Comodoro Rivadavia, de marzo de 2012.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **"Oficina de la Defensa Pública C. R. (E. M.) s/ Restitución Internacional de Menor de edad", Expte. N ° 558/2011,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia N ° 3 (Expte. N ° 509/2011).

I.- Que llegan las presentes actuaciones a conocimiento y estudio de esta Sala por haber interpuesto la actora a fs. 179, recurso de apelación contra la Sentencia Interlocutoria N° 58/2011 de fs. 160/168, habiéndose concedido el recurso a fs. 180, cumple con la carga de expresar agravios a fs. 184/187.

A fs. 192/193 la parte actora contesta los agravios y a fs. 198 y vta., se agrega el informe del Equipo Técnico Interdisciplinario, oportunamente requerido por esta Alzada.

A fs. 201 se lleva a cabo la audiencia prevista en el art. 130 de la Ley III N° 21, tomando este Cuerpo contacto personal con la niña A.E.K. y a fs. 203/5 vta., se agrega el dictamen de la Sra. Asesora de Familia e Incapaces, con lo que la causa queda en estado de resolver.

En primer término, han de reseñarse los agravios de la actora. Señala que es incorrecto considerar que el traslado de la menor a este país deba considerarse "ilícito", sin efectuar ninguna consideración a las cuestiones de hecho reconocidas por las partes. Entiende que no puede desconocerse que el progenitor funda su pedido de restitución en la sentencia firme de la custodia otorgada por el Juzgado de Violencia de la Mujer N° 1 de Fuengirola, España. Sentencia que la propia juez de grado descalifica por haber sido dictada con posterioridad al traslado de la menor a nuestro país.

Así, alega, equivoca el razonamiento la a quo, quien luego de sostener que ninguno de ambos progenitores tenía judicialmente otorgada la custodia de la niña, razón por la cual, el derecho a fijar el lugar de su residencia le competía ambos, y, no siendo éste el país donde deban ventilarse las cuestiones referidas a su tenencia, resuelve restituir la niña a España, cuestión que deberá efectuar acompañada de la madre, aquí recurrente.

Señala la recurrente, que en autos, existen dos vistas evacuadas por las Sras. Asesoras de Familia e Incapaces, Dras. Patricia Fernández y María I. de Fajardo, donde la primera niega que deba hacerse lugar a la restitución y la segunda dictamina que las cuestiones referidas a la tenencia de la niña deben ser ventiladas en España, lugar del último domicilio de la menor. Compartió los argumentos de ésta última, sin efectuar consideración alguna a lo dictaminado por la Dra. F.. Igual proceder surge con el informe elaborado por el Equipo Técnico.

Con ello, entendió la a quo que no se daban en la especie las circunstancias de excepción que contiene el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños, olvidando el Interés Superior de la Niña consagrado constitucionalmente y el la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Sostiene la recurrente que la agravia que la juez a quo no haya considerado que la progenitora de la niña no tiene trabajo ni hogar en España con los cuales solventarse, y aún así dispuso el traslado de la niña a ese país, en compañía de su madre, omitiendo considerar que surge de autos que el progenitor – reclamante, convive con sus padres y no posee trabajo estable, todo lo cuál atenta contra la estabilidad y situación actual de la niña A. E. K.

II.- A fin de resolver la presente, y descritos los agravios de la recurrente, cabe efectuar una breve reseña de los antecedentes fácticos, en el acotado marco de conocimiento del presente incidente y efectuando análisis de las afirmaciones de las partes en sus respectivos escritos postulatorios y de los informes del Equipo Técnico Interdisciplinarios.

El Sr. D. E. M. de nacionalidad española y la Sra. N. D. K., de nacionalidad argentina, tuvieron una hija A. E. K. quien nació con fecha ** de mayo del año 20** en la ciudad de Fuengirola – Málaga, España.

De las constancias de marras, surge que ambos progenitores de la niña, habrían mantenido una relación de convivencia durante dos años, la cual finalizó aproximadamente en el mes de diciembre del año 2009, cuando la pequeña tenia un año y medio de edad, fecha a partir de la cual, la niña permaneció bajo la guarda de hecho de su madre, retirándose éstas de lo que fuera el hogar familiar.

Con fecha 07 de noviembre del año 2010, el Sr. D. E., por un llamado telefónico de la Sra. K., toma conocimiento de que ésta y su hija se habían trasladado a Argentina, particularmente a esta ciudad de Comodoro Rivadavia, residiendo en Calle xxxxxx N ° *** Piso *°, localidad donde se encuentra la familia de la progenitora demandada.

Con fecha 09 de Mayo del año 2011, siete meses después de la partida de la Sra. K. junto a la pequeña A. el mismo Juzgado de la ciudad de Fuengirola, que interviniera en una denuncia de violencia familiar, dicta sentencia que resuelve la tenencia y guarda a favor del progenitor, valorando la ausencia de la Sra. K. y disponiendo su restitución internacional. No consta en autos la notificación a la demandada de tal resolución.

Al respecto, y en oportunidad de fundar su negativa a la restitución, la Sra. K. sostiene haber arribado a un acuerdo privado extrajudicial –con fecha marzo del año 2010- que pauta las cuestiones referidas a tenencia, visitas y asistencia alimentaría respecto a la hija de ambos, y que tal acuerdo habría de ser homologado en sede judicial, desconociendo en esta oportunidad, si así se ha procedido o no, acompañando en autos un ejemplar, suscripto por ambas partes.

Conforme surge del informe del Equipo Técnico Interdisciplinario, tanto el agregado a fs. 61/62 vta., como a fs. 198, la niña permanece junto a su madre, conviviendo en un departamento de la abuela materna de la demandada, encontrándose en óptimas condiciones de cuidado y atención de parte de su progenitora y manteniendo relación – comunicación por teléfono y videollamada con su papá.

III.- De tales antecedentes y en el marco de la pretensión bajo análisis, es menester destacar que la Convención de La Haya de 1980, a la cual adhiriera nuestro país mediante sanción de la Ley 23.857, y que fuera invocada por el accionante en su demanda (ver fs. 43/44), tiene por finalidad garantizar la restitución inmediata de los menores traslados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante; como así también el velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados parte de la convención (Art. 1°). En este contexto, forma parte del denominado Derecho Internacional tuitivo o de protección, cuyo campo de acción es proveer la tutela del menor, estableciendo procedimientos adecuados y ágiles a los fines de cumplir con su cometido.

La totalidad del artículo 3 del mencionado instrumento internacional, constituye una disposición

clave del Convenio, ya que de su aplicación depende la puesta en marcha de los mecanismos convencionales con vistas al retorno del menor: En efecto, el Convenio sólo impone la obligación de devolver al menor cuando ha habido un traslado o un no retorno considerados como ilícitos por el Convenio.

Ahora bien, al señalar los requisitos que debe cumplir una situación para que su alteración unilateral pueda ser calificada de ilícita, este artículo pone indirectamente de manifiesto las relaciones que el Convenio pretende proteger, las que están basadas en un doble elemento, primero, la existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de la residencia habitual del menor, y segundo, el ejercicio efectivo de dicha custodia, antes del traslado.

Tales presupuestos de fondo, resultan ineludibles y su ausencia obsta a su aplicación. (ver ARCAGNI, JOSE CARLOS, "La Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el Derecho internacional privado tuitivo", LL T. 1995-D, Sec. doctrina, pág. 1026).

Así puede afirmarse que "El segundo elemento que caracteriza las relaciones protegidas por el Convenio es que el derecho de custodia, presuntamente violado por el traslado, sea ejercido de forma efectiva por su titular. En efecto, puesto que se ha elegido un enfoque del tema que se aleja del puro y simple reconocimiento internacional de los derechos de custodia atribuidos a los padres, el Convenio ha hecho hincapié en la protección del derecho de los menores al respeto de su equilibrio vital, es decir del derecho de los menores a no ver alteradas las condiciones afectivas, sociales, etc. que rodean su vida, a menos que existan argumentos jurídicos que garanticen la estabilidad de la nueva

situación” (Elisa Pérez Vera, Madrid, 1981, Informe Explicativo Convención de la Haya).

Entonces, debe analizarse si el traslado ha sido lícito u ilícito a fin de dar andamiaje a la restitución inmediata de un menor, y, en tal análisis debe tenerse en cuenta qué progenitor detentaba -al momento del traslado- la custodia jurídica del menor y quien la ejercía efectivamente. El accionante carecía del derecho de custodia atribuido a su favor conforme el Derecho Español en atención a que la sentencia por la que se le otorga la tenencia de la niña A. es posterior al traslado de la misma a este país, circunstancias suficientemente analizadas en la sentencia venida en crisis. A ello, debe sumarse, que tampoco el peticionante ejercía efectivamente la custodia, reiteramos, al momento del traslado, en forma actual y efectiva (Art. 3 y 13 inc. 1 de la convención).

Sentado ello, no obstante no desconocerse que con anterioridad al traslado, la menor tuviera su residencia en la ciudad de Fuengirola – Málaga -, tal situación se vio modificada por decisión de su madre, quien ejercía en dicha oportunidad la tenencia de hecho de A.. En efecto al momento de trasladarse y radicarse en la Argentina la Sra. K., tenía la tenencia de hecho, la que era ejercida efectivamente, no así por su progenitor.

En este orden de ideas, en este estado, puede afirmarse que deviene inaplicable el Art. 3 de la Convención, por cuanto no se tiene por cierta la tenencia jurídica de la niña en cabeza del peticionante y mucho menos, que éste ejerciera tal facultad efectivamente al momento del traslado.

Ahora bien, conforme lo dicho, está acreditado que la niña siempre estuvo bajo la guarda de hecho de su madre. Bajo los parámetros antes establecidos, se impone la supremacía del interés

Superior del niño, aún en detrimento de los derechos de sus progenitores, debiendo resolverse el presente teniendo en miras la actual situación de la niña cuya restitución se promueve, por cuanto no resulta posible considerar ilícito el traslado y radicación de la menor en la Argentina, no encontrándose por ende reunidos los recaudos de aplicación que prevé el artículo 3 del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya (1980).

Se impone hacer referencia a las normas internacionales relacionadas al caso planteado. Específicamente, la Convención de los Derechos del Niño, que fuera aprobada mediante la sanción de la Ley 23.849, y cuyo rango constitucional resulta incuestionable a la luz de lo normado por el Art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna. De su articulado, surge la priorización de los derechos e intereses del menor por sobre toda otra razón de orden familiar (Art. 3).

Tal como lo sostiene el prestigioso constitucionalista Dr. Bidart Campos, dicha Convención, si bien había sido incorporada al Derecho interno antes de la reforma constitucional de 1994, a partir de ésta última, y mediante su inclusión dentro de la lista de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, "se ha elevado al vértice de nuestro ordenamiento en el mismo nivel de la constitución". (ver BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Edit. Ediar, Tomo III, Págs. 619 y ss.). Y es así que la Convención en tratamiento, reza en forma expresa en su artículo 3 numeral 1ro. que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Todo lo expresado conlleva a la obligación de interpretar los preceptos legales desde una perspectiva o "prisma constitucional" -tal como lo señalara el Dr. Carnota, citado por la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en sus obras.

Consecuentemente, no pudiendo pasar por alto que en la materia en análisis ha de prevalecer el primordial interés de la menor comprometido, en un todo de acuerdo con las directivas que emanan del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, que goza de rango constitucional (Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), siendo los tribunales argentinos los que habrán de decidir a quien corresponde otorgar la tenencia de A., cuya residencia actual se encuentra en el país desde Noviembre del año 2010, disponer su restitución a España para que allí se resuelva sobre su tenencia, contraría los intereses y bienestar de la misma.

Ante tal perspectiva, de adoptarse una decisión en contrario, resultaría indudablemente perjudicial para la menor verse una vez más separada de su entorno cotidiano. Por ello, amén de entender que no se encuentran reunidos los requisitos que autorizan la aplicación de la Convención invocada como fundamento de la presente acción, y derivada orden de restitución de la niña al país en que residiera con anterioridad (Art. 3 de la Convención), su eventual reintegro, en el estado actual de las desaveniencias suscitadas entre los progenitores de la menor, no puede vislumbrarse como un destino permanente o estable para la misma, ya que se encontraría supeditado a lo que se resolviera respecto del otorgamiento del derecho de custodia pertinente.

Por ello, considerando la situación actual de A. E. K., quien desde el año 2010 se encuentra radicada en el país, en forma estable y con grado de permanencia, conviviendo con su bisabuela y su madre, y

concurriendo al Jardín Maternal, puede afirmarse que el centro de gravedad de sus afectos y vivencias, en otras palabras el centro de vida actual, encuentra su sede en nuestro país, junto a su madre, de quien nunca se ha separado.

Con solo detenerse en la lectura de los informes del Equipo Técnico, puede sostenerse que lo afirmado, hasta aquí, no resulta caprichoso. Así el Equipo Técnico informa que "Desde este encuadre se puede medir el impacto que tendría para la niña África ser alejada de la madre. El vínculo paterno-filial, también si bien se habría caracterizado por la empatía afectiva, se construyó a partir de una presencia más secundaria, ya que de hecho con quien siempre habría residido la infante es con su mamá. La pérdida de esta figura, o el ser alejada de la misma constituye para la niña un quiebre a la homeostasis vincular y su mundo de seguridad. Impacto emocional que se potencia por la corta edad de la niña, etapa temprana aun del desarrollo de la personalidad."

En tal sentido, la Convención de La Haya de 1980 señala en su preámbulo que "los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia", a lo que se suman las previsiones del artículo 13 de la Convención de La Haya de 1980 ya citada, el cual dispone que la autoridad judicial del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si "existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier manera ponga al menor en una situación intolerable", y es indudable que un nuevo traslado de la misma, en tales condiciones, habrá de acarrearle un daño que es posible evitar a la espera de la solución definitiva del caso. Los comentaristas de esta última norma han explicitado que en la apreciación de los hechos determinantes del rechazo,

de lo que se trata es de apreciar un posible riesgo y no, como en el orden jurídico penal, de probar la existencia de maltrato o la tentativa de su perpetración" ("Restitución Internacional de Menores. Boletín del Instituto Interamericano del Niño" Nro. 232, p. 37, citado por HIDALGO, SORAYA NADIA en "Restitución Internacional de menores en la República Argentina", T. 1996-C, Sec. doctrina, pág. 1399).

Si bien se ha resuelto que al no poder calificarse como ilícito el traslado de la niña A. E. K. a este país, no resulta operativo el Art. 3 de la Convención, siendo que la recurrente ha señalado que cabe en autos un supuesto de excepción contenido en el Art. 13 del mismo instrumento internacional, cabe efectuar a su respecto algunas consideraciones.

La facultad de denegar el retorno en base a la cláusula de grave riesgo, requiere que la niña presente un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Exige que se de un panorama sumamente delicado, que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente. Circunstancia todas que encontramos reunidas en autos.

Habida cuenta que en la jerarquía de valores que sustenta la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, así como en la que consagra los derechos del Niño, ocupa el primer lugar el interés superior de éste- declaración del preámbulo del texto de La Haya-, corresponde interpretar que pese al criterio restrictivo con el que cabe considerar si se encuentran configuradas las causales de excepción que autorizan a rehusar la solicitud de restitución, se debe otorgar preeminencia a la protección contra un grave riesgo en la integridad psicofísica.

En este sentido fue resuelto por la Suprema Corte De Buenos Aires, con fecha 12 de Marzo del año 2011, en autos "R.,G. D v. C. I.,D. G." (publicado en pág. 63/73 Revista de Derecho de Familia 2011-V Editorial Abeledo Perrot).

Al respecto, debemos afirmar que la mera lógica formal con que se aplica el derecho para decidir ciertos pleitos, no alcanza cuando se trata de resolver cuestiones de menores.

Dadas tales circunstancias, queda sin sustento la orden de restitución de la menor que dispusiera el Juez de Primera Instancia.

Lo así resuelto, no resulta impedimento para que, por la vía procesal pertinente, los padres puedan discutir la cuestión de fondo. Es que no puede soslayarse que estamos frente a una decisión provisoria, por cuanto el Art. 19 del documento mentado dispone que "una decisión adoptada en virtud del presente convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia", resaltando de este modo el objeto de la misma que no es sino el reintegro del menor.

IV.- Atento a como se resuelve y conforme el principio objetivo de la derrota, existiendo contradictorio, las costas tanto de primera como de segunda instancia se impondrán al actor vencido, procediéndose a regular honorarios a los profesionales intervinientes, conforme la naturaleza del reclamo, la labor desarrollada, la relación de calidad y éxito obtenido, de acuerdo a la ley arancelaria provincial.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la Sra. N. D. K. O., revocando la sentencia de primera instancia N ° 58/2011.

2) Rechazar el pedido de restitución internacional de menor iniciado por el Sr. D. E. M., conforme los considerandos respectivos.

3) Imponer las costas de primera y segunda instancia al actor vencido. Regulando los honorarios profesionales devengados en la instancia de grado a favor de la Dra. C. G. en la suma de dinero equivalente a QUINCE JUS y los de los Dres. Helio Guillermo Álvarez, María Candela Recio y L. N. P., conjuntamente, en la suma de dinero equivalente a QUINCE JUS. Regulando los honorarios de esta instancia, a favor de la Dra. C. G., en la suma de dinero equivalente a CINCO JUS y a favor de la Dra. L. N. P. en la suma de dinero equivalente a CINCO JUS.

4) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara, en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Juez de Cámara Dra. Nélida Susana Melero, y concordar en la solución del caso (Ley V N ° 17 DEL D.J.P.Ch).

REGISTRADA BAJO EL N ° 25 DEL AÑO 2012

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS