

Buenos Aires, 14 de junio de 1995.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó lo resuelto en la instancia anterior e hizo lugar al pedido de restitución de la niña D. W. instado por su padre, el señor Eduardo Wilner, mediante el procedimiento establecido en la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños. Contra dicha decisión, la madre de la menor interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja.

2°) Que la apelación, no obstante las serias deficiencias de fundamentación que presenta -que no pueden subsanarse en la queja (Fallos: 296:291; 307:1035)-, resulta admisible por cuanto, mínimamente, presenta dos agravios federales que abren la competencia del Tribunal. En efecto, por una parte, la recurrente invoca hallarse en estado de indefensión frente a una sentencia extranjera violatoria de su derecho de defensa, y la decisión ha sido adversa a los argumentos que sustentó directamente en el art. 18 de la Constitución Nacional. Además, también suscita cuestión federal el agravio relativo a la aplicación que los jueces de la causa han hecho de la Convención de La Haya, reglamentaria del principio del interés superior del niño contenido en un tratado internacional de jerarquía constitucional, como es

-//- la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 11 de esta Convención), en el cual fundó su pretensión la apelante, lo que entraña la necesidad de interpretar las normas federales en juego.

3°) Que, en tales condiciones, conviene recordar que cuando se encuentra en debate el alcance que cabe asignar a una norma de derecho federal, el Tribunal no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de la partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 308:647, entre otros).

4°) Que las circunstancias relevantes de la causa son las siguientes: Los padres de la niña se casaron en Buenos Aires el 3 de diciembre de 1985 y llegaron al Canadá en marzo de 1986. La menor, de 4 años de edad al tiempo del acto que dio origen al litigio, nació en Guelph, Provincia de Ontario, Canadá, el 6 de febrero de 1990 (fs. 16). La niña vivía con sus padres en una residencia universitaria para estudiantes casados y asistía al jardín de infantes. Este último dato es corroborado en la entrevista de fs. 194/ 197, que da cuenta de que la menor tenía recuerdos positivos de ese período de su vida, "lazos afectivos con personas, objetos y ámbitos a los que permanece ligada" (fs. 196). En la presentación de fs. 117/120, la señora Osswald cuestionó el encuadramiento jurídico de la estadía de ella y del señor Wilner en Canadá, pero no el hecho de esa misma estancia. El relato que aquélla efectuó ante la asistente social (fs. 350/351) ratifica estos datos. En cuanto al padre, consta que gozaba de la residencia propia de su condición de estudiante, que le fue renovada periódicamente durante ocho-//-

-//- años, y que trabajaba en la universidad, percibiendo una remuneración que, según la versión de la demandada, ascendía a U\$S 382,76 por quincena (fs. 118). En la entrevista de que da cuenta el informe de fs. 351, la madre de la niña afirmó que a fines del año 1993 decidió venir a Buenos Aires a pasar las "fiestas" con su familia, información coincidente con las manifestaciones de Eduardo Wilner (fs. 6). El padre sostuvo -sin que se opusiera contradicción- que tomó conocimiento el 6 de enero de 1994 de la decisión de la madre de no regresar al Canadá y de permanecer con la niña en la República Argentina. En febrero de 1994 el señor Wilner solicitó la asistencia de la autoridad central correspondiente a la Provincia de Ontario, para reclamar la restitución de la menor en los términos de la Convención de La Haya. El 7 de marzo de ese año se dictó una decisión judicial en la Corte de Ontario (fs. 9/11), que atribuyó la custodia de la niña a su padre. Finalmente, consta que el 21 de marzo de 1994 la autoridad central de la República Argentina presentó el pedido de restitución ante el juez local (fs. 30).

5°) Que corresponde, en primer lugar, tratar el agravio federal que la apelante sustenta en el artículo 18 de la Constitución Nacional, relativo a que la negativa de la cámara a valorar la sentencia dictada por la Corte de Ontario la ha colocado en estado de indefensión con grave lesión a la garantía del debido proceso, puesto que ha soslayado la verificación de los requisitos necesarios en jurisdicción argentina para el reconocimiento de una decisión extranjera y, en los hechos, esa prescindencia ha implicado dar efecto a un pronunciamiento dictado por un juez incompetente

-//- en un trámite donde no tuvo posibilidad de defenderse.

6°) Que el reproche revela desconocimiento de la materia debatida en el presente litigio, esto es, un pedido de retorno de la menor mediante el procedimiento establecido en la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, adoptada en la Conferencia de La Haya del 25 de octubre de 1980, aprobada por ley 23.857, vigente en la República Argentina a partir del 1 de junio de 1991, y que tiene por finalidad "garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante" (art. 1, a).

No se trata, en el caso, de la ejecución de una suerte de medida cautelar dictada en un proceso judicial, sino de un procedimiento autónomo respecto del contencioso de fondo, que se instaura a través de las llamadas "autoridades centrales" de los estados contratantes. Dicho procedimiento se circunscribe al propósito de restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida, que le fue turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante.

7°) Que, consecuentemente, la circunstancia de haberse dictado el recordado fallo por la Corte de Ontario -que en copia se ha agregado como documentación adjunta a la solicitud de restitución- es irrelevante a los fines de este litigio (confr. Salzano Alberto, La sottrazione internazionale di minori, Milán, Giuffrè editore, 1995, pág. 87) y sólo demuestra una práctica común de los jueces consistente en otorgar automáticamente la custodia provisoria del menor

-//-

-//- al progenitor que reclama protección frente al que ha desplazado o retenido indebidamente al hijo.

El derecho del padre de obtener el regreso de la menor al lugar de la residencia habitual anterior a la retención ilícita, "preexistía a toda decisión judicial y no necesitaba de ninguna manera la intervención de un magistrado" (conf. Tribunal de grande instance de Toulouse, 2ème. Chambre civile, 20 de marzo de 1987, "Ministère public c/ C. en présence de Mme. G. épouse C.", Revue Critique de Droit International Privé, 1988, pág. 67 y sgtes., esp. pág. 71).

8°) Que, y por un análogo orden de ideas, resulta infundado oponer en este litigio el reproche de fraude a la jurisdicción argentina, pues, como se ha dicho, la iniciación del procedimiento convencional ante la autoridad central requirente no necesita una acción judicial que la preceda y su admisión depende de la configuración de las circunstancias que permiten el encuadramiento del caso en el ámbito de aplicación material y personal del tratado, cuestión que sí debe resolverse con el debido contradictorio ante la autoridad judicial o administrativa requerida (conf. art. 13 de la Convención de La Haya). Por otra parte, no cabe emitir pronunciamiento sobre la jurisdicción internacional para discutir la atribución de la tenencia de la niña, ya que excede la materia debatida. Tampoco se trata de juzgar incidentalmente si el acto judicial extranjero reúne las exigencias de los arts. 517 y 519 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Nada corresponde juzgar al respecto, incluso a

-//-

-//- los limitados efectos que contempla el art. 17 de la Convención.

9°) Que el segundo agravio que suscita materia federal es la alegada contradicción entre el principio consagrado en el art. 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño -aprobada por ley 23.849, que reviste jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia, según el art. 75, inciso 22, párrafo segundo, de la Constitución Nacional-, y el modo en que los jueces de la causa han aplicado la Convención de La Haya, que, a juicio de la recurrente, importó un total desconocimiento de los principios que en materia de menores integran el orden público internacional argentino.

El precepto que la apelante considera violentado expresa: "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 organismos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño).

10) Que el mandato transcripto se dirige a los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento del sub lite, y orienta la interpretación que deba darse a un convenio internacional que, como la Convención de La Haya, fue suscripto, ratificado y aplicado por el Estado Nacional en el profundo convencimiento de que "los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia". Esa declaración, incluida solemnemente en el preámbulo de la Convención de La Haya,

-//-

-//- inspira el procedimiento instaurado en su texto, destinado a implementar una exigencia que la comunidad internacional formuló en la década de los años setenta: la protección del derecho esencial del niño a no ser desarraigado por una vía de hecho de su medio habitual de vida familiar y social. La Convención parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos (conf. Jörg Pirrung en J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13^o Edición, 1994. Dieter Henrich, Jan Kropholler y Jörg Pirrung, Berlín, 1994, parágrafo 683, pág. 272).

La jerarquización de intereses -con preeminencia del interés superior del niño- que propugna la recurrente, es respetada en la Convención de La Haya. A su vez, la República Argentina, al obligarse internacionalmente con otros países por este convenio, acoge la directiva del artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño: "1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes". Adviértase que esta Convención también dirige a los padres la exhortación de tener como preocupación fundamental el interés superior del niño (art. 18, párrafo 1). En tales condiciones, es evidente que en el derecho internacional la Convención de La Haya armoniza y complementa la Convención

-//- sobre los Derechos del Niño.

11) Que, precisamente, la Convención de La Haya preserva el interés superior del niño mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violencia debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen. La regla cede cuando la persona, institución u organismo que se opone a la restitución demuestre que, ante una situación extrema, se impone, en aras del interés superior del niño, el sacrificio del interés personal del guardador desasido. Por ello, corresponde pronunciarse sobre las condiciones que sustentan la regla general y que son la definición convencional de la residencia habitual de la menor y del acto de turbación, en su aplicación a las circunstancias particulares del caso.

12) 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 (conf. Von Oberbeck Alfred, La Contribution de la Conférence de La Haye au développement du Droit International Privé, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 1992-II- págs. 9/98, esp. pág. 55; conf. art. 3º del Convenio sobre protección internacional de menores suscripto con la República Oriental del Uruguay el 31 de julio de 1981, aprobado por ley 22.546). Es, pues, errónea la interpretación de la apelante que hace depender la residencia de la niña a los fines del artículo 3, párrafo primero, "a", de la Convención de La Haya, del domicilio real de sus padres. Desde su nacimiento, cabe

-//-

-//- reiterarlo, la menor desarrolló su vida en Guelph, Provincia de Ontario, donde estaba su ámbito familiar y social, lo cual basta para tener por configurado el presupuesto del art. 4°.

13) Que consta en autos que el traslado de la menor con su madre a la República Argentina el 11 de diciembre de 1993 -al solo fin de pasar las "fiestas"- fue consentido por el padre, quien ha sostenido (fs. 6) -sin que la demandada lo negara en su defensa de fs. 117/120- que el retorno estaba previsto para el 22 de enero de 1994. Es evidente, pues, que ese consentimiento paterno no tiene los efectos previstos en el art. 13, inciso "a", de la Convención toda vez que fue la negativa de la madre a restituir la niña al lugar de su centro de vida habitual lo que configuró típicamente el acto de retención ilícito en el sentido de los arts. 1, "a", 3 y 4 del Convenio (conf. Adair Dyer, International Child Abduction by parents, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, t.168, 1980-III- págs. 231/268, esp. pág. 248). Los padres están contestes en que, con anterioridad al acto de retención, no se había dictado ninguna decisión relativa a la tenencia o guarda provisoria o definitiva de la niña. Tampoco se han desconocido recíprocamente la cotitularidad de la custodia -sea cual fuere su específico contenido- a la luz del derecho canadiense, lo cual configura precisamente la hipótesis prevista en el art. 3°, "a", de la Convención. Por lo demás, la residencia habitual de un niño, en el sentido de dicho precepto, no puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia, que no es el caso de autos, en fraude de los derechos del otro padre o por vías de hecho.

14) Que la tutela del interés superior de la niña

-//-

-//-en el desarrollo de un procedimiento que, si bien ha sido íntegramente concebido para tutelar sus derechos, concluye normalmente con un nuevo desprendimiento, fruto de la sustracción, de los lazos que hubiese tendido en el país requerido, entraña asimismo la necesidad de interpretar las causales que las autoridades judiciales o administrativas de dicho país pueden invocar para negar la restitución.

15) Que la tensión entre los principios del orden público interno de un Estado contratante y el sacrificio que es lícito exigir al padre desposeído por las vías de hecho, en aras del interés del niño, se resuelve en el precepto contenido en el art. 20 de la Convención de La Haya, que dice: "La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". El texto está inspirado en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales -que se hallaba en vigor en un número considerable de estados miembros de la Conferencia de La Haya al tiempo de la discusión de la Convención en examen- y fue incorporado en la reunión final de octubre de 1980, como solución de compromiso para evitar que la introducción de una cláusula -o de una reserva- por la que el Estado requerido pudiese invocar los principios de su legislación en materia de derecho de familia para oponerse a la restitución, frustrara o vaciara de contenido el sistema instaurado (Actes et Documents de la Quatorzième Session, t.III, págs. 306/307;

-//-

-///- rapport E. Pérez Vera, pág. 434; Adair Dyer, International Child Abduction by parents, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, t. 1980-III- esp. pág. 262).

16) Que, precisamente, esta resignación a la invocación del orden público interno, que la República acepta al comprometerse internacionalmente, es la medida del sacrificio que el Estado debe hacer para satisfacer la recordada directiva del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño y procurar que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño y, a la vez, que se convierta en un instrumento idóneo para restablecer en forma inmediata los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención ilícitos.

En el sub lite cabe excluir que el regreso de la menor al Canadá con su padre importe la violación o el peligro de violación de un derecho humano fundamental de la niña, habida cuenta de los informes sociológicos y psicológicos reunidos en la causa, que dan cuenta de la regularidad de los factores externos y de la calificación de ambos progenitores para garantizar la protección física y el respeto de los derechos de la niña, incluido el derecho de visita del progenitor que, en ocasión de tomarse la decisión sobre el fondo, no reciba la tenencia.

17) Que en atención a que el procedimiento se puso en marcha frente a un acto que la Convención de La Haya-//-

-//- califica de ilícito, es fundamental la rapidez que se imprima al trámite, a fin de evitar que el transcurso del tiempo premie al autor de una conducta indebida, consolidando la integración del menor a un nuevo medio. En este sentido, el pedido que la autoridad central argentina formuló en la audiencia del 18 de mayo de 1994 (fs. 121/121 vta.) y que responde al imperativo contenido en el art. 11 de la citada Convención: "Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de menores". Especial atención ha de ponerse a esta directiva -máxime dado las características del sistema judicial argentino-, a fin de que el paso del tiempo no desvirtúe el espíritu del tratado puesto que la integración del menor al nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, aun cuando el segundo desplazamiento fuese conflictivo.

18) Que el art. 13, párrafo primero, inciso "b", libera de la obligación de ordenar la restitución cuando: "b) 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". El texto denota que en la jerarquía de valores que sustentan la Convención, el primer lugar lo ocupa el interés superior del niño, que es incluso preeminente frente a los intereses personales y muy dignos de protección del guardador desasido por las vías de hecho.

Ningún término contenido en el precepto es casual. Las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción (grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico, o situación intolerable), revelan el carácter riguroso

-//-

-//- con 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 -en el sub judice, inexistente-, 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 (conf. Amtsgericht Darmstadt del 22 de julio de 1993 Fam RZ 1994, 184; Jöng Pirrung en J. von Staudingers, obra citada en considerando 10, parágrafo 683, pág. 272).

19) Que la información sobre la situación social del menor que pudiera lograrse en el país requirente, no constituye una limitación sino una ampliación de las posibilidades probatorias de que dispone quien se opone a la restitución. En este orden de ideas, constan los estudios ambientales y psicológicos llevados a cabo en esta República (fs. 194/197; 343/345 y 350/351), cuya ponderación es materia ajena al recurso extraordinario, máxime cuando no se advierte irrazonabilidad en las apreciaciones que efectuó la titular de la asesoría de menores n° 6, en su intervención de fs. 353/354 vta., el asesor de menores ante la cámara, a fs.

-//-

-//- 408/414, y que fueron compartidas por los jueces de la causa. Esa conclusión abarca las consideraciones que se formularon en el dictamen psicológico en carácter de "inferencia pronóstica", puesto que no alcanzan a justificar un apartamiento de la regla general.

20) Que, por otro lado, no es un imperativo la consulta directa de la voluntad de la niña. El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de garantizarle el derecho a ser oído, ya sea "directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado", circunstancia satisfecha en el sub lite dada la intervención del Asesor de Menores en ambas instancias. El tomar en cuenta la opinión del niño siempre se halla supeditado a que haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados (art. 13, párrafo segundo, de la Convención de La Haya; art. 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). De los informes de la psicóloga y de la asistente social, surge que se trata de una niña "psíquicamente vulnerable y lábil debido a la edad que detenta" (fs. 196), que atraviesa por un estado de "confusión afectiva...por sentirse virtualmente tironeada por los reclamos de ambos padres" (fs. 345). Ello permite concluir que hace a su interés superior el evitarle el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de sus padres.

Por lo demás, en ningún momento del proceso la recurrente solicitó a los jueces que mantuvieran una entrevista personal y directa con la niña; dicho planteo fue introducido con motivo del recurso extraordinario ante esta Corte, lo que lleva a considerarlo como fruto de una reflexión-//-

-//- tardía. Asimismo, en lo que interesa, la posibilidad del segundo párrafo del art. 13 de la Convención de La Haya se abre ante la oposición del niño a ser restituido, es decir, ante su vehemente rechazo a regresar (conf. Oberlandesgericht Celle sentencia del 13 de noviembre de 1991 AZ 18 UF 185/91; Amtsgericht Ludwigshafen sentencia del 13 de diciembre de 1992 AZ 5d F 223/91), determinación que no ha sido de ningún modo detectada en los estudios psicológicos efectuados en esta causa.

21) Que, una vez armonizada la interpretación de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños con los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, y despejada toda colisión, le corresponde a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a que el país está vinculado (confr. causa G.342 XXVI "Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93", fallada el 7 de abril de 1995) a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento, y en la convicción de que el ejercicio de la misión de los magistrados de decir el derecho vigente aplicable a los supuestos fácticos alegados, es la contribución propia del Poder Judicial a la realización del interés superior de la comunidad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. El Tribunal exhorta a la-//-

-//- apelante a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a efectos de evitar a la menor una experiencia aún más conflictiva. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase. JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR (en disidencia) - CARLOS S. FAYT (en disidencia) - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - RICARDO LEVENE (H) - ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ (en disidencia) - GUSTAVO A. BOSSERT.

ES COPIA

DISI -//-

-//-DENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON EDUARDO
MOLINE O'CONNOR Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S.
FAYT

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al confirmar la de primera instancia, accedió el pedido de restitución de la menor Daniela Wilner, formulado por su padre mediante el procedimiento establecido en el "Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores" (ley 23.857), interpuso recurso extraordinario la madre de la niña, cuya denegación dio lugar a la presente queja.

2°) Que suscita cuestión federal el agravio relativo a la aplicación que los jueces de la causa efectuaron del tratado internacional en que la recurrente funda su derecho, por lo que el recurso extraordinario deducido resulta formalmente procedente (Fallos: 306:1312). En tal sentido, cabe recordar que cuando se encuentra en debate el alcance que cabe asignar a normas de naturaleza federal, este Tribunal no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 308:647, entre otros).

3°) Que cabe puntualizar, en primer término, que en autos no obra un requerimiento de restitución de la menor emanado de un tribunal canadiense, y tampoco se pretende la ejecución de una sentencia extranjera. Trátase de una presentación de carácter administrativo, formulada por el padre de la menor ante la Autoridad Central canadiense para la aplicación de la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civi

-

-//-les de la sustracción internacional de menores, y transmitido a la Autoridad Central de la República Argentina, sin que ninguna autoridad canadiense, judicial o administrativa, se haya pronunciado acerca de su procedencia, ni menos aun requerido el envío de la niña. La petición fue acompañada por un resumen de los hechos invocados por el denunciante, los formularios presentados con tal motivo, y diversas constancias relacionadas con una causa seguida ante un juzgado de Ontario para obtener la tenencia provisoria y definitiva de la niña.

4°) Que la menor, nacida en Canadá el 6 de febrero de 1990 y cuyos progenitores son argentinos, viajó con su madre a la República Argentina en el mes de diciembre de 1993 con el propósito de pasar las fiestas de fin de año con su familia. En el transcurso del mismo mes lo había hecho su padre, quien se hallaba de acuerdo con tal viaje. Las desavenencias se produjeron cuando -en el marco de una separación matrimonial- la madre de la niña resolvió no retornar a Canadá y mantener a su hija con ella. En el mes de febrero de 1994 el Sr. Wilner solicitó la asistencia de la Autoridad Central de la Provincia de Ontario para lograr la restitución de su hija en los términos de la Convención de La Haya antes citada, pedido que fue presentado por la Autoridad Central de la República Argentina ante el juez local.

5°) Que la Convención de La Haya de 1980 (ley 23.857) prevé un rápido procedimiento para obtener la restitución de menores al lugar de su residencia habitual, cuando hubiesen sido ilícitamente retenidos fuera de ella.

-//-

RECURSO DE HECHO

Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald,
María Gabriela.

-//- Su objetivo primordial ha sido la protección del menor y en especial evitar los efectos perjudiciales que podría ocasionar un traslado o una retención ilícita. Para el logro de ese objetivo, sus disposiciones articulan un procedimiento tendiente a garantizar la restitución del menor (conf. Preámbulo, arts. 1 y 2), a cuyo efecto los Estados contratantes están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios los objetivos propuestos, debiendo recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan (art. 2).

6°) La procedencia del trámite de restitución se encuentra supeditada a que se haya producido un traslado o retención ilícita de un menor según los términos del art. 3. También es requisito para su aplicación que el menor haya tenido su residencia habitual en un Estado parte, inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita y que no se haya alcanzado la edad de 16 años (art. 4). El cumplimiento de las obligaciones que se imponen está a cargo de las autoridades centrales que se constituyan en cada uno de aquellos.

7°) Que el procedimiento tiene por finalidad garantizar la inmediata restitución del menor a su residencia habitual con el propósito de restablecer la situación anterior que fue turbada. Sobre la persistencia de estos tres elementos se sustenta el trámite autónomo previsto por la Convención de La Haya, de modo que si alguno de ellos no subsiste o es modificado, toda la estructura procedimental desaparece, carente de virtualidad.

//-

-//- 8°) Que la requisitoria formal presentada por la Autoridad Central de Canadá (fs. 19/20 del expediente principal) no consta en la causa debidamente traducida. No obstante tal defecto -que, en el caso, afectaría la regularidad de la pretensión incoada por el denunciante, conforme a lo dispuesto en el art. 123 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- cabe puntualizar que sólo comunica a la Autoridad Central de la República Argentina la existencia del pedido formulado por el padre de la menor, para su consideración por las autoridades nacionales. En tal sentido, se limita a transmitir algunas de las circunstancias en que se funda la solicitud, sin hacerse cargo de ninguno de los argumentos expuestos por el peticionante ni asumirlos como propios. Previene, asimismo, que las autoridades judiciales o administrativas argentinas deberán abstenerse de decidir acerca de la procedencia de los derechos de custodia de la menor, hasta tanto no sea resuelto que ésta no deba ser restituida según las normas de la Convención, o hasta que haya transcurrido un período razonable sin que se haya radicado una solicitud (art. 16 de la Convención de La Haya).

9°) Que lo expuesto resulta relevante en orden al tratamiento de la cuestión que han efectuado los tribunales de la causa, que se asemejó al de una rogatoria que debe ser cumplida. En realidad, el requerimiento debió haber sido examinado como una solicitud de un ciudadano argentino transitoriamente establecido en Canadá, que pretende que su hija continúe viviendo en ese país a pesar de que la madre de la niña resolvió poner fin a su estadía en el extranjero. Esa

-//-

-//-petición se encuentra sometida a consideración de las autoridades argentinas, que son las únicas que deben expedirse acerca de las cuestiones propuestas, conclusión estrictamente acorde con lo dispuesto por la Convención de La Haya (arts. 13, 15, 16 y concs.) y con lo peticionado por la Autoridad Central de Canadá (fs. 19/20 cit. supra), que reconoce la competencia de las autoridades argentinas para resolver al respecto.

10) Que cabe señalar que existe discordancia entre el texto de la requisitoria formal de la Autoridad Central de Canadá (fs. 19/20) y el contenido de los formularios completados por el Sr. Wilner para obtener la restitución de la menor (fs. 4 a 6), lo que no aparece salvado ni aclarado en los documentos anexos a la petición. En efecto, en el pedido transmitido a la Autoridad Central de la República Argentina se solicita la restitución de Daniela Wilner en virtud de un supuesto traslado ilegítimo que habría sido realizado por su madre, sin consentimiento ni conformidad del denunciante. Esa hipótesis no fue alegada por el padre de la menor, quien sólo sostuvo que la niña había sido ilícitamente retenida en este país.

11) Que ese defecto que presenta el pedido transmitido a las autoridades argentinas, bastaría para desestimarlos, en razón de que impide a la parte a quien se atribuye haber infringido un derecho de custodia, conocer cual es la irregularidad que se le imputa, lo cual claramente obsta a que pueda invocar y probar lo que hace a su derecho en los términos de los arts. 3 y concs. y 13 y concs. de la Convención

-//-de La Haya.

Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta el procedimiento judicial seguido, el tiempo transcurrido desde que fue presentado el pedido de restitución y, fundamentalmente, la protección del interés de la menor, se examinará la procedencia sustancial de la solicitud.

12) Que la Convención de La Haya define en el art. 3° inc. "a" el concepto de traslado o retención ilícitos, y declara que se considerarán tales: "Cuando se hayan producido con 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."

13) Que la citada Convención contiene diversas normas que complementan ese concepto. Así, en el art. 8, inc. "f", establece que la solicitud del peticionante de la restitución podrá incluir "una certificación o declaración jurada expedida por una autoridad central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado". El art. 14 establece que, para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del art. 3, las autoridades del país requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones dictadas en el Estado de la residencia del menor, sin necesidad de recurrir a procedimientos concretos para probar su vigencia.

Por otra parte, el art. 15 prescribe que, antes de emi

-//-

RECURSO DE HECHO

Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald,
María Gabriela.

-//-tir una orden de restitución, el Estado requerido podrá pedir que el demandante obtenga del Estado de la residencia del menor, una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito.

14) Que, según surge de las normas mencionadas, el procedimiento reglado por la Convención sólo resulta aplicable cuando el menor haya sido retenido en infracción a la legislación vigente en el lugar en que residía antes del hecho investigado. En el caso, no resulta controvertido que el lugar de residencia habitual de la niña era Canadá, por lo que las autoridades del Estado requerido -la República Argentina- deben determinar si la retención de la niña se ejerció en transgresión de las normas que sobre el punto rigen en el país mencionado en primer término.

15) Que resulta evidente de lo expuesto que, en casos como el presente y dentro del marco de la Convención de La Haya, constituye un requisito previo a dar curso a un pedido de restitución de menor, la comprobación de que su retención es ilícita según las normas del Estado de la última residencia del niño. Para facilitar ese cometido a las autoridades del Estado requerido -que son las que deben resolver acerca de la procedencia de la solicitud (confr. arts. 3 y 15)- la Convención establece con flexibilidad los procedimientos que posibilitan conocer el derecho aplicable.

16) Que, desde esa perspectiva, el pedido de restitución formulado por el Sr. Wilner aparece desprovisto de todo fundamento legal, ya que ni ante las autoridades canadienses que recibieron su solicitud, ni durante el transcurso

-//-del largo procedimiento seguido ante los tribunales argentinos, invocó o probó, en modo alguno, la existencia de legislación vigente en Canadá que diera razón a su afirmación de que la madre de la niña la había retenido en forma ilícita.

17) Que no se encuentra controvertido que, en el momento en que se produjo la desavenencia entre los padres de la menor, ambos compartían su custodia y ejercían conjuntamente la patria potestad. En esas condiciones, y dado que no existió traslado ilícito de la niña -único supuesto recogido por la autoridad canadiense como agravio del padre, sin hacerlo propio en el documento que emite-, ya que su viaje a la República Argentina fue consentido por el padre, deben sólo juzgar las autoridades argentinas si la madre obró en infracción a la legislación canadiense al disponer que su hija permaneciera con ella, sin retornar al Canadá.

18) Que, en tal sentido, se observa una clara falencia en el razonamiento seguido por los tribunales de la causa que, al omitir toda consideración del aspecto que constituye el eje para la aplicación de la Convención de La Haya, emitieron una decisión carente de apoyo jurídico.

19) Que el fiel cumplimiento de los tratados internacionales conforme al principio de la buena fe (art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), impone a las autoridades encargadas de su aplicación la cuidadosa revisión de los requisitos previstos en sus disposiciones. En el sub lite, los recaudos exigidos -incumplidos por el peticionante- preservan la armonía del orden jurídico

-//-

-//-internacional, en cuanto constriñen al Estado requerido a considerar la legislación de otro Estado para sustentar la decisión que deben adoptar. Si las autoridades argentinas admitieran una petición infundada, por la mera circunstancia de haberse invocado en ella un tratado internacional -cuyas disposiciones el solicitante no acató-, estarían en realidad, bajo la apariencia de cumplir un compromiso internacional, lesionando las normas que son producto de la voluntad concurrente de los Estados signatarios.

20) Que, en las condiciones descritas, el pedido de restitución sub examine sólo traduce un conflicto entre la voluntad del padre de la menor, que pretende reunirse con su hija, y la de su madre, quien sostiene idéntica pretensión en su favor. Ausente todo elemento que permita juzgar como ilícito el comportamiento de la madre a la luz de la legislación canadiense -condición sine qua non ,según el art. 3 inc. a, de la aplicación del tratado- , y sin haberse accedido a los medios que prevé la Convención para justificar la procedencia del pedido, no cabe sino concluir que éste no puede ser admitido.

21) Que cabe agregar que la acción promovida ante el tribunal de Ontario para obtener la custodia de la niña, fue iniciada con posterioridad a los hechos que fundan el pedido de restitución, por lo que la decisión dictada por el juez interviniente carece de relevancia a los efectos del pronunciamiento que aquí se persigue. Es del caso añadir que el art. 17 de la Convención establece que una sentencia con ese alcance no podría ser invocada para denegar la restitución

-//--ción del menor y la posibilidad que admite de que sea evaluada su motivación no puede concretarse en el sub lite, dado que ésta no ha sido expresada en el fallo canadiense (ver fs. 2 y 10/11).

22) Que no puede dejar de señalarse que la Convención no se limita a establecer parámetros meramente formales para resolver acerca de la suerte de un menor en las lamentables circunstancias que su contenido regula. Como no puede ser de otra manera, considera, evalúa y pondera los efectos que las medidas provisorias puedan arrojar sobre el menor, sometido a tan durísimas experiencias. En efecto, la admisión de un pedido de restitución reconoce excepción para el Estado requerido cuando se demuestre por una de las partes 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" (art. 13 inc. b). Asimismo debe considerarse que el art. 12 prevé que superado el plazo de un año entre el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos y la demanda, la autoridad ordenará la restitución "salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio".

23) Que, en el caso, el informe pericial de la licenciada María Elena Chicatto, obrante a fs. 194/197, advierte que: "la eventual separación y distanciamiento entre la menor y su madre generaría un nuevo impacto psíquico de posibles consecuencias dañosas en el marco de un estado básico de vulnerabilidad emocional y de un proceso de elaboración de

-//-

-//-la crisis familiar y del desarraigo afectivo acontecido". Esto le generaría un nuevo proceso de duelo por la figura materna, fracturando la díada básica y el proceso identificatorio normal propio de la etapa de la primera infancia." Señala que: "Se trata de una menor lúcida e inteligente, psíquicamente vulnerable y lábil debido a la edad que detenta"; que en la actualidad "no se detectan alteraciones en el vínculo materno-filial, el cual es de características contenedoras." "La menor sufre proceso de duelo por ruptura parental, por el distanciamiento de la figura paterna y vivencias larvadas de desarraigo, lo cual consituye un manifiesto impacto psíquico. Se encuentra en estado de elaboración de la crisis familiar y ambiental que afronta". "Una nueva separación, con posible fractura de la díada madre-hija se insertaría en un momento de plena elaboración del duelo sufrido, sobrecargando una lábil y vulnerable organización psíquica, generando así un nuevo impacto emocional en la menor". "Se recomienda apoyo terapéutico inmediato". Se añade que "debido a su corta edad, el estado de vulnerabilidad psíquica de la menor es considerable, debiendo afrontar en este marco de situación las pérdidas afectivas y los cambios ambientales", "en este proceso se aferra al vínculo maternal encontrando allí un refugio y contención" (dictámenes de fs. 194/197 y 313).

24) Que esos exámenes psicológicos de naturaleza pericial, efectuados por profesionales altamente califica

-//-

-// -dos, cuya objetividad no ha sido cuestionada, son el resultado de la exploración de la personalidad de Daniela, mediante un conjunto de datos que surgen de su evolución psíquica conforme a su edad, historia personal y ambiental y constelación parental. Tomando como base sus cinco años de edad, han establecido la dinámica de los factores de riesgo que ofrece el colapso de la etapa yoica -de formación del yo- en que la menor se encuentra y la prognosis de las consecuencias dañosas que desencadenaría la destrucción de la díada materno-filial por causa de su separación de la madre. La privación del afecto materno en este momento de su evolución y desarrollo, tendría consecuencias de tal gravedad que no sólo perturbarían su conducta y personalidad en esta etapa de su vida, sino que desorganizaría su evolución afectiva y mental posterior. Los avances de la psicología en el conocimiento de la influencia de los factores psicógenos en la conducta infantil, así como su proceso de maduración, -en términos del profesor Nicolás Tavella- "contribuyen a la diagnosis y enfoque terapéutico" y permiten elaborar una prognosis sobre la base de elementos proporcionados por la psicología clínica y la psicopatología (confr. Tavella, Nicolás M., "Aplicación de los test al estudio de los problemas psicológicos", en Telma Reca y otros, "Problemas Psicológicos en Pediatría", Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1977, pág. 85)

25) Que esa prognosis asume grados de certidumbre apenas se advierte que el eventual regreso de la menor tendría por escenario una situación muy diferente de la an

-// -

RECURSO DE HECHO

Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald,
María Gabriela.

-//--terior, no sólo por la ausencia de la madre, sino por la presencia de una mujer extraña en el que fue su hogar, incorporada por el padre. Esta situación de absoluto desamparo en que quedaría la menor pone de relieve la arbitrariedad de las decisiones de primera y segunda instancia y de qué modo mal interpretaron la letra y el espíritu que anima a la Convención de La Haya, que ha consagrado, como valor talismático, el principio según el cual el niño es sujeto y no objeto de derechos y que sus intereses son de importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia. Y que el procedimiento articulado para el retorno de un niño, es sólo un medio instrumental que debe ceder ante cualquier duda razonable de dañar la formación de su yo, perjudicar su evolución y desarrollo, sin advertir que su medio habitual de vida se ha modificado, con la formación de una nueva y auténtica constelación parental, todo lo cual destruye y hace añicos la presunción de que "el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos", sin el examen y valoración de sus efectos de acuerdo con su edad, evolución, desarrollo e integración a sus nuevos ámbitos de vida.

26) Que, en relación de correspondencia con lo expuesto, se desprende del informe ambiental (fs. 350/351) que "toda la familia de Daniela, salvo su padre, está en Argentina y la menor está en contacto permanente con todos", que concurre a un jardín de infantes sin que "presente ningún tipo de problemas" y que "está muy bien adaptada e integrada

-//-

-//-con sus compañeros". En sentido concordante señaló que "existe un vínculo afectivo muy fuerte entre Daniela y su madre" y que "la menor sufriría mucho una separación". Este cúmulo de circunstancias debe privilegiarse en interés del menor, tal como lo consagra el art. 3 de la "Convención sobre los Derechos del Niño", al disponer que en todas las medidas que tomen los tribunales y que conciernan a éstos se atenderá al "interés superior del niño". Tal mandato ha sido firmemente asumido por esta Corte al establecer que los menores -a más de la especial atención que requieren de quienes están obligados a su cuidado, de los jueces y de la sociedad toda- sólo pueden ser sujetos y nunca objetos de derechos de terceros (Fallos: 310:2214).

27) Que, en lo que atañe a la cuestión precedentemente expuesta, la sentencia recurrida exhibe una ostensible carencia de fundamentación. Ello es así porque el a quo, no sólo no se hizo cargo de la falta de sustento jurídico del pedido de restitución, sino que prescindió de toda consideración seria del informe pericial psicológico, pese a su inquestionable valor decisivo para dar una respuesta adecuada al problema suscitado, dentro de las pautas inequívocamente establecidas por la Convención de La Haya. Del mismo modo, el pronunciamiento resistido muestra su mayor debilidad de fundamento en la falta de ponderación del factor tiempo en relación con la estabilidad psíquica y emotiva de la menor, pues pese a que la cámara admitió la trascendencia que en el caso revestía ese factor, vinculado con la justificada dilación del procedimiento, sólo se limitó a ordenar que esa

-//-

-//-circunstancia fuera puesta en conocimiento de las autoridades canadienses simultáneamente con la restitución, sin medir prudencialmente las consecuencias nocivas que el cumplimiento de ese mandato podría acarrear a la niña.

28) Que constituye asimismo una circunstancia relevante a considerar la de que, por obra del padre, se ha modificado la situación anterior, es decir el pretense statuquo . No resulta discutible entonces que la restitución de la menor importaría "grave riesgo psíquico", conforme lo prevé la Convención de La Haya. En este sentido es falaz, como se insinúa en autos, que la oposición a la restitución signifique premiar al autor de una conducta indebida o reconocer el imperio de los hechos consumados. El diseño del Convenio no autoriza -ni en forma directa ni oblicua- a incriminar el comportamiento de los adultos ni a establecer sistema alguno de recompensas, de los cuales puedan ser prenda los menores, inocentes y siempre acreedores del quebranto en las relaciones de los mayores.

29) Que, en atención a que la Convención de La Haya se inscribe dentro del marco de los tratados internacionales que persiguen la más amplia protección de los intereses de los niños menores de edad, y a que idéntico fin persigue la Convención sobre los Derechos del Niño, que reviste jerarquía constitucional en orden a lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, corresponde puntualizar que la decisión que se adopta no ampara una conducta ilegítima para la legislación argentina. Esa aclaración se formula al solo efecto de ratificar la atención primordial

-//-

-//-que merece el amparo de los niños menores de edad, que dichos tratados imponen como directiva general y que exigen que este Tribunal verifique en grado máximo la regularidad de las decisiones que dentro de su marco se adopten.

30) Que, en tal sentido, no puede dejar de considerarse que la conducta de la madre de la niña en la emergencia, no sólo no aparece manifiestamente reprochable, sino que se inserta en un contexto en que no cabe presumir una potestad exclusiva del padre para decidir la residencia de la menor, en un momento en que ambos progenitores ejercían su custodia en forma conjunta.

En primer lugar, porque ante la separación de los padres, opera como necesaria consecuencia que los hijos quedan en poder de uno u otro de los progenitores, sin que esa circunstancia, que es un hecho irremediable e insuperable, pueda ser considerada en principio como ilegítima.

En segundo término, como mero ejemplo de que la facultad ejercida no es una conducta en si misma reprochable para la legislación argentina, -dado que es aplicable la ley canadiense- y si debiera juzgarse según su contenido, cuando ambos progenitores comparten la patria potestad, el menor no puede salir del país sin la autorización de ambos (art. 264, quater, inc. 4° del Código Civil), y si uno de los padres no diera su consentimiento, resolverá el juez lo que convenga al interés familiar (art. cit. in fine). Antes del dictado de una resolución en tal sentido, -en principio- no podría calificarse como ilícita la conducta de ninguno de los padres. A esa evaluación no habría de resultar aje

-//-

RECURSO DE HECHO

Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald,
María Gabriela.

-//na -en un caso como el sub examine- la pauta prevista en el art. 206 del Código Civil, que establece que en caso de separación, los menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. No hay, pues, ante la falta de conocimiento de la ley aplicable ni siquiera indicios de que el comportamiento de la madre pudiera ser manifiestamente reprochable máxime ante una niña que tenía tres años cuando se produjeron los hechos. Conviene resaltar que el debate acerca del discernimiento de la patria potestad en favor del padre - seguido ante el tribunal de Ontario- aparece en el caso como la consecuencia de un conflicto que llevó al matrimonio a una separación de hecho, y que el desacuerdo que motiva el pedido de restitución constituye un hecho enmarcado en ese contexto, pero anterior en el tiempo y susceptible del tratamiento previsto en el citado art. 264 quater del Código Civil para la legislación argentina.

31) Que, en conclusión, no hay requerimiento de entrega de la menor por parte de autoridad extranjera, que la actuación de ésta se limita a poner en conocimiento del gobierno argentino la denuncia del padre de la niña, para que en esta sede se resuelva la procedencia de la restitución al lugar de residencia habitual; que la condición exigida por la Convención para su aplicación requiere determinar la ilicitud del acto conforme la legislación canadiense, recaudo que no se ha cumplido en la especie; que aunque esa omisión bastaría para excluir la entrega exigida, también se ha acreditado el grave riesgo que ello implicaría para la

-//-

-//-menor comprometida, todo lo cual excluye la procedencia de la petición intentada

32) Que es por ello que la claridad de las normas de derecho internacional en que se encuadra el pedido de restitución sub examine determina que caiga, sin remedio, la pretensión unilateral del padre de la menor, por carecer de los recaudos mínimos que permitan calificar como ilícita la pretensión de la madre de continuar viviendo junto a su hija en la República Argentina, elemento cuya concurrencia exige sine qua non la Convención de La Haya para la admisibilidad del pedido de restitución. La decisión consulta, asimismo, el interés de la menor en orden a la preservación de su equilibrio psíquico en las actuales circunstancias y la normalidad de su evolución futura, así como el proceso de integración a un nuevo ambiente y universo parental, a la vez que la modificación de su situación anterior -a la que ya no podría ser restituida- por haber su padre constituido una familia nueva. Es deber de este Tribunal velar por el puntual cumplimiento del compromiso internacional asumido por el Estado Argentino al suscribir dicha Convención, a la vez que asegurar el cumplimiento de los tratados que, como la Convención de los Derechos del Niño, tienen jerarquía constitucional e imponen garantizar el bienestar de los menores de edad.

33) Que, en ese orden de ideas, no puede concebirse que el propio instrumento destinado a proteger al menor se vuelva contra él, ni tolerarse la indiferencia de los jueces frente a tal comprobación. Sus decisiones no afectan tanto a éstos como a las partes mismas, particularmente en

-//-

RECURSO DE HECHO

Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald,
María Gabriela.

-//-el sub lite, en que el destino de una niña menor de edad se encuentra comprometido. Se sigue, pues, atendiendo a las circunstancias comprobadas de la causa, a las normas establecidas en el Convenio y a los principios que lo inspiran, que corresponde revocar el pronunciamiento recurrido y, en uso de las facultades que confiere el art. 16 de la ley 48, denegar la restitución de Daniela Wilner.

Por ello, se declara procedente la queja, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia recurrida, y se rechaza el pedido de restitución de Daniela Wilner. Agréguese la queja al principal, notifíquese y remítase. EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT.

ES COPIA

DISI -//-

-// - DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON GUILLERMO A. F. LOPEZ

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que confirmó la dictada en primera instancia en cuanto había ordenado la restitución a Canadá de la menor Daniela Wilner, en los términos de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la madre de la niña, María Gabriela Osswald, dedujo el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a esta queja.

2°) Que, según constancias del expediente principal (cuya foliatura se citará en lo sucesivo), las actuaciones se iniciaron con una presentación de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (fs. 30/31). Dicho organismo actuó en su carácter de Autoridad Central de la Convención mencionada. La finalidad de la presentación fue poner en conocimiento del juzgado interviniente el pedido de restitución de la menor Daniela Wilner, formulada por la Autoridad Central de Canadá. Se adjuntó, en esa oportunidad, copia de una sentencia de la Corte de Ontario, del 7 de marzo de 1994, que otorgó la custodia de la menor a su padre, Eduardo Mario Wilner.

3°) Que, después de celebrada la audiencia señalada a los fines del art. 36, inc. 2°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de practicado el peritaje psicológico a la menor y de requerida la opinión de los

-// -

-//- funcionarios del Ministerio Público correspondientes, la juez de primera instancia dictó sentencia disponiendo el cumplimiento de la rogatoria diplomática, decisión que fue apelada por la demandada.

4°) Que, sustanciado el recurso y evacuadas las vistas conferidas al Asesor de Menores y al Fiscal de Cámara, el a quo emitió su pronunciamiento (fs. 430/433). Su línea argumental partió de la base de que no correspondía evaluar el instrumento de auxilio judicial internacional con las previsiones del exequatur pues debía atenderse prioritariamente a la vía administrativa autorizada por la Convención de La Haya, aplicable en función de la residencia habitual de la menor, extremo éste último que, en el caso, no había sido discutido. Desde esa perspectiva desechó los planteos tendientes a objetar la regularidad de la decisión judicial que sustentó el pedido de restitución, fundados, por una parte, en la virtual incompetencia del tribunal canadiense y, por otra, en la presunta vulneración del derecho de defensa de la demandada. Acerca de este último aspecto enfatizó que la documentación acompañada con la solicitud inicial permitía afirmar que prima facie la defensa de la madre de la menor le estaba garantizada respecto de una materia que, según la legislación argentina, es insusceptible de reunir efectos de cosa juzgada y que resulta modificable según las exigencias y comprobaciones que, en definitiva, sean más convenientes para la seguridad y salud física o espiritual de los hijos. En otro orden, advirtió que aunque la restitución fue requerida de inmediato, todo el tiempo que corrió hasta el dictado de la sentencia fue necesario para

-//-

-//- conocimiento del tribunal de las consecuencias incidentales para la menor. Sin perjuicio de ello, entendió que la demora no configuró excepción a las disposiciones del Convenio, por lo menos de modo fehaciente, como para impedir el progreso inmediato del reintegro. No obstante, dada la trascendencia de esos extremos -que la parte afectada podría hacer valer ante la jurisdicción de los tribunales requirentes- decidió que debían ser comunicados a la autoridad canadiense juntamente con el cumplimiento de la restitución solicitada.

5°) Que, en su apelación federal, la recurrente reedita su planteo atinente a que la sentencia extranjera que se intenta ejecutar ha violado el derecho de defensa en juicio. Afirma que, frente a ello, no es viable siquiera la medida cautelar ordenada. Alega, asimismo, que es errónea la consideración del a quo respecto de que el último domicilio conyugal fue Canadá dado que este país habría considerado a los cónyuges como "visitantes" con autorización de permanencia por tiempo limitado. Destaca, también, que la sentencia ha desatendido específicas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Convención de La Haya, en especial, con respecto a ésta última, las que en determinadas circunstancias autorizan la oposición a la restitución requerida. Por último, arguye que se ha prescindido de la prueba que acredita que la menor está actualmente integrada a la comunidad argentina.

6°) Que existe cuestión federal bastante para habilitar la competencia de esta Corte en tanto la materia del

-//- pronunciamiento apelado se halla vinculada con el alcance de determinadas cláusulas contenidas en un tratado internacional (Fallos: 306:1312). Asimismo, como tiene establecido el Tribunal, lo atinente a la interpretación de los tratados internacionales suscita cuestión federal de trascendencia a los efectos de esta vía extraordinaria (confr. art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y lo resuelto, entre otras, en la causa registrada en Fallos: 314:1324, considerando 3°) y, en tales condiciones, no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto controvertido (art. 16, segunda parte, de la ley 48 y Fallos: 308:647 y sus citas, entre otros).

7°) Que el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ratificado por la República Argentina mediante ley 23.857, ha tenido por finalidad la protección del menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita. Para el logro de dicho objetivo, sus disposiciones prevén un ágil procedimiento de carácter administrativo tendiente a garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como asegurar la protección del derecho de visita (confr. su preámbulo y arts. 1 y 2). Al efecto, los Estados contratantes están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos propuestos, debiendo recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan (art. 2). La procedencia del trámite de restitución se encuentra

-//-

RECURSO DE HECHO

Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald,
María Gabriela.

-//- supeditada a que se haya producido un traslado o retención ilícita de un menor cuyos presupuestos de configuración se determinan en el art. 3. También es requisito para la aplicabilidad de la Convención que el menor haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante, inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita y que no haya alcanzado la edad de dieciséis años (art. 4). El cumplimiento de las obligaciones que se imponen está a cargo de autoridades centrales de los Estados contratantes (art. 6).

8°) Que, la solicitud de restitución puede ser promovida por toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia. El interesado debe dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución (art. 8). Se prevé un plazo de un año desde producida la sustracción o retención para efectuar el requerimiento (art. 12). La tramitación deberá desarrollarse sin demoras (art. 11). Se prohíbe al Estado requerido juzgar 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 lapso razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud del Convenio (art. 16).

El examen de las disposiciones mencionadas, consideradas desde un punto de vista eminentemente técnico, permite concluir que, según los lineamientos de la Convención, la

-//-

-//- protección perseguida se asimila a una acción de carácter posesorio, cuyo objeto no es reorganizar el ejercicio de la autoridad parental sino encauzar la reacción ante una vía de hecho configurada por el desapoderamiento impuesto a quien ostentaba en forma personal o compartida la guarda de un menor, obviamente, contra su voluntad (confr. Bertrand Ancel, *Conflits de juridictions*, *Revue Critique de Droit International Privé*, 82 [4], oct.-déc. 1993, pág. 658).

9°) Que, los presupuestos que autorizaban la iniciación del trámite de restitución, de conformidad con las directivas del Convenio -mencionadas en los considerandos precedentes- se han verificado en la especie, tal como lo han entendido los jueces de la causa. Baste señalar, al respecto, que no ha sido materia de debate que, hasta el momento del traslado de la menor Daniela, ambos progenitores ejercían sobre la pequeña los derechos inherentes a la patria potestad. Tampoco se controvertió la configuración de la retención de la menor por parte de su madre ni la temporalidad del pedido de restitución formulado por su padre. Además, la formalización de la solicitud ante la autoridad Central de Canadá aparece justificada por el hecho de haber sido ese país el lugar de residencia habitual de la niña. Cabe precisar, acerca de este punto que, dentro del diseño del Convenio, lo determinante para viabilizar su aplicación no es el último domicilio conyugal sino el lugar en que el menor ha permanecido en forma estable hasta el momento en que se produjo el traslado. En tal sentido cobra especial relevancia la circunstancia de que, en el caso, no se ha discutido que

-//-

RECURSO DE HECHO

Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald,
María Gabriela.

-//- la menor vivió en Canadá desde su nacimiento hasta el momento del traslado, cuando ya había alcanzado la edad de cuatro años, lapso más que suficiente para cubrir la exigencia de habitualidad a que se refiere la norma. Frente a ese hecho resulta irrelevante que, como se alega, la estadía del matrimonio en Canadá no haya revestido en su inicio carácter definitivo o que las autoridades de ese país sólo hayan autorizado su permanencia por tiempo limitado.

10) Que, por otra parte, cabe reparar en que las únicas causas que autorizan a denegar el pedido de restitución son las taxativamente determinadas por el art. 13 de la Convención. En lo que al caso interesa, la cuestión se centra en los alcances que cabe atribuir a la disposición del inciso b) del mencionado artículo en cuanto establece que la autoridad del Estado requerido podrá oponerse a la procedencia del reclamo si "...existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable".

11) Que para una correcta inteligencia de la cláusula aludida es preciso destacar la preeminencia que corresponde asignar al interés del menor en la toma de decisión sobre su restitución. En tal sentido es incuestionable que la disposición examinada imparte una directiva precisa: el derecho del niño a no ser desarraigado de su residencia habitual cede ante el interés que posee, como toda persona, a no ser expuesta a un daño físico o psíquico o ubicada en una situación intolerable.

Dicho postulado primordial sobre la preeminencia

-//-

-//- del interés del menor, pese a no figurar explícitamente en el texto del articulado de la Convención, está establecido de manera expresa y solemne en el preámbulo como pauta orientadora para la interpretación. Allí se destaca, en lo pertinente, que "...los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia". También el mencionado interés superior ha sido objeto de especial atención en la Convención sobre los Derechos del Niño -hoy con jerarquía constitucional; art. 75, inc. 22 de la Carta Magna-, cuyas disposiciones fueron expresamente invocadas por la apelante. A la luz de la directiva mencionada, fuerza concluir que aun cuando el interés personal del guardador desposeído debe prevalecer sobre el del autor de la vía de hecho, se desdibuja y cede ante el interés superior del niño.

12) Que, en resguardo del mencionado interés superior y con el fin de determinar la virtual existencia de causas que justificaran la negativa a la restitución, se imponía efectuar en el caso un exhaustivo examen de la situación psicofísica de la menor y discernir cuáles serían las consecuencias que derivarían del reclamado retorno a Canadá. Acerca de este aspecto cabe destacar que, si bien en la economía de la Convención aplicable se procura un regreso inmediato del niño y se tiende con ello a dar un cierto carácter de automaticidad a la medida, tal mecanismo no debe conducir a que se confiera al menor un tratamiento asimilable al de una cosa disputada entre copropietarios. De tal modo, al momento de adoptar una decisión, no es posible obviar que la naturaleza humana del objeto de la discordia imprime al modelo

-//-

RECURSO DE HECHO

Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald,
María Gabriela.

-//- posesorio de restitución un cierto número de alteraciones significativas que deben ser necesariamente sopesadas. En tal sentido, el órgano judicial no puede ser un sujeto inanimado que, al decir de Montesquieu, resulte "ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley" (Del Espíritu de las Leyes, Ed. Claridad, 1922, pág. 124). Por el contrario, su función, lejos de ser meramente reproductiva, debe orientarse a formular una interpretación creativa de la norma tendiente a asegurar el valor justicia.

13) Que, en lo que concierne a la cuestión precedentemente expuesta, la sentencia recurrida exhibe una ostensible carencia de fundamentación. Ello es así pues el a quo, sin expresar razón alguna, prescindió de la consideración del informe pericial psicológico, pese a su incuestionable valor decisivo para dar una adecuada respuesta al problema suscitado. Esa circunstancia autoriza a que el Tribunal haga excepción en el caso a la regla según la cual, lo atinente al examen de la prueba es materia ajena al recurso extraordinario y, en consecuencia, proceda a valorar el peritaje preterido (fs. 194/197). De él se desprende que la niña tiene conocimiento de la imposibilidad de reunir a sus padres nuevamente frente a lo cual se plantea otras alternativas para solucionar el problema como ser, pasar períodos con cada uno de ellos. Se señala, asimismo, que la niña se encuentra cursando un síndrome específico a raíz de la crisis familiar y está elaborando la angustia que este proceso le genera. En todo este devenir -prosigue- se aferra al vínculo maternal

-//-

-//- encontrando refugio y contención. Concluye que de esta manera se configura una situación para cuya resolución se torna prácticamente imposible no engendrar algún efecto sintomático en la menor, reiterando que una nueva separación afectiva podría recargar su organización psíquica ya afectada.

14) Que, al contestar las aclaraciones requeridas (fs. 343/345), la psicóloga forense enfatizó que "la fractura de la díada madre-hija y del proceso identificador normal, propio de la etapa de la primera infancia, podría afectar la personalidad de la menor de manera dañosa. Este efecto dañoso es producto de la confusión afectiva a la cual la menor está sometida al sentirse virtualmente tironeada por los reclamos de ambos padres, lo cual es una problemática de muy difícil tramitación psíquica, especialmente para una niña de tan corta edad".

Para una evaluación integral de la situación actual de la menor -que el pronunciamiento del Tribunal no puede desconocer- debe tenerse en cuenta que, como también surge del informe examinado y de las demás constancias de la causa, la menor ha permanecido en la Argentina, donde tiene familiares directos, por más de un año y medio y que durante ese lapso se integró en un jardín de infantes sin inconvenientes, ni siquiera con el idioma pues posee una dicción clara del castellano (fs. 194/197).

15) Que, frente al cuadro fáctico descripto, no es ocioso remarcar que la restitución internacional, materia de la Convención aplicable, procura devolver inmediatamente al

-//-

-//- menor al país del cual fue irregularmente alejado para evitar que se profundicen o agraven los perjuicios sufridos por esa ruptura abrupta del medio donde estaba viviendo. En tal sentido, cobra especial significación la regla que determina que el reclamo debe ser articulado dentro del año de acaecido el traslado o la retención (art. 12 de la Convención). Pero, aun en los casos en que -como ocurre en el sub lite- la solicitud ha sido presentada en forma tempestiva, no puede prescindirse de la ponderación del factor tiempo en relación con la estabilidad psíquica y emotiva del menor, máxime cuando existen evidencias de su ulterior arraigo a un nuevo medio, producto de su permanencia por un período mayor al estipulado en la norma, en razón de la tramitación de los procesos administrativos o judiciales.

16) Que en la valoración del extremo recientemente mencionado el pronunciamiento resistido muestra su mayor debilidad de sustento pues, pese a que la cámara admitió la trascendencia que en el caso revestía el factor tiempo, vinculado con la justificada dilación del procedimiento, sólo se limitó a ordenar que esa circunstancia fuera puesta en conocimiento de las autoridades canadienses simultáneamente con la restitución, sin medir prudencialmente las consecuencias nocivas que el cumplimiento de ese mandato podía acarrear a la niña.

17) Que, en definitiva, a juicio de esta Corte las conclusiones periciales, evaluadas conjuntamente con la situación actual de la menor ya descriptas, revelan claramente que un nuevo desarraigo se traducirá necesariamente en un

-// - daño cierto para su salud psíquica. En consecuencia, ante el deber que imponen las disposiciones internacionales aplicables de resguardar el interés superior de la niña, corresponde revocar el pronunciamiento recurrido y denegar la restitución requerida en los términos del art. 13 de la Convención de la Haya.

La decisión a que se arriba torna innecesaria la consideración de los restantes planteos articulados por la apelante.

Por ello, se declaran procedentes la queja y el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se deniega la restitución solicitada en la rogatoria con que se iniciaron estas actuaciones. Sin costas, en razón de la índole de las cuestiones debatidas. Agréguese la queja al principal, notifíquese, hágase saber al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y, oportunamente, remítase. GUILLERMO A. F. LOPEZ.

ES COPIA