinados requisitos a cumplir por toda persona que pretenda ingresar a ellas o transitar por ellas, tomando para ello los datos obrantes en la página oficial del Gobierno de la Nación Argentina([www.argentina.gob.ar](http://www.argentina.gob.ar)), veamos los requisitos que cada provincia establece a tales fines, actualizados al día 26 de Octubre del año 2020, a saber:

Provincia de Buenos Aires: los pasajeros de vuelos ingresarán por Bahía Blanca y Mar del Plata, y se les requerirá el certificado de circulación COVID-19 obtenido desde la APP CuidAR.

Provincia de Catamarca: Permiso nacional de tránsito y provincial de ingreso a la cual se tramita en la página [ingreso.catamarca.gob.ar](http://ingreso.catamarca.gob.ar), donde se podrá consultar la normativa y requisitos.

Provincia de Chaco: Solicita vuelos hacia esa provincia sean a partir del 25 de octubre. Se requiere que quien quiera hacer uso de tal opción obtenga el permiso

provincial propuesto en el programa denominado “Volver a Casa” ingresando a la página <https://gobiernodigital.chaco.gob.ar/login>. Limitaciones propias del art. 11 del DNU N° 792/20. Además, el horario de llegada a la provincia deberá respetar la alarma sanitaria establecida, la cual es entre las 7 y 21 hs.

Provincia de Chubut: Previo a efectuar la compra del pasaje deberá tramitar el permiso a través de la plataforma CuidAr y el correspondiente permiso de la provincia mediante la web: <http://www.seguridad2.chubut.gov.ar/> Solamente en Trelew piden una prueba RT-PCR no detectable para COVID, dentro de las 72 horas previas al inicio del viaje. Se encuentran autorizadas a ingresar a la Provincia quienes tengan domicilio en ella; y aquellas personas que sin tener su domicilio en el territorio provincial, se encuentran autorizados a circular por ser alcanzadas por las excepciones previstas por normas nacionales, o bien su ingreso se encuentre debidamente justificado por motivos de salud.

Provincia de Córdoba: Presta conformidad a que los servicios de transporte, tanto aéreo como terrestre, ingresen al territorio de la provincia de Córdoba. Requisitos para abordar un vuelo con destino la provincia de Córdoba: Los pasajeros que pretendan usar estos servicios deberán portar el “CERTIFICADO UNICO HABILITANTE PARA CIRCULACIÓN – EMERGENCIA COVID-19” y/o el instrumento sustitutivo o complementario que la normativa vigente requiera. Descargar la APP Cuidar y proceder al correcto llenado y actualización de los datos requeridos por la misma, incluyendo la declaración Jurada por COVID 19.

Provincia de Corrientes: Los pasajeros deberán solicitar el ingreso a la provincia de Corrientes el permiso, trámite online a través del sitio web <https://permisos.corrientes.gob.ar/permisos> Requisitos: motivo de la solicitud del permiso, DNI, número de trámite de DNI, nombre y apellido, fecha de nacimiento, mail, teléfono, resultado negativo por PCR menor a 48 hs. En caso de no contar con PCR menor a 48 hs. El pago vía online de un testeo por los medios electrónicos que el sistema pone a disposición del requirente, control éste que se realizará en el lugar de ingreso.

Provincia de Jujuy: Los pasajeros deben contar con Certificado Único Habilitante para Circulación-Emergencia COVID19 y descargar la APP CIUDAR. Los pasajeros sin residencia en JUJUY deben poseer obra social que tenga prestación en dicha prov. o en caso contrario contratar un seguro de viajero.

Provincia de La Rioja: Presta conformidad para reanudación de servicios aéreos a partir del 19 de octubre. Informa que se realizará control médico obligatorio en el Aeropuerto de LA RIOJA a los pasajeros al momento de su llegada. Además, se solicita que los pasajeros cuenten con certificado de PCR o Test rápido de antígenos con resultado negativo menor a 72 hs.

Provincia de Mendoza: Presta conformidad con la mayor cantidad de

frecuencias que la logística dispuesta en conjunto con las empresas permita, y con las personas que necesiten o pretendan viajar a la provincia por motivo alguno.

Provincia de Misiones: Solicita con prontitud, autorizar la apertura progresiva del Aeropuerto de Iguazú, pensando a futuro en el turismo de cabotaje dentro del país. Se requiere certificado de COVID-19 negativo menor a 48 hs. Y en caso de no contar con el mismo se deberá realizar el Test rápido de COVID-19 o PCR bajo su exclusivo gasto. Toda persona que ingrese al territorio provincial deberá utilizar los mecanismos electrónicos de geolocalización y auto test establecidos.

Provincia de Neuquén: Vuelos restringidos únicamente para pasajeros de actividades esenciales; personas en tratamiento médico, o repatriados con domicilio en la Provincia del Neuquén que tengan como destino final alguna de las 7 (siete) localidades que registran transmisión comunitaria de COVID-19 en la Provincia. - Requisitos para pasajeros: Deberán portar Certificado de Circulación "CUIDAR" para actividades esenciales, y/o constancia de turno médico, someterse a control de síntomas (temperatura) antes de la partida y al arribo del vuelo. Las aerolíneas deberán presentar listado nominalizado de pasajeros y tripulación que incluya datos de contacto; y ubicación de los mismos dentro del vuelo. Los repatriados deberán acreditar domicilio en Neuquén. - Se deberá buscar un esquema de programación de los vuelos que evite la superposición de las frecuencias en la llegada y en la partida; a fin de evitar aglomeración de personas en el Aeropuerto de la Ciudad de Neuquén. - Requisitos para pasajeros: Deberán portar Certificado de Circulación "CUIDAR" para actividades esenciales, y/o constancia de turno médico; someterse a control de síntomas (temperatura) antes de la partida y al arribo del vuelo. Las aerolíneas deberán presentar listado nominalizado de pasajeros y tripulación, que incluya datos de contacto; y ubicación de los mismos dentro del vuelo. Los repatriados deberán acreditar domicilio en la Provincia del Neuquén.

Provincia de Río Negro: Informa que los pasajeros deberán presentar Certificado COVID-19 Negativo realizado con un máximo de 48hs. de antelación a los traslados, como así también deberá ser controlada la temperatura de los mismos previo al ascenso a las aeronaves. Asimismo, los pasajeros deberán completar una planilla con carácter de declaración jurada, la que deberá contener sus datos personales y la información relativa al itinerario previsto (Nombre y apellido, DNI, teléfono de contacto, lugar de residencia, domicilio de alojamiento en Río Negro, motivo del viaje, fecha de regreso, etc.). A los fines de su recepción, esta Provincia dispondrá de personal en los Aeropuertos. En el mismo sentido, y al momento de ingreso a la Provincia, las personas serán sometidas al examen de los signos vitales por parte del personal sanitario afectado a los operativos de control dispuestos en distintos puntos de nuestra geografía.

Provincia de Salta: Certificados necesarios para ingresar a la provincia: -

circular - Declaración jurada de ingreso de particulares con residencia en la provincia de Salta Todas las personas deben descargar la app salta covid o cargar sus datos en web covid19.salta.gob.ar. Además, se solicitará para todos los casos una declaración jurada al ingreso sobre las condiciones sanitarias de la persona, en la cual certifique estar libres de síntomas compatibles con COVID-19, y no haber tenido contacto estrecho con un paciente positivo en los últimos 14 días previos al ingreso a la Provincia. Toda persona que ingrese a la Provincia, cualquiera sea la vía utilizada (terrestre y/o aérea) o motivo, deberá someterse a la revisión médica de la autoridad sanitaria, quien efectuará el examen clínico pertinente tendiente a identificar la existencia de sintomatología respiratoria, febril y/o cualquier otra propia del COVID-19.

Provincia de San Juan: Se requiere para el ingreso a la provincia el certificado de PCR negativo menor a 72 hs., exceptuando los menores de 6 años que no están obligados a presentar dicho certificado. Además, se exige exhibir CERTIFICADO UNICO HABILITANTE PARA CIRCULACIÓN-EMERGENCIA COVID19 o poseer la APP CIUDAR. Cumplir estrictamente con lo previsto en el PROTOCOLO PROVINCIAL COVID19 según el tipo de transporte utilizado. Además, se solicita la reanudación de los servicios entre SAN JUAN y BUENOS AIRES que prestaba AEROLINEAS ARGENTINAS SA conforme la programación que la misma empresa realiza.

Provincia de San Luis: Se presta conformidad para las para personal esencial y razones de salud. Para los pasajeros que ingresen/egresen de la provincia será requisito indispensable, portar con la autorización de ingreso/egreso gestionada a través de [www.sanluis.gov.ar/coronavirus/](http://www.sanluis.gov.ar/coronavirus/) la que deberá ser acreditada y visada previo a embarque por personal autorizado. Es obligación inexcusable de la empresa prestataria del servicio de transporte verificar el estricto cumplimiento del presente protocolo, antes del embarque de cada pasajero, en caso de incumplimiento, será responsable de los daños y perjuicios que pudiere generar, debiendo además regresar al pasajero al lugar de origen y asumiendo todos los gastos y costos que ello implique. Se solicita autorización para que en la zona de pre embarque de la línea aérea, se faculte la presencia de una persona de nuestra jurisdicción (recurso humano aportado por la Provincia) a fin de fiscalizar los requisitos establecidos en el protocolo, previo al embarque del pasajero, siendo indispensable para efectuar el correspondiente control.

Provincia de Santa Cruz: Sujeto a la autorización de cada COE local de la capacidad de garantizar el control y el aislamiento de 14 días en hotel o dispositivo de aislamiento determinado a tal fin. Los pasajeros que ingresen a la provincia deberán certificar que sean efectivamente habitantes de SANTA CRUZ con domicilio en la localidad de destino, dando tratamiento especial y definido por la autoridad sanitaria provincial a aquellos casos especiales y de excepcionalidad que por razones estrictamente familiares o de salud deban realizar algún tipo de movimiento para lo

cual, estos se encuentran supeditados al análisis y autorización. Los pasajeros, previo al traslado, deberán contar con: Certificado Unico Habilitante para Circulación – Emergencia COVID-19 Permiso provincial emitido en la página [circulacion.santacruz.gob.ar](http://circulacion.santacruz.gob.ar) Estudio PCR Negativo dentro de las 48 hs previas al traslado.

Provincia de Santa Fe: En base a criterios epidemiológicos, los factores de riesgo potencial de contagio y conforme al artículo 2º de la Resolución 221 del Ministerio de Transporte de la Nación-, se determinaron las siguientes condiciones y requisitos a cumplimentar por cada pasajero: 1- Se autoriza a viajar a la Provincia de Santa Fe a Personal esencial y personas que deban realizar tratamientos médicos. 2- Presentar Certificado Único Habilitante Para Circulación - Emergencia COVID-19. 3- Exhibir DD JJ sobre estado de salud (DJES) de la App de la Provincia de Santa Fe e información del viaje interprovincial. 4- El Personal esencial o personas que deban realizar tratamientos médicos, podrán ingresar al territorio de la provincia por 72Hs. Estarán eximidos de realizar cuarentena, pero no podrán sociabilizar. Se deja expresamente aclarado que en el caso de que la estadía se prolongue por más de 72hs, y previo al reinicio de su actividad, deberán cumplimentar una cuarentena de 14 días. 5- Se autoriza a viajar a toda persona residente, no exceptuada, no esencial, que se encuentre en otra provincia u otro país, y desee regresar a su lugar de residencia. La misma deberá realizar cuarentena obligatoria. El Poder Ejecutivo de la Provincia da a conocer que mantendrá la evaluación de la actividad en base a los criterios epidemiológicos que determinen las autoridades sanitarias y los factores de riesgo potencial de contagio que la misma implica.

Provincia de Santiago del Estero: Se presta conformidad para aquellas personas que se encuentren habilitadas por el art. 11 del DNU N° 792/20. Se establecerá un Protocolo específico que aplicarán los organismos encargados de coordinar los traslados, donde se les informará toda la parte operativa y los requerimientos específicos para cada empresa que quiera realizar dichos traslados, como así también toda la documentación necesaria y los requisitos con los que deberán contar los usuarios del servicio. Los pasajeros deberán presentarse de manera obligatoria para solicitar su pasaje con DNI e hisopado negativo de hasta 72 hs. antes avalado por el SIISA (Sistema Integrado de Información Sanitaria Argentina). Al ingreso a la provincia se realizará un control a los pasajeros de temperatura y olfato, test de diagnóstico rápido, DDJJ que deberá firmar y tener descargada en su teléfono móvil la aplicación provincial CUIDAR SE para el seguimiento de los pasajeros que se hayan trasladado.

Provincia de Tierra del Fuego: Se permite el ingreso de pasajeros residentes en la provincia o aquellas personas no residentes que cuenten con la autorización correspondiente del COE, que todos los pasajeros que se hayan

realizado el test de PCR hasta 72 horas antes del vuelo y remitan el resultado negativo a la siguiente dirección de correo electrónico: [demandasinmediatascasatdf@gmail.com](mailto:demandasinmediatascasatdf@gmail.com) a efectos de que se le otorgue el permiso correspondiente por parte de la Casa Tierra del Fuego.

Provincia de Tucumán: Los pasajeros que arriben al aeropuerto Benjamín Matienzo deberán: 1- Presentar el Certificado nacional de circulación (CUIDAR) 2- Declaración jurada a los efectos de contar con la trazabilidad del movimiento de los pasajeros arribados. 3- Al arribar, se realizarán estudios clínicos sobre parámetros vinculados a los síntomas compatibles con COVID-19.

**Provincia de Formosa (lugar de residencia temporal de L.Y.A.M.)**: No se permite el arribo de vuelos comerciales, en consecuencia, sólo se puede ingresar a la Provincia de Formosa por vía terrestre, dicho ingreso se debe gestionar a través de la página oficial del Gobierno de la Provincia de Formosa ([formosa.gob.ar](http://formosa.gob.ar)) debiéndose esperar la "Autorización de ingreso", expedida por el Consejo Provincial de Atención Integral de la Emergencia COVID-19, autorización la cual establece el día en que la persona podrá ingresar, los requisitos que deberá cumplir previamente para ellos y el lugar donde el ingresante cumplirá con una CUARENTENA OBLIGATORIA DE 14 DÍAS en un lugar de aislamiento establecido previamente por el Estado Provincial.-

Que este crisol normativo nos impide, me impide, en este momento poder determinar claramente el cuándo y el cómo, ya que el Sr. Abarca Díaz se vé impedido de ingresar a la República Argentina, así cómo la Sra. Madariaga no sólo manifiesta carecer de recursos económicos a los fines de costear el traslado de la niña sino que, además, está embarazada de, a la fecha, aproximadamente cinco (05) meses, hecho que, conforme información oficial, la coloca dentro de la población vulnerable al coronavirus COVID-19, debiendo en tal caso extremarse las precauciones sanitarias y de higiene personal.-

Que, el status o situación sanitaria existente en cada provincia argentina no es el mismo, existiendo provincias donde la circulación viral se encuentra declarada, y otras, como la Provincia de Formosa, donde la circulación viral se encuentra focalizada en determinadas ciudades y el contagio contenido, todo lo cual incide enormemente en la decisión que debo tomar, por cuanto no debemos caer aquí en una discusión respecto a qué es más importante, si el interés superior de L.Y.A.M. o el interés general de la población en el mantenimiento de la salud pública, ambos son importantes y trascendentes, y ninguno es excluyente del otro, al contrario, el propio interés superior de la niña incluye su salud, lo cual, en este contexto de contagio global, no pude ser abordado sin tener también en cuenta la salud de su propia familia, y el de la comunidad toda, por cuanto no pude ser desconocido el riesgo que implica la circulación indiscriminada de un virus que ya se ha llevado la vida de

cientos de miles de personas, madres, padres, hijas, hijos, abuelas, abuelos, tías, tíos, cada persona cuenta, cada persona es una historia, cada persona es parte de una familia y ninguna es más importante que otra.-

Que, así, es en el interés superior de la propia L.Y.A.M. que debe regresar a Arica (República de Chile), y debe ser ese mismo interés superior el que deba guiarnos aquí a los fines de determinar las medidas a tomar en pos a la efectiva ejecución de su regreso o retorno seguro, teniendo especial importancia tanto el resguardo de su salud como la de sus padres y sus familias, pero también debiendo tener en cuenta, ante la incertidumbre ejecutiva en la que nos encontramos, en que el transcurso del tiempo sin que el mentado regreso pueda efectivizarse puede provocar afecciones sobre la sobre la niña, por lo que somos los jueces de los distintos Estados contratantes los que debemos proporcionar las respuestas a estos interrogantes que nos presenta una impredecible evolución de una pandemia sin precedentes.-

Que el COVID-19 puede tener una incidencia en la noción de “integración en el nuevo medio” si no tomamos las medidas pertinentes para, al menos, aminorar el riesgo a que ello suceda, vale destacar que aquí la Sra. Madariaga no ha planteado a la pandemia como excepción de riesgo grave para L.Y.A.M., pero, teniendo en cuenta la mirada prospectiva que nos impone la C.L.H. 1980, así como las limitaciones temporales al poder determinar y definir claramente puntos centrales en torno a la ejecución de la orden de restitución, debemos prever la incidencia que el mero trascurso del tiempo tenga sobre la niña.-

Que existen pocas soluciones sobre la materia, en Europa, la High Court of England and Wales (Family Division) [2020] EWHC 834 (Fam), en un caso donde se encontraba involucrada una familia española, donde quedó probado que la menor tenía su residencia habitual en España e incluso ésta manifiesta su firme voluntad de regresar a España con su padre, y, por tanto, que la menor había sido sustraída ilícitamente a Reino Unido por la madre, alegando la sustractora la excepción de grave riesgo de la menor por la situación de crisis sanitaria debido al COVID-19 en España, el Tribunal reconoció la gravedad de la pandemia, pero también, partiendo de informes oficiales del gobierno inglés, consideró que -a pesar de que la madre estaba embarazada- ni la niña ni ninguno de sus padres integraban el grupo de mayor riesgo de contraer el virus y que nada permitía decir que fuera un lugar más seguro que España, reconoció que el viaje internacional podría entrañar un peligro en sí mismo pero, como los viajes entre los dos países se continuaban realizando en casos especiales, consideró que el riesgo no era suficiente como para impedir el regreso.-

Que en nuestro continente, el 5 de mayo de 2020 fue ordenado el reintegro a Panamá de una menor de 9 años retenida por su padre en Costa Rica desde hacía un año, aunque la retención se originó con anterioridad a la pandemia, la restitución se

ordenó a pesar del coronavirus, al considerar que la situación sanitaria no representa un peligro de daño tal que justificara rechazar la restitución, y, como se encontraba cerrada la frontera entre los dos países, los órganos judiciales de Costa Rica y Panamá debieron actuar coordinadamente para obtener los salvoconductos para circular y traspasar la frontera.-

Que ambos casos nos ejemplifican claramente qué es lo que debe prevalecer, por cuanto si bien la restitución de menores entre países afectados por la pandemia implica un riesgo, éste no tiene la entidad suficiente como para impedir la restitución, porque el daño que la demora puede producir al niño sustraído es seguro, mientras que el eventual daño que le podría causar un traslado internacional es incierto, siempre estarán dadas las condiciones cuando se trata de garantizar el interés superior de los niños.-

Que, dicho esto, la situación de pandemia reinante, si bien nos presenta un obstáculo, de ninguna manera puede paralizarnos al punto tal de impedir una restitución, por el contrario, debemos afrontar el desafío garantizando un rápido y seguro retorno de L.Y.A.M. y la efectiva ejecución de las obligaciones bajo el C.L.H. 1980, contactando y cooperando con la Autoridad Central para garantizar una concientización actual y completa de la situación en el destino, y la correcta ejecución de las órdenes de restitución; introduciendo arreglos prácticos que permitan un regreso seguro de puerta a puerta para la niña; reevaluando constantemente los mismos para garantizar que se actualicen para hacer frente adecuadamente a las recientes novedades sobre la situación del COVID-19; y siempre contemplando y atendiendo la angustia de la niña y de sus padres con respecto a viajar a la luz de la situación del COVID-19, especialmente en situaciones como la de autos, donde la Sra. Madariaga, debido a su estado de embarazo y al paso del tiempo, pueda verse impedida de viajar con su hija (conf. instrumento, elaborado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya).-

Que, a tales fines, acudiendo nuevamente a la “Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Cuarta parte – Ejecución”, establece que una forma de garantizar la restitución segura está dada por la cooperación transfronteriza, donde las Autoridades Centrales brinden información relacionada con las medidas de protección y los servicios disponibles en el Estado requirente, cuando sea necesario para garantizar la restitución segura del niño, por lo que, desde la C.L.H. 1980, se alienta el utilizar redes judiciales nacionales, regionales e internacionales y recurrir a jueces de enlace y a solicitar la asistencia de las Autoridades Centrales.-

Que se establece las Autoridades Centrales de ambos Estados, requirente y requerido y, cuando corresponda, los tribunales del Estado requirente) deberán

comunicarse lo antes posible durante el proceso de restitución con la intención de realizar los arreglos prácticos y jurídicos necesarios para la restitución segura del niño.-

Que no escapa a este Magistrado que la letra de la Guía citada no se refiere al “retorno seguro” en el ámbito de la pandemia, pero sí establece que la cooperación transfronteriza resulta una garantía para la ejecución de una medida de restitución pronta y efectiva, y, en el contexto aquí analizado, esta cooperación resulta esencial para lograr aquellos “arreglos prácticos” que nos permitan accionar en pos al interés superior de L.Y.A.M., ya que aquí deberemos contar con salvoconductos o autorizaciones de circulación internacionales y nacionales, así como coordinar, según el caso, con las autoridades de las provincias por las que debiera transitar el Sr. Abarca Díaz a los fines de buscar a su hija y retornarla a Arica (República de Chile).-

**VI.-** Que, como corolario de lo hasta aquí expuesto, ésta Magistratura no puede más que supeditar la efectiva ejecución de la orden de restitución a la obtención de los salvoconductos, autorizaciones de circulación y/o toda la documentación que fuera necesaria a los fines de que el Sr. Abarca Díaz pueda llegar efectivamente a Formosa (República Argentina) desde la ciudad de Arica (República de Chile), y que la niña L.Y.A.M., la Sra. Madariaga y el Sr. Abarca Díaz puedan regresar a la ciudad de Arica (República de Chile) partiendo desde la ciudad de Formosa (República Argentina).-

Que, independientemente de lo cual, sí podremos definir ciertos puntos centrales correspondientes al retorno, uno de los cuales, como ya lo adelantara en puntos anteriores, será el Sr. Abarca Díaz quien, a partir de así haberlo asumido, tendrá a su cargo el buscar a su hija L.Y.A.M. de la ciudad de Formosa (República Argentina) y llevarla a la ciudad de Arica (República de Chile), costeadando el mismo los gastos que ello depare.-

Que, asimismo, la niña L.Y.A.M. deberá viajar con su madre, Sra. Giglia Madariaga, por cuanto, como bien lo expusiera la Lic. Carmen Benítez en su informe obrante en autos, *“la separación de la madre, en este momento de unión afectiva y complicidad emocional, servirá a una situación de estrés... Es decir que, se debería garantizar el regreso a su centro de vida de la forma menos estresante posible”*, conclusión que este Juez comparte totalmente.-

Que, ahora bien, la urgencia misma que impone el interés superior de L.Y.A.M. también la impone la situación de la Sra. Madariaga, quien se encuentra embarazada y, por tanto, dentro de los grupos vulnerables a ésta pandemia, dejando a salvo los riesgos propios de todo embarazo, muchos de los cuales son imprevisibles, por lo tanto la Sra. Madariaga, en caso de no poder acompañar a la niña, podrá designar un referente afectivo en su reemplazo para acompañar a la niña hasta la ciudad de Arica

(República de Chile).-

Que la Sra. Madariaga, o el referente afectivo en su caso, podrá permanecer junto a la niña L.Y.A.M. hasta tanto el juez natural, el juez de la residencia habitual de la niña, disponga lo contrario, lo cual implica que, de conformidad a la situación económica de las partes, el Sr. Abarca Díaz deberá resolver el alojamiento de la Sra. Madariaga, o el referente afectivo en su caso, debiendo la misma alojarse en el inmueble donde se aloje la niña.-

Que, en razón a la imposibilidad de, al presente momento, definir plazos, tiempos y, mucho menos, fechas para la ejecución de la orden de restitución, como medida protectoria y preventiva, en pos a evitar o al menos aminorar los riesgos de que el transcurso del tiempo puedan llevar al fracaso la ejecución, considero necesario que la niña L.Y.A.M. tenga un acompañamiento terapéutico cada quince (15) días con la Lic. Carmen Benítez, integrante del Equipo Interdisciplinario de éste Excmo. Tribunal de Familia, a los fines de preparar psicológicamente a la niña para su retorno a Arica (República de Chile) independientemente del tiempo que lleve la efectivización del mismo.-

Que, en este estado de situación e independientemente de lo expuesto, considero necesario instar un acuerdo voluntario entre las partes, especialmente para acordar las modalidades de la restitución y el cumplimiento voluntario, sin perjuicio de la obligación primordial de evitar demoras indebidas en la aplicación de la orden de restitución, por cuanto resulta obvio que los intereses de L.Y.A.M. se administrarían mejor si se llega a una solución amigable (conf. “Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Cuarta parte - Ejecución”).-

Que, haciendo propias las palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *“el interés superior del niño que debe regir las decisiones que los atañen, impone exhortar a ambas partes, a fin de que obren con mesura en el ejercicio de sus derechos y, en particular, a que cooperen estrechamente en la búsqueda de una solución amistosa que no se oriente en la satisfacción del interés subjetivo de cada uno sino en el respeto del bienestar y la integridad de su hija menor, así como también de la relación parental permanente y continua con ambos progenitores”* (CSJN, causa “V., M. vs. S. Y., C. R. s. Restitución internacional de niños” - 22/10/2020).-

Que ninguna de las partes ha demostrado tener una posición irreductible a la ejecución de la orden de restitución, y que todos los obstáculos, tanto administrativos y como hasta económicos, pueden ser solucionados voluntariamente por ellas, por lo cual considero pertinente iniciar una instancia de composición o ejecución amistosa a partir de una nueva audiencia virtual con las partes, ya en el proceso incidental de ejecución de la presente sentencia, exhortando desde ya a las mismas a no perder de

vista lo importante que resulta para la niña el poder llegar a una solución amistosa y componedora, por cuanto ello no será en favor del proceso ni de éste Magistrado, sino que repercutirá en la tranquilidad, serenidad y hasta felicidad de la persona mas importante del proceso, que no es otra que L.Y.A.M.-

Por los argumentos expuestos, las valoraciones precedentes, lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámara (fs. 87) y la Sra. Asesora de Menores de Cámara (fs. 88/91), y lo normado por los arts. 3, 12, 14, 16, 19 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (ratificado por Ley N° 23.857), arts. 3 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño, art. 3 de la Ley 26.061, art. 2.642 del Código Civil y Comercial de la Nación y art. 8 del C.P.T.F., como Juez de trámite;

**SENTENCIO:**

**1º)** Ordenar la inmediata restitución de la niña Luciana Yael Abarca Díaz, Cédula de Identidad Chilena N° 24.176.837-6, a su progenitor, Sr. Daniel Alberto Abarca Díaz, Cédula de Identidad Chilena N° 17.367.719-7, debiendo la misma retornar a la ciudad de Arica (República de Chile).-

**2º)** Imponer a costa y cargo del Sr. Daniel Alberto Abarca Díaz la obligación de buscar de la ciudad de Formosa (República Argentina), a la niña Luciana Yael Abarca Madariaga y a la Sra. Gilia Marlene Madariaga, D.N.I. N° 36.203.502, debiendo alojar a ésta última junto a la menor hasta tanto dispongan lo contrario las autoridades judiciales con competencia en la República de Chile. En caso de que la progenitora no se encuentre en condiciones de trasladarse al país trasandino, podrá la misma indicar un referente afectivo que acompañe a la niña hasta la ciudad de Arica (República de Chile). El Sr. Daniel Alberto Abarca Díaz deberá notificar fehacientemente a esta Magistratura, con una antelación no menor a siete (07) días, el medio de transporte elegido, así como el día, hora y lugar al que arribará a los fines de retirar a la menor y su madre.-

**3º)** Supeditar la ejecución de la presente orden a la obtención de los salvoconductos, autorizaciones de circulación y/o todas otras documentaciones internacionales y nacionales que fueran necesarias a tales fines por la niña Luciana Yael Abarca Madariaga, Daniel Alberto Abarca Diaz; Gilia Marlene Madariaga o quien se encuentre autorizado, a cuyos efectos requiérase la urgente colaboración de la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional - Autoridad Central de aplicación de la Convención de La Haya 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de la República Argentina, a cuyo efecto oficiese por Secretaría.-

**4º)** Hasta tanto se detente un plan de retorno seguro, manténganse las medidas dispuestas por ésta Magistratura en torno a la prohibición de innovación de la residencia actual de la niña Luciana Yael Abarca Madariaga sita en calle Arenales y

Novena (Mz. 34 – Casa N° 04 – B° La Paulina) de la ciudad de Formosa, así como la prohibición de salida de la niña del territorio de la Provincia de Formosa y de la República Argentina.-

5°) Establecer un espacio de acompañamiento terapéutico cada quince (15) días para la niña Luciana Yael Abarca Madariaga, el cual estará a cargo de la Lic. Carmen Benítez (Equipo Interdisciplinario del Excmo. Tribunal de Familia de Formosa – República Argentina), hasta tanto se ejecute efectivamente la presente orden de restitución. Notifíquese por Secretaría a la citada profesional.-

6°) Exhortar a las partes al cumplimiento de esta sentencia y evitar a la niña una experiencia aún más conflictiva, para lo cual se dispone una nueva audiencia virtual para el día 18 de Noviembre del corriente año, a las 15:30 horas. A continuación se suministran los datos de ingreso a la sala virtual: Link: <https://meet.jusformosa.gob.ar/familia162720-SalaB1av2> Contraseña: TFAM162720 Moderador: audiencista. Notifíquese por Secretaría.-

7°) Por Secretaría, se inicie el pertinente proceso incidental a los fines de ejecutar las medidas aquí dispuestas.-

8°) Remítanse copias de la presente sentencia a las autoridades judiciales con competencia en la República de Chile, a través de la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional - Autoridad Central de aplicación de la Convención de La Haya 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de la República Argentina. Cúmplase por Secretaría.-

9°) Habiendo las partes sido asistidas por el Ministerio Público de la Defensa del Poder Judicial de la Provincia de Formosa, no se imponen costas.-

10°) En este punto, considero necesario dirigirme directamente a Luciana, por cuanto es ella quien necesita saber en forma clara y en la manera mas sencilla posible lo que esta sucediendo, así como necesita tener la tranquilidad de que ella no es la responsable del presente proceso ni de sus consecuencias, es por eso que, seguidamente, me tomaré el atrevimiento de dirigirme directamente a la niña:

“Querida Luciana, primero quiero decirte que sos una niña hermosa, con una sonrisa única, que ama a su mamá y también a su papá, y ¿sabés una cosa?, ellos también te aman mucho a vos, y a veces la gente grande ama tanto a sus hijos que hace cosas sin pensar, y no porque quieran hacerle mal a alguien, sino porque sólo se piensa en el amor a los hijos, y, cuando los grandes hacemos cosas por amor y sin pensar mucho, aparecen personas como yo que tenemos que decir cómo se tienen que hacer las cosas según las reglas de los adultos, que son bastante aburridas. Te pido perdón por no poder decirte que te podes quedar en Formosa, eso lo va a decir un señor o una señora que haga lo mismo que yo en Arica, para eso tu papá va a venir a buscarte y vas a ir con tu mamá a Arica, así le vas a poder presentar a tu gato “Cola de Nieve” y volver a caminar por la playa. Quedate tranquila que a tu mamá no le va

a pasar nada, no pierdas la sonrisa y seguí amando a papá y a mamá como hasta ahora. Te mando un beso y saludos a tu bisabuela, la mami, y agradecele de mi parte haberte cuidado tan bien”.

**11º)** Regístrese. Notifíquese por Secretaría a través de los medios electrónicos autorizados al efecto, a las partes -Sr. Daniel Alberto Abarca Diaz y Sra. Gilia Marlene Madariaga, al Equipo Interdisciplinario de este Excmo Tribunal de Familia, a las autoridades judiciales con competencia en la República de Chile, a través de la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional - Autoridad Central de aplicación de la Convención de La Haya 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de la República Argentina, al Ministerio Público Pupilar y Fiscal de Cámara en su público despacho. **Proveo y Cúmplase con Habilitación de Días y Horas**, oportunamente archívese.-

Dr. MARCIAL MÁNTARAS (h)  
Juez