Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los ...13..... días del mes de noviembre del año dos mil doce, reunido en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia con la Presidencia de su titular Dr. Fernando S. L. Royer y asistencia de los Sres. Ministros, Dres. Daniel Luis Caneo y José Luis Pasutti, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**OFICINA DE LA DEFENSA PUBLICA C.R. (E. M.) s/ RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR DE EDAD**" (Expte. Nº 22652-O-2012) y teniendo en cuenta el sorteo practicado a fs. 279 de conformidad con las Acordadas N° 3202 y 3204, correspondió el siguiente orden para la emisión de los votos: Dres. Caneo, Pasutti y Royer.----------

------ Acto seguido, se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es procedente el Recurso de Casación interpuesto? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------ A la primera cuestión el Dr. Caneo dijo:----------

///

------ **I.- ANTECEDENTES. EL RECURSO. SU TRÁMITE**.----------
--

------**I.1.-** El Sr. D. E. M., representado por el Sr. Defensor General de la ciudad de Comodoro Rivadavia (fs. 43/44), requirió la restitución internacional de su hija, A. E. K., quien fue trasladada por la madre, N. D. K. O., a este país.----------
----

------ Relató, en el instrumento remitido por la Autoridad Central de España conforme el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores –en adelante CH 1980-, que la residencia habitual de la pequeña se halla en España, país en el que nació el 31 de mayo de 2008, y en el que vivió hasta su traslado.-
----

------ Agregó que al finalizar la relación de pareja acordaron en forma verbal la organización familiar; y que en este marco, se haría cargo de la niña de lunes a viernes de 14 a 19 horas, y fines de semana alternados.--

------ Sostuvo que el 7 de noviembre de 2010, por un llamado telefónico de la progenitora se enteró que esta había viajado junto a la niña a la Argentina, que se encontraban en la ciudad de Comodoro Rivadavia junto a la familia de origen materno, y que no pensaban

///

regresar. Añadió que desconocía los planes de la madre al respecto.----------

------ Informó que el 9 de mayo de 2011, la Sra. Juez a cargo del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Fuengirola, Málaga, dictó sentencia en un procedimiento de guarda y custodia, visitas y régimen de alimentos iniciado por la Sra. K. O. En esta, rechazó la demanda, le otorgó la guarda y custodia de la hija, y estableció un régimen de comunicación a favor de la madre, sin perjuicio de la patria potestad compartida.----------

------ **I.2-** Se presentó, a fs. 140/142vta., la Sra. N. D. K. O., y se opuso a la restitución internacional de su hija. ----------

------ Desconoció y rechazó la sentencia dictada por el magistrado español, y negó el inicio de proceso alguno vinculado a esta cuestión.---

------ Afirmó que el traslado a la Argentina fue lícito, ejercido en el marco del acuerdo escrito celebrado con el padre que fue ratificado judicialmente de acuerdo a la normativa española, y vigente al momento de viajar a este país.----------

------ Respecto al convenio, señaló que se acordó encomendarle la guarda y custodia de la niña, un régimen de comunicación a favor del padre y la prestación alimentaria a cargo de este.----------

------ Sostuvo que al momento del desplazamiento a la Argentina, era titular legítima del derecho de custodia de A., que era ejercido en los términos de la CH 1980, al incluir el cuidado personal de la niña y la prerrogativa de decidir el lugar de residencia.----------

------ Relató que inició un proceso por violencia familiar contra el Sr. E. M., y que como medida provisoria, en lo que aquí interesa, se le atribuyó la guardia y custodia de su hija menor de edad el 7 de junio de 2010. Añadió que el 05 de julio de 2010, se resolvió en definitiva, se absolvió al padre de la niña y se dejaron sin efecto las medidas ordenadas.----------

------ Sostuvo que la niña permanece en Comodoro Rivadavia desde hace más de un año, y que se encuentra integrada a los ámbitos familiar, escolar, y social. Invocó el principio del interés superior del niño como fundamento para priorizar el interés del menor de edad por sobre los del adulto. ----------

///

------ **I.3.-** La Sra. Juez de Familia, a fs. 160/168vta., dispuso la restitución de la niña a España, y estableció que viaje acompañada por su madre, con la coordinación de las Autoridades Centrales requerida y requirente del CH 1980 a fin de ejecutar su orden. Impuso las costas a la demandada vencida y reguló honorarios.----------

---

------ **I.4.-** La madre apeló la sentencia (fs. 179), y se agravió (fs. 184/187): 1) por la calificación de ilícito del traslado; 2) porque no se valoró el interés superior de la niña; 3) porque se tuvo por no configurada la excepción de grave riesgo; 4) porque se le ordenó regresar junto a su hija, a un país en el que no tiene trabajo, ni recursos, ni contención familiar alguna.----------

---

------ **I.5.-** La sentencia de la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, revocó la de primera instancia, y dispuso que el traslado fue lícito, ya que el Convenio requiere la presencia de un doble elemento en las relaciones que regula, la atribución del derecho de custodia por el Estado de residencia habitual del menor y el ejercicio efectivo del mismo al momento del traslado. El padre no tenía judicialmente atribuida la custodia ni la ejercía de hecho, -lo que sí hacía la madre- y por lo tanto no era aplicable el art. 3 del CH 1980.----------

///

------ Concluyó que por aplicación del principio del interés superior de la niña, son los tribunales argentinos los que deben decidir su custodia, por lo que resultaría contrario a los intereses y bienestar de A. ordenar la restitución a España; destino al que por las desavenencias de los padres, no se vislumbra como estable o permanente para la niña, porque estaría supeditado a lo que se resuelva en definitiva sobra la cuestión de fondo.----------

------ Razonó que el centro de vida de la niña es la ciudad de Comodoro Rivadavia y sería perjudicial separarla una vez más de su entorno cotidiano.----------

------ Indicó que sin perjuicio de ser lícito el traslado, se reunían los extremos previstos en la excepción de grave riesgo. Impuso las costas al actor vencido y reguló honorarios.----------

------ **I.6.-** El padre interpone contra dicho pronunciamiento, casación por arbitrariedad normativa y fáctica, pues expone que es errónea la calificación del traslado de la niña a este país como lícito, debido al alcance otorgado a la mera custodia de hecho ejercida por la madre. Sostiene que la circunstancia de que no tuviera atribuido el derecho de custodia a su favor al momento del traslado, no autoriza afirmar

///

que la progenitora sí lo tuviera de modo tal que lo tornara lícito.----------

------ Le agravia también, la interpretación del principio del interés superior de la niña en el caso concreto al que aprecia como contrario a los fines del CH 1980. ----------

------ Cuestiona la previsión hipotética respecto al futuro de la niña, en el acotado marco del proceso de restitución; y que además, no se explicase el razonamiento lógico por el que resultaría contrario al interés de A. que su “destino” se encuentre supeditado a lo que en definitiva se resuelva sobre la custodia en el país de la residencia habitual.----------

------ Expone que con tales conclusiones, se aborda la cuestión de fondo y se adelanta opinión sobre el supuesto perjuicio de su hija en caso de materializarse el reintegro. Agrega que el fallo además, omite considerar el interés de la niña como autónomo al de la madre.----------

------ Añade, que es equivocada la consideración del centro de vida de la niña en la ciudad de Comodoro Rivadavia, y que tal concepto, siguiendo jurisprudencia de la CSJN debe interpretarse

armónicamente con el de “residencia habitual” contenida en los tratados internacionales ratificados por la Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. ----------

------ Por último, cuestiona que se prescinde de prueba decisiva, lo que conduce a la errónea aplicación de la excepción de grave riesgo (art. 13 inc. “b” de la CH 1980). Indica que las magistradas hacen referencia al contenido del último informe del Equipo Técnico Interdisciplinario, lo conjugan con una cita referida al interés del menor y la cláusula de excepción, para concluir que un nuevo traslado de A. habrá de acarrearle un daño que es posible evitar a la espera de la solución definitiva del caso. Sin embargo –sostiene- el ETI no se expidió sobre el riesgo de la restitución al país de origen, sino sobre una hipotética separación o alejamiento de la madre con visos de definitividad. ----------

------ Realiza reserva del caso federal.----------

------ **I.7.-** Puestos los autos a disposición de las partes conforme lo exige el art. 296 de la Ley XIII, N° 5 (fs. 255 y vta.), se presenta el Sr. Defensor General a fs. 260/263, y hace propio el recurso de casación interpuesto. Mantiene la reserva del caso federal.----------

///

------ **I.8.-** A fs. 264/266 vta. la madre contesta el traslado conferido y solicita el rechazo del recurso intentado. ----------

------- **I.9.-** A fs. 268/271 emite dictamen el Sr. Procurador General, quien propicia hacer lugar al recurso en la forma planteada.----------

------ **I.10.-** La Sra. Defensora Jefe de la ciudad de Trelew (fs. 275/277), en representación promiscua de la niña, contesta vista. Opina que se case la sentencia, y se ordene el regreso de la niña a España, en compañía de la progenitora por su corta edad.----------

------ II.- ANALISIS.----------

------ **II.1.-** La restitución internacional de menores, se rige en los aspectos civiles, por el CH 1980 receptado en el orden interno por la Ley Nº 23857, que tiene como finalidad "garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante" (art. 1 inc. "a"). Este procedimiento tiende a restablecer la situación anterior que se modificó en forma unilateral mediante la utilización de vías de hecho, a las que se

intenta privar de consecuencias jurídicas.----------

------ El instrumento consagra un principio general, que es el de la restitución del menor al país en donde tenía su residencia habitual, a menos que se configure alguna de las excepciones previstas en forma taxativa por el Convenio, por las cuales el Estado parte podrá denegar la restitución solicitada.----------

------ Los estados signatarios se obligaron a la puesta en marcha del mecanismo de reintegro, a partir de la calificación de ilícito del traslado o la retención. De allí que adquiere particular relevancia la determinación de tal carácter, pues la "ilicitud es el elemento objetivo básico para su aplicación" (conf.: Basz, Victoria y Feldstein de Cárdenas, Sara, "El derecho internacional privado y la restitución internacional de menores", La Ley, 1996-B, 610).----------

------ Ahora bien, para determinar la licitud o ilicitud del traslado previsto en el art. 3º del CH 1980, se debe compatibilizar, por un lado, el derecho de custodia atribuido conforme al ordenamiento legal vigente en el país del lugar de residencia habitual del menor, y por el otro, el alcance del mismo.----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ Así lo dispone el art. 5 inc. “a” del instrumento internacional, en cuanto a que la custodia -para ser considerada tal en los términos del Convenio- debe comprender no sólo el derecho atinente al cuidado de la persona del menor de edad, sino en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.----------

------ “El Convenio parte de la consideración de que un traslado o retención es ilícito cuando se efectúa en violación a un derecho de custodia atribuido con arreglo a la ley del Estado en el que el niño tenía su residencia habitual antes del traslado o retención, aclarando luego que ese derecho de custodia abarca lo relativo al cuidado personal del hijo y, en particular, el derecho de decidir sobre su lugar de residencia. Estas calificaciones autónomas emergentes del propio instrumento internacional nos remiten necesariamente a realizar algunas consideraciones sobre otras dos cuestiones respecto de las cuales el Convenio no se basta a sí mismo: tales son, el concepto de residencia habitual y los alcances del derecho de custodia…(conf.: Famá, María Victoria, “Cuando los niños se vuelven ‘botín de guerra’ internacional de sus progenitores”, DJ 24/06/2009).----------

------ Para el convenio, el interés del menor está representado por el objetivo del mismo, es decir que va a consistir en la pronta restitución

del menor al lugar de su residencia habitual por entender que es en este punto donde se logra la protección del menor en el plano internacional (conf.: Goicoechea, Ignacio, “Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores”, RDF Nº 30, Ed. Lexis Nexis, 2005).----------

------ Se ha dicho, 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”.

------ 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: 318:1269; 328:4511, 333:604; 333:2396).----------

------ Por otro lado, el art. 16 del CH 1980 contiene una limitación expresa dirigida a los jueces del estado requerido, estos “no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente

Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud de este Convenio". Es decir, que el juez del lugar donde el niño ha sido trasladado no tiene jurisdicción para entender en la cuestión de fondo relativa a la custodia de este. ----------

---

------ Finalmente, y en lo que es materia de agravios, las excepciones contempladas en la norma internacional, son de carácter taxativo, y la carga de la prueba corresponde a quien se opone a la restitución. Las mismas pueden sintetizarse: 1) no ejercicio efectivo del derecho de custodia por parte del solicitante de la restitución en el momento del traslado o retención ilícitos (art. 13 inc. "a"); 2) consentimiento o aceptación del traslado o retención por parte de quien en el momento de producirse estaba al cuidado del niño(art. 13 inc. "a"); 3) cuando exista grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico o que de cualquier manera lo ponga en una situación intolerable (art. 13 inc. "b"); 4) cuando el menor que haya logrado una edad y grado de madurez apropiada para tener en cuenta su opinión se oponga a su restitución (art 13 p. 4); 5) integración del menor al medio al que fue llevado luego de vencido el plazo de un año del acto de traslado o retención sin haberse requerido la restitución (art. 12 p. 2); 6) afectación de derechos humanos y libertades

fundamentales del niño (art. 20).----------

------ **II.2.1.-** He precisado el marco jurídico de la cuestión a abordar, y concluyo que para calificar el traslado debían compatibilizarse las distintas normas del instrumento internacional. Es decir corresponde analizar, el ejercicio efectivo del derecho de custodia de acuerdo a las normas del lugar de residencia habitual de la niña, pero además verificar que este cumple con las características exigidas por el Convenio. ----------

------ Reitero, se resolvió que el ejercicio de la guarda de hecho de la niña por parte de la madre, y que el padre no hubiera ejercido nunca la custodia, tornaba lícito el traslado.----------
----

------ Ahora bien, a lo que la sentencia no da respuesta, es si la guarda de hecho que ejercía la mamá bastaba para decidir en forma unilateral el desplazamiento de A. a otro país, y la posterior radicación de la niña en la ciudad de Comodoro Rivadavia, sin el conocimiento ni el consentimiento paterno.----------
---

------ En la S.D. Nº 03/S.R.E./2005, sostuve sobre la interpretación de las normas constitucionales –conforme a lo expuesto por Néstor Pedro Sagües ("Recurso extraordinario", T 2, Ed. Astrea, 4ª edición

///

actualizada y ampliada, Año 2002), que “hay dos modos de realizar el trabajo interpretativo, determinativo, integrativo y de aplicación de un precepto constitucional” y agregué de los tratados o de todo precepto legal. “Así puede analizárselos aisladamente o apreciarlos como parte de un todo (ver. págs. 150 y sgts. de la obra citada). Este último análisis es el que forma parte del método sistemático, el mismo obliga a un mayor esfuerzo, se trata de compaginar el artículo, o la Ley del caso con los restantes del cuerpo constitucional”. Agregué que “ninguna palabra o cláusula puede ser rechazada como superflua o carente de sentido, sino que a cada una debe dársele su debida fuerza y sentido adecuado” y que “la misma tarea debe realizarse cuando se trata de la hermenéutica de la legislación y su aplicación al caso”.----------

------ En la sentencia no se siguió ese método, se aplicó con estrictez el art. 3º de la CH 1980, y se omitió toda consideración respecto al alcance del derecho de custodia en los términos de la convención (Art. 5º inc. “a”). Se arribó así, a una solución desprovista de una exégesis armónica e integral, y que queda a mitad de camino en el análisis requerido por la norma aplicable.----------

------ En definitiva, opino que en este punto corresponde dejar sin efecto el fallo impugnado, que conforme a la doctrina de la

arbitrariedad, propone una exégesis irrazonable de la norma, que la desvirtúa y torna inoperante (Fallos:, 310:799; 312:1039; 326:4515).----------

------ Debo decir además, que como a mi juicio es arbitrario este argumento dirimente, ello hace innecesario que me expida respecto a los restantes agravios, pues los conceptos del interés superior de la niña y su centro de vida, serán analizados a continuación al considerar el aspecto central a resolver que gira en torno al reintegro o no de la niña a España.----------

------ **II.2.2.-**Sí agrego, a mayor abundamiento, que además incurre la sentencia en arbitrariedad fáctica.----------

------ "Y, si bien la apreciación de la prueba no es en principio inspeccionable en casación, dicha pauta cede cuando los judicantes de grado hayan cumplido tal tarea incurriendo en absurdo o arbitrariedad (Conf.: Juan Carlos Hitters, "Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación", 2da. Edición, Librería Editora Platense, La Plata 1998, pág. 452) (S.T.J.CH.; S.D. Nº 02/S.R.E./2010; S.D. Nº 06/S.R.E./2012)".----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ El absurdo material implica una apreciación disparatada de las probanzas del juicio, y se puede localizar en una etapa previa a la valoración, es decir en el momento de la interpretación de los resultados de la prueba. Se configura cuando se ha errado en la estimación, esto es cuando se ha producido una grosera desinterpretación material de alguna medida de prueba. Apunta a la errónea estimación de los significados de la prueba (conf.: Juan Carlos Hitters, Op. cit., pág. 456 y ssgts.).----------

------ En el caso, entiendo que esa errónea apreciación se produjo por el alcance equivocado otorgado a las conclusiones del informe del Equipo Técnico Interdisciplinario de fs. 198 y vta.----------

------ La profesional que intervino señaló que el alejamiento de la niña de la madre, la pérdida de esa figura, constituiría para A. un quiebre a la homeostasis vincular. Sin, embargo nada se dijo respecto a las consecuencias de la restitución a España para la niña, que puedan asimilarse al grado de excepcionalidad que exige la procedencia de la cláusula analizada.----------

///

------ Además en la sentencia se cita un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (“R.,G. D. v. C. I., D. G.”, 16/03/2011), para acoger la excepción que fue dictado en una situación fáctica distinta a la de autos. Se trataba de un niño de ocho años, que había sido trasladado desde Paraguay por su madre cuando tenía tres años. Se había acreditado que nunca había vivido con el padre que solicitaba la restitución sino con una vecina de este, y de los dictámenes periciales surgían fuertes indicadores de violencia ejercida por el padre, con secuelas vinculadas a dificultades en el habla. Además el niño, por su edad pudo manifestar su deseo de permanecer con la madre y el temor que le provocaba la idea del regreso a Paraguay. ----------

------ Asimismo, de la forma en la que la Sra. Juez de Primera Instancia ordenó la restitución de A. a su país natal, acompañada de su madre, elimina las posibles consecuencias analizadas por la profesional en relación al alejamiento de la niña de su figura de apego.----------

------ Por ello, y por las consideraciones que ya expusiera, considero que la sentencia cuestionada debe revocarse, y ASI LO VOTO.----------

------ **II.3.-** He de ingresar a continuación en la cuestión de fondo traída a resolver.----------

///

------ **II.3.1.-** A fin de determinar si corresponde ordenar el reintegro de la niña a España, lo primero que debo determinar es la licitud o ilicitud del traslado. A tal fin resulta necesario establecer el derecho aplicable al caso, para así poder conocer el alcance del derecho de custodia y contrastarlo con la exigencia prevista en el art. 5 inc. "a" del CH 1980 (que resulte comprensivo del cuidado personal del niño y del derecho de elegir la residencia del mismo). ----------

------ En ese sentido, el punto de conexión que emplea el CH 1980, determina que el derecho aplicable al caso, es el vigente en el lugar de residencia habitual del niño previo al traslado (art. 3º inc. "a").----------

------ "Un eje de suma trascendencia lo constituye la conexión empleada "residencia habitual", que se incorpora al texto del Convenio como una conexión de Derecho compuesta por elementos de hecho que está ausente como calificación autónoma expresa, con lo cual sigue siendo la autoridad competente la que calificará el concepto" (conf.: Quaini, Fabiana M.; Rapallini, Liliana; Bouzá, José M. y otros, "Restitución Internacional de Menores", pág. 324, Cathedra Jurídica, 2009).----------

///

------ La residencia habitual no es un concepto jurídico, sino más bien una noción de hecho, cuyo contenido es mayormente de tipo sociológico, pudiendo entenderse por tal como el "centro efectivo de vida del menor". Aquel lugar en el que desarrolla sus actividades, donde está establecido con cierto grado de permanencia el centro de sus afectos y vivencias. ----------

------ La CSJN, se expidió en el célebre caso "Daniela" (Fallos: 318:1269), subrayando que "la expresión 'residencia habitual' que utiliza la Convención, se refiere a una situación de hecho que supone 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".----------

------ Se debe compatibilizar además el concepto con lo normado por la Ley Nº 26061 de "Protección Integral de niñas, niños y adolescentes" que define al centro de vida del niño al momento de relacionarlo con su interés superior, "como el lugar en donde las niñas, niños y adolescentes hubieran transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia". Complementariamente el decreto reglamentario (Nº 415/2006) establece en el art. 3º que se debe interpretar el concepto de centro de vida, de manera armónica con la definición de "residencia habitual" contenida en los tratados

///

ratificados por la Argentina en materia de sustracción internacional de menores. ----------

------ El análisis de la prueba documental me permite afirmar –lo que no fue controvertido por la madre- que la niña, previo al traslado desarrolló todos los aspectos de su corta vida en Fuengirola, Málaga, España. El grupo familiar estuvo allí empadronado como habitantes de la ciudad, fue el lugar en el que A. concurrió al jardín de infantes, se le realizaron los controles de salud correspondientes, mantuvo vínculos con su padre y familia extensa (fs. 19/31). Era esa ciudad, y por lo tanto el estado requirente, el que constituía el lugar de su residencia habitual.-

------ Por lo expuesto concluyo que el derecho aplicable al caso es el español. ----------

------ **II.3.2.-** Definido lo anterior, es a este ordenamiento normativo al que hay que recurrir a fin de determinar el contenido y alcance del derecho de custodia ejercido por la madre al momento del desplazamiento a nuestro país.----------

------ A tal fin, procederé al análisis de la legislación española, pues el art. 14 del CH 1980, establece que las autoridades judiciales del Estado requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación, y decisiones judiciales o administrativas del país requirente sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o el reconocimiento de las decisiones extranjeras, que de lo contrario serían aplicables.----------

------ En España la Ley 15/2005, del 8 de julio, estableció que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo solicitaren los padres o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del proceso. Asimismo, que aun cuando los padres no lo soliciten el ejercicio compartido de la guarda de los hijos, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del niño. Es decir, se admite el acuerdo sobre la guarda conjunta con control judicial, pero también puede el tribunal adoptar tal decisión, aun cuando no exista conformidad de las partes (conf.: Grosman, Cecilia P., “El recorrido desde el derecho de comunicación con los hijos hasta la alternativa de su cuidado compartido” en “Régimen Comunicacional”, págs. 151/182, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2011).----------

///

------ Otra norma que considero es el art. 156 del Código Civil español, que establece que “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad (…) Si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.”----------
---

------ La Dra. Grosman, en el artículo ya citado, al realizar un análisis de la custodia compartida en el derecho comparado, se refiere a las conclusiones de las VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios judiciales que se desarrollaron en España, Valencia, del 26 al 28 de Octubre de 2009. La renombrada doctrinaria, destaca que se concluyó allí, que la llamada “custodia” no implica para el progenitor que la ejerce un estatus jurídico privilegiado frente al otro. A cada uno de los padres corresponde el cuidado del niño o adolescente y el ejercicio ordinario de la responsabilidad parental en los períodos de tiempo que tiene al hijo consigo. ----------
---

///

------ En las conclusiones de las jornadas mencionadas además, puede leerse, “se entenderá que el ejercicio de la responsabilidad parental, en los casos de ruptura de la pareja, se llevará a cabo conjuntamente por los progenitores, precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos mas transcendentes de la vida, salud, educación y formación del menor. En particular, quedan sometidas a este régimen y no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia del menor, y los posteriores traslados de domicilio de éste que lo aparten de su entorno habitual; las referidas a la elección del centro escolar o institución de enseñanza, publica o privada, y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y a la realización por el menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento del menor, de menos de 16 años, a tratamientos o intervenciones médicas preventivas, curativas o quirúrgicas, incluidas las estéticas, salvo los casos de urgente necesidad (…) Las decisiones relativas a aspectos o materias de la vida del menor distintas de las enunciadas, así como las de prestación de asistencia sanitaria en caso de urgente necesidad, corresponde adoptarlas al progenitor que tenga consigo al menor, en el momento en que la cuestión se suscite” (el subrayado me pertenece).-----

------ En un caso de restitución internacional requerida también por el estado español, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

///

("B. S. M. c/ P. V. A. s/ restitución de menores", 04/02/2009), rechazó la misma, fallo que luego fue revocado por la CSJN. Pero en lo que aquí me interesa, resulta valioso el aporte del voto en disidencia del Dr. Genoud. Compara allí el ejercicio de la responsabilidad parental frente a la ruptura en el derecho argentino y en el español. En nuestro país señala, por el art. 264 del CC, en una postura hoy criticada –y agrego en vías de superación- , la ruptura conyugal implica conceder el ejercicio de la patria potestad a aquel progenitor que se le otorga la tenencia. En cambio el derecho español, prevé la posibilidad de la responsabilidad parental conjunta aun frente a la separación (art. 156 del CC Español).--

------ Famá en el artículo ya citado, al comentar el fallo de la SCBA dice, las expresiones "custodia" o "tenencia" no necesariamente son sinónimos de ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental. Debe distinguirse la custodia "material" o "física" en sentido estricto, que alude a la convivencia del progenitor con el hijo (es decir, la circunstancia de tener el hijo consigo), de la custodia o tenencia en sentido amplio o legal, equivalente a la posesión de los atributos emergentes de la responsabilidad parental. De este modo la tenencia en sentido amplio quedaría compatibilizada para regir como "compartida" no obstante la guarda se encuentre en cabeza de un solo padre. Agrega, citando a Méndez Costa, que el concepto de guarda o tenencia, siempre consiste en tener al hijo consigo, pero cuando ha

desaparecido la cohabitación de los padres, esposos o no, la funcionalidad de la tenencia se expande a todo el ejercicio de la patria potestad, el progenitor excluido de la guarda no lo está de aquella.----------

------ **II.3.3.-** En el plano de los hechos del proceso, debo destacar varias cuestiones.----------

------ En primer lugar, corresponde que indague respecto a las defensas esgrimidas por la mamá para fundar la licitud del traslado.----------

------ La nombrada indicó, al contestar el traslado, que detentaba la custodia de A. en base al acuerdo celebrado con el progenitor, que afirmó, se encontraba vigente al momento del traslado; y en oportunidad de expresar agravios, que lo hacía con fundamento en el ejercicio de la custodia de hecho de la niña, unido a que el padre no ejerció efectivamente la misma en ningún momento de la vida de la niña.----------

------ **II.3.3.1.-** Analizaré en primer término lo relacionado al acuerdo celebrado entre los padres, que se encuentra agregado a fs. 94/96 de autos. Establece este en la cláusula Primera, la patria potestad compartida por ambos progenitores; en la Segunda, encomienda la

guarda y custodia de la niña a la madre; en la Tercera, establece el régimen de comunicación de la hija con el padre, y subsidiariamente en caso de desacuerdo, las partes se obligan al cumplimiento de una serie de normas. La última de estas, identificada como “e” determina que “para todas las cuestiones relativas a la docencia, educación, cambios de colegio, excursiones, viajes escolares, deportes, y cualquiera otras actividades de índole similar, o que afecten el presente régimen, ambos progenitores decidirán de común acuerdo, en base a lo más conveniente y beneficioso para la menor”. ----------
---

------ Debo decir que, más allá que no se acompañó instrumento alguno que acreditara la homologación judicial de este acuerdo, del texto del mismo, no surge que la madre ejerciera la custodia de la niña en los términos exigidos por el CH 1980. Se estableció la patria potestad compartida entre los progenitores, si bien la guarda y custodia de la niña sería ejercida por la madre, se sujetó expresamente a la voluntad de ambos padres cuestiones tales como lo vinculado con la escolaridad o actividades extracurriculares de A., y todo aquello que afecte el cumplimiento del acuerdo.----------
---

------ Es indudable que el trasladar a la hija a un país extranjero y radicarse posteriormente en la ciudad de destino, constituían

decisiones trascendentales en la vida de A., que debían ser adoptadas –conforme a lo acordado- en forma conjunta por los padres. Como consecuencia de ello, la progenitora no tenía derecho a mudar el domicilio de la niña en forma inconsulta como lo hizo, y por lo tanto el traslado no puede calificarse como lícito desde este punto de vista.----------

---------- **II.3.3.2.-** En relación al otro argumento expuesto por la madre -como ya se vio- el derecho español, ocurrida la separación asigna de pleno derecho el ejercicio de la patria potestad al padre con quien el hijo conviva (art. 156 CC español).----------

---------- Ahora bien, ese ejercicio de la patria potestad según se expuso (ver Conclusiones VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios judiciales de España), se refiere en forma exclusiva al cuidado personal del hijo, se limita a la toma de decisiones que se vinculan a las necesidades domésticas o diarias, pero de ninguna manera alcanza a las cuestiones trascendentales de la vida de los hijos (cambiar de residencia, mudar de domicilio, elegir una institución escolar y sus cambios posteriores, decidir la orientación religiosa de los hijos, decidir respecto a la atención de la salud salvo el caso de urgencias, etc.), las que deberán ser adoptadas en forma conjunta por los padres o contar con autorización judicial a tal efecto.----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ Ante la precisión del alcance que debe otorgarse al ejercicio de la patria potestad por el progenitor que tiene la guarda o custodia del niño (art. 156 CC Español) en el contexto familiar analizado, concluyo que no podía la Sra. K. O. mudar la residencia de A. a otro país, con el sólo fundamento del ejercicio de su custodia de hecho o que el progenitor no la había detentado nunca.----------

------ “Si en un Estado parte la legislación sustancial atribuye la ‘custodia’ –o tenencia, o guarda, cualquiera sea el nomen iuris de la institución desde la óptica del derecho de fondo- a uno de los progenitores pero ese derecho no alcanza para que ese padre conviviente pueda decidir por sí la modificación de la residencia habitual del niño mediante el establecimiento de una nueva residencia en un país extranjero (pues para hacerlo necesariamente debe contar con el consentimiento del otro progenitor o la autorización de una autoridad judicial), entonces, debe concluirse que ese progenitor no tiene la custodia en el sentido uniforme de la Convención (art. 5 inc. “a”), y si se desplaza o retiene al niño con el intento de modificar su “centro de vida” comete la infracción que se califica de conducta ilícita, que da lugar al procedimiento de restitución” (Conf.: Najurieta, María Susana, “La restitución internacional de menores y el principio del interés superior del niño”, en JA, 2006-1-43).----------

------ Y aun mas, caía sobre la demandada la carga de la prueba respecto a este extremo, y no logró arrimar probanzas en tal sentido que avalaran las afirmaciones esgrimidas.----------

------ Concluyo que a la luz de lo analizado, el traslado de A. por su mamá a la República Argentina en el mes de noviembre de 2010 fue ilícito en los términos previstos por el Convenio. ASI LO VOTO.----------

------ II.3.4.- Debo examinar a continuación si se encuentran reunidos los extremos para tener por configurada, alguna de las excepciones previstas en forma taxativa por el CH 1980.----------

------ **II.3.4.1.-** La primera, está referida al no ejercicio efectivo de la custodia por parte del progenitor solicitante al momento del traslado.---

------ Al respecto el padre de la niña, invocó detentar la custodia de A. de acuerdo a lo resuelto en la sentencia firme Nº 17/11, dictada en fecha 9 de mayo de 2011, por la Sra. Juez a cargo del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Número Uno de la ciudad de Fuengirola, Málaga, y cuya copia simple se encuentra agregada a fs. 33/37.----------

///

------ Al contrastar las fechas del dictado de la sentencia extranjera y del traslado de la niña a la República Argentina, observo tal como lo hizo la Sra. Juez de Familia, que el fallo indicado es posterior en el tiempo al arribo de A. a este país.----------

------ Ahora bien, en el encabezamiento de la sentencia referida, al individualizar la sentenciante española las partes del proceso, indica como demandante a la Sra. N. D. K. O. y como demandada, el Sr. D. E. M.----------

------ Luego, al relatar los antecedentes de hecho, especifica la magistrada española en el punto primero, que “por la representación procesal de la actora se presentó escrito promoviendo juicio verbal de Guarda y Custodia, Alimentos y Régimen de visitas contra D. E. M., respecto de la hija menor de ambos y ello en base en las alegaciones de hecho y derecho que se estimaban de aplicación y que en el presente antecedente se dan por reproducidos”.----------

------ Observo que el CH 1980 contiene dos disposiciones que resultan de aplicación al análisis que vengo efectuando. La primera, indica que “no se exigirá, en el contexto del presente Convenio, ninguna

legalización ni otras formalidades análogas" (art. 23), y la segunda se refiere a la admisibilidad por las autoridades administrativas o judiciales de los estados miembros, de los documentos o información que acompañen a una demanda en los términos del Convenio que haya sido proporcionada por una Autoridad Central (art. 30).----------

------ Me explico, "es que la intervención de la autoridad central garantiza la autenticidad documental y la de los instrumentos públicos extranjeros que la acompañan, porque las transmisiones por conducto de organismos oficiales confieren certeza no sólo sobre la autenticidad del pedido, sino también sobre la documentación que se acompaña" (BIOCCA, Stella M., "Interés superior del niño", RDF núm. 30, Marzo/abril 2005, Lexis Nexis, 2005).----------

------ Tengo para mí según lo dicho, que la sentencia dictada en España y por la que se atribuye la custodia de A. al papá, si bien es posterior al momento del desplazamiento de la niña a este país, me permite apreciar que fue dictada en un proceso iniciado por la Sra. K. O. contra el progenitor, ante el juez de la ciudad de Fuengirola, Málaga.-----

------ Es decir, la mamá de la pequeña eligió entre las alternativas que el derecho español ofrece –realizar un acuerdo o iniciar un proceso judicial controvertido-, y seleccionada esta última, y aun pendiente el

///

dictado de la sentencia definitiva, se trasladó en forma inconsulta a la República Argentina con la niña, sustrayéndola de la jurisdicción del juez de la residencia habitual de esta.----------

------ Y en este sentido resulta ilustrativo, lo dicho por la CSJN (Fallos: 333:604; 333:2396) –citados por el recurrente- en cuanto a que “la expresión convencional ‘derecho de custodia’ no coincide con ninguna concepción particular de custodia en las leyes nacionales, sino que adquiere su significación desde las definiciones, estructura y propósitos del CH 1980, y que la comunidad jurídica de naciones ha alcanzado un amplio consenso respecto a que la previsión *ne exeat* –prohibición dirigida al cuidador primario del niño de sacarlo de la jurisdicción sin la conformidad del otro progenitor o del tribunal- cae dentro del dominio de la citada noción convencional.----------

------ Por lo tanto, tampoco puede esgrimirse como defensa que el progenitor no ejercía la custodia de la niña al momento del traslado. ---

------ Es real que el progenitor nunca detentó la guarda de la hija, en el sentido del cuidado personal de la misma. Pero sí, en el marco legal examinado, ejercía la custodia compartida de la niña pues no se había

atribuido esta en forma exclusiva a la madre, tenía un régimen de comunicación con su hija, y además se encontraba en trámite ante el juez del lugar de residencia de la niña un proceso –iniciado por la madre- a fin de organizar la vida familiar con posterioridad a la ruptura de la pareja.----------

------ En este contexto, el alejamiento de la niña decidido por la madre en forma unilateral del lugar en el que se desenvolvía la vida de A., aparece como la expresión de una vía de hecho que el CH 1980, tiene como objetivo disuadir o en su caso reparar con el mecanismo de la restitución.----------

------- **II.3.4.2.-** Tampoco se produjo el consentimiento del progenitor en los términos previstos por el convenio.----------

------ **II.3.4.3.-** La norma que prevé la excepción denominada de grave riesgo (art. 13 inc. b CH 1980), establece que la autoridad judicial o administrativa del estado requerido no está obligada a ordenar la restitución si la persona que se opone al reintegro demuestra que, existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. ----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ Señala Famá en el artículo antes citado, que como toda excepción, la de “grave riesgo” debe ser interpretada en forma extremadamente rigurosa, y verificada a partir de la producción de prueba fehaciente, a fin de evitar que su invocación superficial se convierta en un mecanismo para desvirtuar la finalidad última del convenio, cual es la inmediata restitución del niño al Estado de su residencia habitual para que sean en todo caso los jueces de ese lugar quienes resuelvan sobre el fondo de la cuestión.----------
---

------ Por su parte, la CSJN decidió “que las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción revelan el carácter riguroso con el que se debe ponderar el material fáctico de la causa a efectos de no frustrar la efectividad de la Convención. La causal no apunta solamente a rechazar el regreso ante una situación de peligro externo en el país requirente, sino también a ponderar si la reinstalación en la situación anterior a la retención ilícita coloca al menor en peligro psíquico, lo cual es un grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Está claro que la mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente, o de idioma, no bastan para configurar la situación

excepcional que permitiría negar la restitución" (Fallos: 318:1269; 328:4511; 333:604).----------

------ El informe del Equipo Técnico Interdisciplinario, me permite determinar que la madre constituye para la niña su figura de apego, y que un alejamiento de esta le produciría un quiebre de su homeostasis vincular. Nada dice el dictamen respecto a las consecuencias de la restitución en sí mismas. Lo informado por la profesional recae en el ámbito de aquellas cuestiones excluidas de consideración por la autoridad judicial requerida, y que formarán parte de lo que tendrá que resolver el juez de la residencia habitual al momento de tratar la cuestión de fondo.----------

------ Sobre la parte demandada recaía la carga de probar de manera cierta y fehaciente la existencia de un riesgo en la restitución en los términos del art. 13 inc. "b" del CH 1980, y no cumplió con esa manda procesal. Desde esta óptica, considero que la madre no aportó elementos objetivos que avalen sus dichos en cuanto al compromiso psíquico o físico de la niña en caso de producirse la restitución----------

------ Agrego que tampoco la integración al nuevo medio constituye un motivo autónomo de oposición, aun cuando el nuevo desplazamiento provoque otro conflicto del niño, pues de otra manera resultaría fácil burlar los términos del CH 1980. Además, la ilicitud originaria del

///

traslado no permite considerar al lugar de destino como centro de vida lícito del niño, de lo contrario el sistema devendría inaplicable (art. 3º de la Ley Nº 26061 y el art. 3º de su Decreto Reglamentario Nº 415/2006). ----------

------ Además, la invocación genérica del beneficio del niño, el cambio de ambiente, o los perjuicios de tipo económicos o la crisis financiera del país de residencia habitual, no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución.----------

------ **II.3.4.3.1.-**Esta excepción se vincula en forma estrecha con el principio del interés superior de la niña en el caso concreto. ----------

------ Ya dije que en el tratamiento de la restitución internacional el interés superior del niño se vincula a los objetivos y la finalidad del Convenio. La aplicación del CH 1980 juega como complementaria de la Convención sobre los Derechos del Niño y en este sentido debe tenerse muy presente que el interés a proteger es el del niño.----------

------ Por ello, tanto el principio general, la finalidad y objetivos del CH 1980 en esta materia, salvo que se configure objetivamente y quien se oponga a la restitución pruebe uno de los supuestos de excepción taxativamente enunciados, el interés superior del niño consiste en ser devuelto a su centro de vida sin dilaciones (Scotti, Luciana Beatriz, "Un destacable pronunciamiento de la Corte Suprema en materia de restitución internacional de menores", DFyP 2010 (agosto), 01/08/2010, 75).----------

------ Entiendo el interés superior del niño (art. 3 CDN) como "la plena satisfacción de sus derechos" (conf.: Cillero Bruñol, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en Infancia, ley y democracia en América Latina, Emilio Méndez Costa y Mary Beloff (compiladores), Temis-Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998, ps. 70 y sgtes.), o lo que es lo mismo en los términos del art. 3º de la Ley Nº 26061, "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley".----------

------ Adhiero al criterio que establece que "para precisar la noción de interés superior del niño, su referencia debe proyectarse a futuro, de modo de adoptar aquella decisión que mejor asegure el desarrollo de su personalidad en el marco del reconocimiento de sus derechos fundamentales" (conf.: Gil Domínguez, Andrés; Famá, María

///

Victoria; Herrera, Marisa, en Derecho Constitucional de Familia, Tomo I, pág. 47 y sgtes., Ediar, Buenos Aires, 2006).----------

------- Hemos dicho que “el interés superior del niño no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho, sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso (conf.: Fallos, 328:2870, voto de los Dres. Carlos S. Fayt, E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay). La función de los jueces es resolver teniendo en cuenta el principio emergente del art. 3° de la Convención sobre los Derechos del niño y aplicarlo a la luz del caso concreto” (STJCH, SD Nº 02/SRE/2010). ----------

------ Retomo en tal sentido, la mirada integradora de la interpretación del derecho que proponía al iniciar mi voto, y entonces no puedo dejar de puntualizar además, que la CDN –instrumento que también el estado español ratificó- consagra entre otros, a la familia como ámbito natural del ejercicio de los derechos del niño (art. 5), el derecho a la identidad, incluidos su nombre, nacionalidad, relaciones familiares (art. 7 y 8), el derecho a mantener contacto con el progenitor con el que no convive (art. 9.3), establece la obligación de ambos padres respecto a la crianza y desarrollo del niño y el ejercicio

de sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño (art. 18.1).----------

------ Los derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y sus facultades se encuentran limitadas, justamente por esta función u objetivo. El Estado tiene la obligación de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes-deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, por su interés superior" (conf.: Cillero Bruñol, Miguel, op. cit, pág. 84).----------

------ Concluyo que el respeto al interés superior de A. en el sentido expuesto, se concreta en el retorno de la niña a España. La restitución, según entiendo, es la solución que va a permitir a la niña regresar al centro de vida del que fue despojada en forma unilateral por la madre, y sobre todo retomar el contacto con el padre del que nunca debió ser privada. ----------

------ Estoy convencido, que en principio, ambos progenitores son los que deben procurar acordar cuál será la residencia de A. ante la

///

imposibilidad de su convivencia.----------

------ **II.3.4.4.-** Otra excepción se refiere a la oposición del niño a la restitución cuando haya alcanzado cierto grado de madurez. En el caso que me ocupa, A. cumplió cuatro años el pasado 31 de Mayo.----------

------ Esta no fue invocada por la madre, y no consta que la niña se haya opuesto a su restitución, lo que además por su corta edad, es razonable.-

------ Surge del expediente que la niña fue escuchada en el proceso en dos oportunidades. En primera instancia, por la Sra. Juez de Familia y por la Sra. Asesora de Familia e Incapaces (fs. 66) en cumplimiento de la manda constitucional del art. 12 CDN, y por la Cámara de Apelaciones a fs. 201 de acuerdo a lo prescripto por el art. 130 de la Ley III Nº 21. La niña además fue entrevistada en dos ocasiones por las profesionales del Equipo Técnico Interdisciplinario.----------

------ Ello así, se encuentra plenamente satisfecho el derecho de la niña a ser oída en los términos del art. 12 de la CDN, y resulta innecesario

reiterar la escucha ante este Tribunal.----------

------ Dijimos en SD Nº 02/SRE/2010, con un criterio que entiendo aplicable en autos, que el art. 26 de la Ley V, Nº 108 –antes Ley 5442- establece que se procurará evitar la reiteración de las comparecencias del menor ante los órganos de la Administración de Justicia.----------

------ A su vez el art. 130 de la Ley III Nº 21 –antes Ley Nº 4347- resulta de aplicación a las Cámaras de Apelaciones mas no a este Superior Tribunal.----------

------ **II.3.4.5.-** La integración del menor al medio al que fue llevado luego de un año del acto del traslado o retención sin haberse requerido la restitución (art. 12 p. 2º, CH 1980).----------

------ "Se trata nuevamente aquí de preservar el interés superior del menor que se ha integrado a su nuevo centro de vida. Pero para que ello ocurra deberá concurrir simultáneamente la inacción de la persona que vio menoscabado su derecho de custodia, durante un año a partir de su conocimiento de la sustracción o retención ilícitas. Deben darse conjuntamente los factores mencionados: a) integración del menor al nuevo medio; b) iniciación de los procedimientos de

///

restitución después de la expiración del plazo de un año desde el momento que se produjo la sustracción" (conf.: Scotti, Luciana Beatriz, op. cit.).----------

------- El reclamo fue iniciado por el progenitor en fecha 30/06/2011 (fs. 6), antes de que transcurriera el año desde el traslado de la niña a la Argentina, por lo que no resulta aplicable esta excepción al caso en análisis. Fue adecuado lo decidido por la Sra. Juez de Primera Instancia sobre el particular.----------

------ **II.3.4.6.-** Por último, la excepción de orden público (art. 20, CH 1980). Al respecto resulta menester, estudiar en cada caso, si la restitución conlleva "…la violación o el peligro de violación de un derecho humano fundamental" del niño (Fallos: 318:1269, consid. 16), lo que se vinculará directamente con el tratamiento de cada una de las excepciones que se analizaron en el caso.----------

------- En ese sentido, no encuentro que la restitución a España afecte derecho humano fundamental alguno de A.----------

------- **II.4.-** Acuerdo con lo dictaminado por la Sra. Asesora de Familia e Incapaces a fs. 203/205vta. y por la Sra. Defensora Jefe de la ciudad

de Trelew, a fs. 265/277 en representación de la niña, en cuanto a que A. debe ser restituida a España. Igualmente encuentro que el dictamen contrario del Ministerio Pupilar de fs. 153/154 no resulta mas que una afirmación genérica del beneficio de la niña que no se compadece con el análisis jurídico y fáctico que he realizado.----------

------ Por todo ello concluyo, que el traslado de A. a la República Argentina, fue ilícito, y por no configurarse ninguna de las excepciones contenidas en el CH 1980, la niña debe ser reintegrada al lugar de su residencia habitual previo al traslado, y de la forma que lo ordenó la Sra. Juez de Familia a fin de preservarla en la mayor medida posible del impacto de este nuevo cambio.----------

------ Asimismo, y ante la sugerencia de la Sra. Defensora Jefe, poner en conocimiento de la Sra. K. O. sobre la existencia del "Fondo de Ayuda Económica para Asistencia Legal en el Exterior" para atender casos regulados por la Convención de La Haya, y creado por el PEN por Decreto Nº 891/1995. ASI LO VOTO.----------

------ A la primera cuestión el Dr. Pasutti dijo:----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ 1.- Concuerdo con el detalle de los antecedentes de esta causa que efectuó el colega preopinante, por lo que entiendo apropiado remitirme a los mismos en honor a la brevedad.----------

------ 2.- El marco jurídico aplicable al caso se encuentra en la Convención sobre los Derechos del Niño de rango constitucional –art. 75 inc. 22 CN-, y en el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 –CH 1980- ratificada por nuestro país por la Ley Nº 23857.----------

------ Cabe recordar que la CDN en materia de sustracción de menores (art. 11) realiza una invitación a los Estados Partes a entablar relaciones de cooperación a través de la suscripción de los pertinentes instrumentos. Así surgió el CH 1980, y la compatibilidad entre ambas normas es evidente. ----------

------ El Convenio tiene una clara finalidad, el regreso del niño al lugar en el que residía previo al desplazamiento; de tal modo, presupone la norma convencional que se protege su interés superior. ----------

///

------ Para ello, “propone garantizar la inmediata restitución de los menores trasladados 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. 1º). De esta manera, forma parte del denominado Derecho Internacional tuitivo o de protección, cuyo campo de acción es proveer a la tutela del menor, estableciendo procedimientos adecuados y ágiles a fin de cumplir su cometido” (conf.: de Souza Vieira, Viviana H., “La restitución internacional de menores y la importancia del respeto a su centro de vida”, DF y P 2011(noviembre), 1/11/2011, p. 106, La Ley).----------

------ El ámbito del CH 1980, reduce la decisión por el juez requerido a determinar si medió o no, traslado o retención ilícita, y está fuera de su incumbencia todo lo relacionado con el derecho de guarda o custodia, intervención que corresponderá al juez del lugar de residencia habitual del niño. “El Convenio sólo intenta restablecer un orden alterado” (Ortenberg, Osvaldo Daniel, “Límites al conocimiento en el proceso de restitución de menores víctimas de sustracción ilegal”, LL Gran Cuyo 2006 (abril, pág. 359).----------
----

------ El art. 3º de la Convención establece que se considerará ilícito el traslado o retención “cuando se hayan producido en infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una

persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención" (inc. "a"), y "cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención" (inc. "b"), ya sea por una atribución de pleno derecho, por una decisión judicial o administrativa o por acuerdo de partes.----------

------ Además, el derecho de custodia debe comprender la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del menor y por lo tanto del traslado de mismo (art. 5, CH 1980).----------

------ En ese sentido, José Carlos ARCAGNI –en el mismo artículo citado por la sentencia atacada- señala "…para que los mecanismos de restitución se pongan en acción es necesario que exista un derecho de custodia atribuido de acuerdo al derecho donde el menor tiene su residencia habitual…". Y agrega "…la problemática está dada en la definición o marco del derecho de custodia, es decir, qué derechos y obligaciones están comprendidos en esa institución. La Convención no ahonda en la portada y extensión del derecho de custodia sino que pone sólo énfasis en que éste comprende la facultad de decidir sobre

el lugar de residencia del menor y por tanto sobre el traslado del menor (cf. art. 5º inc. a)…" (conf.: "La convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el Derecho Internacional privado tuitivo", La Ley, 1995-D, 1024).----------

------ Pero además para que la restitución sea viable no deben concurrir las excepciones que taxativamente prevé la misma Convención, y que fueron expuestas por el colega preopinante en su voto, y a las que me remito.----------

------ 3.- Coincido con el análisis realizado por el Dr. Caneo y hallo que la sentencia atacada es arbitraria, tanto en el aspecto normativo como en el fáctico. ----------

------ Se realizó una interpretación parcial de la normativa aplicable al caso. El CH 1980 exige para calificar como lícito el desplazamiento, la atribución de la custodia de acuerdo al derecho del lugar de residencia del niño previo al traslado, y que este comprenda la posibilidad de decidir el cambio de residencia del hijo.----------

------ El iter lógico a seguir, requiere un camino de razonamiento e inclusión en las hipótesis que la norma internacional plantea, con las

///

alternativas exigidas. Así, para determinar la ilicitud, hay que conocer cuál es conforme al lugar de residencia habitual el alcance de la custodia ejercida por el progenitor que ha trasladado al hijo, para ello, debe determinarse, primero qué significa “residencia habitual” conforme a la Convención, cuál es el derecho aplicable, y el alcance otorgado en el mismo al derecho de custodia. Y luego, contrastando ambos, determinar si fue lícito o no el traslado. Allí falla la sentencia opugnada, y resulta arbitraria en la faz normativa.----------

------ La sentencia atacada puso el foco en la custodia de hecho detentada por la madre de A. en todo momento de la vida de la niña, y como contrapartida o contracara, en la carencia del ejercicio efectivo por parte del progenitor requirente de la restitución. Concluye así, que no se encuentra cumplida la exigencia del art. 3 inc. “b” del CH 1980, y que por lo tanto el traslado de la niña a este país fue lícito. Y allí aparece la arbitrariedad en este punto que resulta central en el análisis y que condiciona la decisión respecto a los restantes agravios deducidos. ----------

------ He dicho en la SD Nº 16/SRE/2006, que "la doctrina de la arbitrariedad de sentencia es comprensiva de diversos supuestos "normativos" y fácticos. La violación de la ley por carencia de

fundamentación en derecho, por aplicación errónea o equivocada del precepto, por desconocimiento de la regla aplicable, conforman -entre otros- los primeros, mientras la prescindencia de prueba, la apoyatura en pruebas inexistentes o no agregados formalmente, los yerros en el análisis y ponderación de los hechos y prueba, los resultados irrazonables en la apreciación según leyes de la lógica, se inscriben entre los segundos." (SD N° 21/SRE/97; 11/SRE/99 y 11/SRE/00).----------

------ Agregué allí además, que el juzgador no puede ser un mero observador de la norma. Su función no se circunscribe a la simple tarea de aplicar las leyes según la estricta concepción literal de su redacción. Por el contrario, primero debe conocer su contenido, interiorizarse con éste último e interpretarlo, para trabajar después, en la tarea de subsumir el caso en el derecho vigente.----------

------ Tal como lo expuse, no fue este el camino seguido en la sentencia recurrida.----------

------ Y aun más, encuentro que los argumentos vertidos, en relación al principio constitucional del interés superior del niño, paradigma del derecho de la niñez y adolescencia, resultan carentes de fundamentación. ----------

///

------ Así el afirmar sin hesitación, que España no se vislumbra como un destino permanente o estable para la niña por el enfrentamiento que mantienen los progenitores, o por lo que se pueda resolver en definitiva allí sobre su custodia, que el reintegro resultaría perjudicial para A. sin más, o que un nuevo alejamiento de su entorno cotidiano no sería beneficioso para la niña, son afirmaciones dogmáticas y carentes de fundamento a la luz de las constancias de autos, y de la finalidad de la norma internacional.----------

------ Asiste razón al recurrente en cuanto a que en la sentencia se realizaron previsiones hipotéticas a futuro respecto al destino de la niña en cuanto a lo perjudicial que resultaría ordenar el regreso a España, pues no se dieron razones para arribar a esa conclusión. Nuevamente no se encuentra registro del iter lógico seguido que otorgue sustento a las enunciaciones cuestionadas.----------

------ La mera invocación genérica del beneficio del niño, no basta para configurar la situación excepcional que permitiría rehusar la restitución (Fallos: 318:1269, 333:604, G , P C c/ H, S M s/reintegro de hijo G 129. XLVIII; REX; 22-08-2012).----------

///

------ Además, también se inmiscuyó el fallo en la cuestión de fondo y opinó respecto al enfrentamiento que mantienen los progenitores, y derivó de ello consecuencias disvaliosas para A. Estas circunstancias, son ajenas a la evaluación del juez del estado requerido, cuya actuación está ceñida por el marco de la CH 1980, y en el que explícitamente se veda la posibilidad de emitir opinión respecto a la custodia del menor de edad, cuestión que deberá ser resuelta ante los tribunales del estado del lugar de residencia habitual del niño. ----------
---

------ Tales vicios tienen relevancia decisiva, motivo por el cual el fallo presenta graves defectos de fundamentación que lo invalidan como acto jurisdiccional e imponen su descalificación (Fallos: 311:1438; 312:1150; 326:2135, entre otros). ASI LO VOTO.----------
---

------ 4. No se cuestionó que la residencia habitual de A., entendida como su centro de vida (art. 3º Ley Nº 26061 y art. 3º Decreto Reglamentario Nº 415/2006), previo al traslado se ubica en España. Como consecuencia de ello, el derecho aplicable es el de ese país.------
---

------ Coincido con Famá, Herrera y Gil Domínguez, en que resulta saludable el reemplazo de la locución “patria potestad” por la expresión “responsabilidad parental”. La primera noción se conecta

///

con la potestad romana y pone el acento en la dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. En cambio la segunda, es inherente al concepto de “deber”, que cumplido adecuadamente, refuerza el compromiso paterno de orientar al hijo hacia la autonomía (conf.: Derecho Constitucional de Familia, T I, pág. 550, Buenos Aires, Ediar, 2006).----------

------ En nuestro país, el Código Civil establece que la responsabilidad parental se ejerce en forma conjunta durante la convivencia (conf.: art. 264, inc. 1, CC). En los casos de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, la titularidad la tienen ambos progenitores, pero el ejercicio de la función, su faz activa, la posee quien ejerza la “tenencia” (art. 264 incs. 2 y 5 CC), tanto si se trata de hijos matrimoniales como extramatrimoniales. Al otro progenitor solo le resta el derecho a tener una adecuada comunicación con el hijo y supervisar su educación (art. 264 inc. 2 CC).----------

------ Nora LLoveras, distingue que el ejercicio de la responsabilidad parental mientras conviven es compartida -los dos- o indistinta –uno actúa presumiéndose el consentimiento del otro- para los actos cotidianos de la vida del hijo.----------

///

------ Cuando no viven juntos, la ley atribuye el ejercicio al padre que vive con el hijo, y este supuesto lo denomina ejercicio unilateral o preferente de la responsabilidad parental. El padre que no tiene al hijo consigo puede comunicarse adecuadamente con él, supervisar su educación, alimentarlo, puede oponerse a los actos que disponga en la vida cotidiana el padre ejerciente y es convocado a prestar consentimiento en los actos trascendentes de la vida del hijo (art. 264 quater CC).----------

------ Agrega la autora, que el ejercicio exclusivo por uno solo de los padres de la totalidad de la autoridad, se prevé en los casos de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, y reconocimiento unilateral del hijo extramatrimonial (arts. 264 incs. 3 y 4, 264, 307, 309, y cc del CC).----------

------ Por último, señala que el ejercicio conjunto obligatorio deriva del art. 264 quater. En estos casos ambos padres, en la situación que se encuentren (juntos, separados, divorciados, separados de hecho, entre otras situaciones) deben otorgar los actos reputados trascendentes para la vida del hijo. Así, debe concurrir el consentimiento expreso de los progenitores o la venia supletoria del juez, para autorizarlo a contraer matrimonio, estar en juicio, salir del país, etc. (conf.: “El

///

régimen de comunicación y el ejercicio abusivo de las funciones del progenitor 'custodio'" en *Régimen comunicacional* Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, p. 97 y sgtes., Córdoba, 2011.----------

------ Advierto que nuestro sistema legal, es criticado y cuestionado como contrario a la igualdad de los derechos y responsabilidades de los progenitores en la crianza y educación de sus hijos, asegurados en diversos tratados de derechos humanos, que en nuestro país tienen rango constitucional. Se propicia desde la doctrina una reforma que mantenga la responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores, pese a la falta de vida en común.----------

------ El derecho español incorporó desde el año 2005, el ejercicio compartido de la responsabilidad parental (arts. 92, 94, 154, 156 CC Español), y se lo suele citar como uno de los ordenamientos que en el derecho comparado acoge la regla de la custodia compartida de los hijos luego de ocurrida la ruptura de la convivencia de los padres.----------

------ La custodia compartida, implica reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la

responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales. ----------

------ “Lo esencial de la custodia compartida es participar con amplitud y activamente de las decisiones respecto del hijo, aun cuando la custodia física estuviera en cabeza solo de uno de los progenitores” (SCBA, TCA c/ MJR s/ Incidente Tenencia y Reg. de Visitas, 15/12/2007, LLBA,2001,1427).----------

------ 5.- En el caso de autos, la mamá no logró probar que el ejercicio de la custodia de la niña en los términos del derecho español, comprendiera la facultad de decidir el traslado de la misma a otro país sin el consentimiento del padre.----------

------ En primer lugar, voy a analizar el argumento esgrimido en la primera instancia al contestar el traslado. Insistió la nombrada que detentaba la custodia de la niña en los términos del CH 1980, en base al acuerdo celebrado con el progenitor, que se encontraba vigente (fs. 94/96).----------

------ Sin embargo, de los términos en los que fue celebrado el convenio, resulta que la custodia de A. sería ejercida en forma

///

compartida por los padres (cláusula Primera), que el cuidado personal de la niña correspondería a la madre, fijándose un régimen de contacto con el progenitor, y que en caso de incumplimiento del mismo, se sometían a cláusulas subsidiarias. Entre ellas merece destacarse, la que establece que todas las decisiones que pudieran alterar el cumplimiento del régimen fijado, debían ser adoptadas en forma conjunta por los progenitores, al igual que las decisiones trascendentes para la vida de A.----------

------ Resulta incuestionable que el cambio de lugar de residencia de la niña, no podía ser adoptado en forma unilateral por la madre. El ejercicio conjunto de la responsabilidad parental y las limitaciones destinadas a regir subsidiariamente, le impedían hacerlo. No es factible fundar allí -sin perjuicio de no haberse probado la homologación del acuerdo ante la justicia española- el ejercicio de la custodia en los términos del convenio.----------

------ La madre luego, insistió que detentaba la custodia de hecho de la niña, quien siempre vivió con ella, y que el progenitor requirente nunca la había ejercido.----------

------ El derecho español, es cierto, atribuye de pleno derecho el ejercicio de la custodia al progenitor con quien el hijo vive producida la separación (art. 156 p. 5º, CC Español). Y el contenido que debe otorgarse a esa custodia, fue objeto de una prolífica discusión en aquél país, sin embargo en los antecedentes jurisprudenciales, y en la doctrina, se ha ido perfilando una interpretación que tanto tiene que ver con la inclusión del caso en las situaciones de ruptura de pareja como las matrimoniales.----------

------ Y también en asignarle a este ejercicio de la custodia un alcance limitado al solo cuidado personal del hijo. Este artículo solo se vincula a las decisiones del padre conviviente asociadas a vida diaria del hijo. No alcanza a aquellas que resultan trascendentes a la vida de este y que deberán ser adoptadas en forma conjunta. Se ha dicho que en España la reforma escindió en forma clara, la titularidad de la patria potestad, del ejercicio de la misma y la guarda y custodia de los hijos que alcanza entidad cuando los progenitores se separan, pues previo a ello, no tiene sentido distinguirlas.----------

------ El autor español Antonio Javier Pérez Martinez, extrae la siguiente conclusión “que la convivencia con los hijos los es siempre compartida. La guarda y custodia no otorga más derechos sobre el hijo que los que tiene el padre que los visita”. La separación –dice – lo único que implica es que los hijos puedan vivir más tiempo con el

progenitor custodio, pero el resto de las funciones (velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, etcétera), se comparten (conf.:, “Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores”, citado en *Régimen Comunicacional*, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, p. 160, Córdoba, 2011).----------

------ “Con pocos días de diferencia, los máximos tribunales de Argentina –mayo 19, 2010, “B.S.M.c.P.,V.A.”- y de Estados Unidos, -mayo 17, 2010, “Abbott vs. Abbott”-, concluyeron que la protección que el Convenio da al derecho de custodia del progenitor para determinar el lugar de residencia de su hijo (art. 5°) incluye el derecho de prohibición de salida del país.----------

------ En tal sentido, la Suprema Corte de Justicia de EEUU-por seis votos a favor y tres en contra – señaló que la interpretación de la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito que estableció que una violación del derecho citado no da lugar a la posibilidad de solicitar la restitución a través del Convenio, convertiría a este instrumento en un sinsentido.”---

------ Por su parte, la CSJN, “invoca como antecedente el informe explicativo Pérez-Vera (Pérez Vera, Elisa, Informe Explicativo del

Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Madrid, 1981, apartado 71, disponible en el sitio web oficial http://hcch.net sección publicaciones) que ha querido acentuar que la intención del Convenio es proteger 'todas las modalidades del ejercicio de la custodia de menores' y que la ilicitud del traslado por uno de los titulares de la custodia conjunta 'no procedería de una acción contraria a la ley sino del hecho de que semejante acción habría ignorado los derechos del otro progenitor, también protegido por la Ley…' (Uriondo de Martinoli, Amalia-Martinoli Uriondo, Estefanía, Los claroscuros en la aplicación de las convenciones sobre la restitución internacional de menores, Revista de la Facultad –UNC-2011-2; 01/12/2011, pág. 29).---

------ Por lo expuesto, entiendo que la custodia de hecho que el sistema español asigna de pleno derecho al progenitor que vive con el hijo, comprende el cuidado personal de este, pero no la facultad de decidir sobre el lugar de residencia.----------

------ La propia Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, mediante su Oficina Permanente, pone de resalto a través de diferentes medios, que "los Estados partes han dejado en claro que ellos desean una exégesis uniforme de los conceptos centrales del Convenio, teniendo en cuenta su naturaleza autónoma, y de ninguna manera limitada a la comprensión que se daría a una determinada palabra o frase en los asuntos puramente domésticos. Los giros

///

relevantes, deben apreciarse en el contexto en el que son utilizados en el tratado" (conf.: Dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal en Fallos: 333:604). ----------

------ Es decir, el derecho de custodia asignado de pleno derecho por el ordenamiento español en art. 156 CC, y el concepto contenido en el Convenio, no son coincidentes. Este último exige en forma inexorable para excluir la ilicitud la prerrogativa de decidir sobre el lugar de residencia del niño. "La mera coincidencia con la denominación utilizada en la CH1980, no basta para atribuir a la pretensa custodia la dimensión exigida por dicho tratado" (Fallos: 333:604).----------

------ En tal sentido, encuentro que la madre, no tenía la facultad de decidir en forma unilateral el cambio de residencia de A. a otro país, sin contar con el consentimiento paterno ni con la autorización judicial correspondiente. Nada probó al respecto tampoco. Su desplazamiento a este país es ilícito en los términos de la Convención, y corresponde que se reintegre a la niña a España, siempre que no se configure alguna de las excepciones previstas por la normativa internacional.----------

------ La SCBA en autos "C., C. c. L., M. E." (02/09/2009, LLBA 2009 (diciembre), 1202; AR/JUR/33729/2009), dijo en una postura que

comparto, “El art. 156 del Código Civil español establece que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro…la recurrente no acreditó el consentimiento que dice le había otorgado el padre del niño para su traslado a la Argentina por lo que la decisión del mismo y el consecuente cambio del lugar de residencia del menor debió ser tomada de común acuerdo”.----------

------ 6.- Respecto a las excepciones, debo decir que se esgrimió solamente la denominada de “grave riesgo” contenida, en el art, 13 inc. “b” del CH 1980.----------

------ Las palabras con las que fue formulada, dan idea al intérprete de la excepcionalidad que reviste. Señala el art. 13 del CH 1980: “No obstante lo dispuesto en el Artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:… b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.”.-----

------ La CSJN, interpretó en sus fallos desde el año 1995 hasta el más reciente de fecha 22 de Agosto de 2012, que exige un grado de

impacto psíquico para el hijo, superior al que se derivaría de la interrupción de la convivencia con sus padres (Fallos: 318:1269, 333:604, G , PC c/ H, S M s/reintegro de hijo G 129. XLVIII; REX; 22-08-2012).----------

------ Es decir que quedan fuera de este presupuesto, la mera invocación del bienestar genérico del niño, situaciones económico-sociales desventajosas en el país requirente, la adaptación al nuevo medio al que fue llevado el hijo.----------

------ Y claro, que debe ser así, sino el CH 1980, sería letra muerta, con sólo invocar el impacto que para el niño ocasionaría la orden de restitución, perdiendo virtualidad la norma convencional toda.----------

------ Ya expuse que el interés superior del niño está estrechamente vinculado con el objetivo primordial de la Convención, el reintegro del niño al lugar de residencia del que fue sacado en forma unilateral por el progenitor sustrayente. Y es desde este punto de vista que debe ser analizado.----------

------ No existe contradicción entre la CDN y el CH 1980. Ambas fuentes 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: 318:1269; 328:4511, 333:604; 333:2396).----------

------ En mi convicción, el ejercicio abusivo de los derechos que la responsabilidad parental concede no puede ser obviado, con la sola invocación del interés superior del niño, sino se desvirtúa el conjunto de normas internacionales tendientes a disuadir este tipo de conductas, o en su caso a repararlas, con la restitución del niño.----------

------ Conforme los términos de mi voto a la primera cuestión acuerdo con la solución que propicia el Dr. Caneo. ASÍ LO VOTO.----------

------ A igual cuestión, el Dr. Royer dijo:----------

------ De acuerdo a los votos emitidos por los Dres. Caneo y Pasutti, los que conforman la voluntad de la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia, no emitiré pronunciamiento según lo dispuesto en el art. 1º del Acuerdo Extraordinario Nº 3.555, en concordancia con los arts.

///

2º y 3º de la Ley Provincial Nº 5.475 y el Acuerdo Nº 3.202.----------
---

------ A la segunda cuestión el Dr. Caneo dijo:----------
--

------ Tal como he votado la primera cuestión propongo al acuerdo: 1°) Revocar la S.I. N° 25/2012 dictada por la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia (fs. 208/213 vta.) y confirmar, en todo cuanto fuera materia de agravios, la S.I. N° 58/2011 (fs. 160/168vta.) de la Sra. Juez de Familia. 2°) Adecuar las costas y honorarios de segunda instancia e imponer las mismas a la demandada vencida (art. 69, CPCC), y regular los estipendios, a las Dras. L. N. P. y C. N. G., letradas apoderadas de la actora y la demandada respectivamente, en veinte (20) y dieciséis (16) jus también respectivamente. De aplicarse conforme el art. 13 de la Ley de Aranceles, del veinticinco por ciento (25%) al treinta y cinco por ciento (35%) de la cantidad fijada para los honorarios de primera instancia, no se respetaría el mínimo legal previsto por el art. 7 de la Ley XIII Nº 4, modificada por Ley XIII Nº 15. 3°) Imponer las costas de lo actuado ante este Superior Tribunal a la demandada vencida (art. 69 y 282 CPCC), y regular los honorarios de la Dra. N. P. y los de la Dra. G., letradas apoderadas de la actora y la demandada respectivamente, en veinte (20) y dieciséis (16) jus también

respectivamente. De aplicarse conforme el art. 13 de la Ley de Aranceles, del veinticinco por ciento (25%) al treinta y cinco por ciento (35%) de la cantidad fijada para los honorarios de primera instancia, no se respetaría el mínimo legal previsto por el art. 7 de la Ley XIII Nº 4, modificada por Ley XIII Nº 15. 4º) Hacer saber a la Sra. K. O. sobre la existencia del "Fondo de Ayuda Económica para Asistencia Legal en el Exterior" para atender casos regulados por la Convención de La Haya, y creado por el PEN por Decreto Nº 891/1995. ASÍ LO VOTO.----------

------ A la segunda cuestión el Dr. Pasutti dijo:----------

------ Tal como voté a la primera cuestión, concuerdo con la que propiciara el Dr. Caneo.----------

------ A la misma cuestión el Dr. Royer dijo:----------

------ Reitero la reserva formulada en el tratamiento de la primera cuestión.----------

///

------ Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente.----------

---------- **S E N T E N C I A** ----------

------ 1°) **REVOCAR** la SI N° 25/2012 de la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia (fs. 208/213vta.) y confirmar, la SI N° 58/2011 de fs. 160/168 vta. dictada por la Sra. Juez de Familia.--------

------ 2°) **ADECUAR** las costas y honorarios de segunda instancia, imponer las primeras a la demandada vencida (art. 69, CPCC) y fijar los estipendios de la Dra. L. N. P., y los de la Dra. C. N. G., letradas apoderadas de la actora y la demandada respectivamente, en veinte (20) y dieciséis (16) jus también respectivamente. De aplicarse conforme el art. 13 de la Ley de Aranceles, del veinticinco por ciento (25%) al treinta y cinco por ciento (35%) de la cantidad fijada para los honorarios de primera instancia, no se respetaría el mínimo legal previsto por el art. 7 de la Ley XIII Nº 4, modificada por Ley XIII Nº 15.----------

///

------ 3°) **IMPONER** las costas por lo actuado ante este Superior Tribunal a cargo de la demandada vencida (art. 69 y 282 CPCC) y fijar los honorarios de la Dra. L. N. P. y los de la Dra. C. N. G., letradas apoderadas de la actora y la demandada respectivamente, en veinte (20) y dieciséis (16) jus también respectivamente. De aplicarse conforme el art. 13 de la Ley de Aranceles, del veinticinco por ciento (25%) al treinta y cinco por ciento (35%) de la cantidad fijada para los honorarios de primera instancia, no se respetaría el mínimo legal previsto por el art. 7 de la Ley XIII Nº 4, modificada por Ley XIII Nº 15. Todos los honorarios más el IVA en caso de resultar pertinente.----------

------ 4º) **HACER** saber a la Sra. K. O. sobre la existencia del "Fondo de Ayuda Económica para Asistencia Legal en el Exterior" para atender casos regulados por la Convención de La Haya, y creado por el PEN por Decreto Nº 891/1995.----------

------ 5º) **REGÍSTRESE**, notifíquese y firme devuélvase.----------

Fdo. Dr. Fernando S. L. ROYER - Dr. José Luis PASUTTI - Dr. Daniel Luis CANEO.

Recibida en Secretaria el 15/11/2012.

Registrada bajo el N° 10/SRE/12 Conste.

Fdo. Dra. Carmen Velez - Secretaria

///

///