



<http://www.incatat.com/> ref.: HC/E/AR 362
[14/06/1995; Argentine Supreme Court of Justice; Superior Appellate Court]
W. v. O., 14 June 1995, Argentine Supreme Court of Justice

UNOFFICIAL TRANSLATION

****THE ORIGINAL TEXT IN SPANISH FOLLOWS THE ENGLISH TRANSLATION****

ARGENTINA NATIONAL SUPREME COURT OF JUSTICE

HAGUE CONVENTION ON THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION

Buenos Aires, June 14, 1995

The file entitled: Petition of Certiorari brought by the defendant in the case “W., E. M. c/O., M. G.” has been read in order to decide if the appeal should be allowed.

Whereas:

1) Chamber G of the National Civil Appeals Court confirmed the decision of the court below and admitted Mr. E. W.’s -minor’s father- request of restitution through the proceeding instituted in the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. The minor’s mother requested leave to file an extraordinary appeal against that decision which was rejected, and therefore she brought this “Queja”.

2) Notwithstanding its substantial foundational deficiencies that cannot be remedied in this “Queja” (Fallos: 296:291; 307:1035), the appeal is admissible since it brings along at least two federal questions that fall within this Court’s jurisdiction. Indeed, on one hand, the appellant claims to be defenseless before a foreign judgement infringing her right to defense at trial and the decision was contrary to the arguments that she directly based on article 18 of the National Constitution. Besides, there is a federal question in the claim concerning the trial judges’ application of the Hague Convention regulating the child’s best interest principle written into a constitutional treaty with constitutional status, as the Convention on the Rights of the Child (art. 11 of said Convention), upon which the appellant sustained her claim, which involves the need of interpreting the applicable federal rules.

3) It is necessary to recall that when a federal issue exists, this Court is not limited in its decision by the parties’ or the a quo’s arguments but has the duty to make a statement on the issue under consideration (Fallos: 308:647, inter alia).

4) The facts relevant to the case facts are the following: the girl’s parents got married in Buenos Aires on December 3, 1985 and arrived at Canada on March 1986. The minor, who was 4 years old at the time of the conduct that gave rise to this controversy, was born in Guelph, Province of Ontario, on February 6, 1990 (page 16). The girl lived with her parents in a university residence for married students and attended kindergarten. The latter fact is confirmed by the interview that can be seen on pages 194/197, which reports that the minor had good memories of that period of her life, “bonds of affection with people, things and

places to which she is still connected” (page 196). In her brief of pages 117/120, Mrs O. called into question the legal status of her and Mr W.’s stay in Canada, but not the actuality of the stay. Her statement before the social worker (pages 350/351) confirms these data. As to the father, it is certain that he enjoyed the resident status inherent to his student status, which was periodically renewed for eight years, and that he worked at the university for a salary - according to the defendant (page 118)- of \$USD 382,76 /fortnight. During the interview reported at page 351, the girl’s mother stated that at the end of 1993 she decided to come to Buenos Aires to spend the Christmas holidays with her family, in agreement with E. W.’s declarations (page 6). The father affirmed –without being contradicted- that on January 6, 1994, he came to know the mother’s decision of not returning to Canada and of staying with the girl in Argentina. On February 1994 Mr W. requested the assistance of Ontario Province’s central authority to claim the restitution of the minor under the Hague Convention. On March 7, the Ontario Court decided to give the custody of the girl to her father (pages 9/11). On March 21, 1994, the Argentine central authority filed the request of restitution before the domestic judge (page 30).

5) In the first place, it is necessary to address the federal question that the appellant bases on article 18 of the National Constitution, namely, that the court of appeals’ denial to appraise the judgment issued by the Ontario Court has placed her in a state of defenselessness that substantially impairs her due process rights, because it has omitted the verification of the fulfillment of necessary requirements for the recognition in Argentine jurisdiction of a foreign decision, omission which impact gave effect to a decision made by an incompetent judge in a proceeding where she had no possibility of defending herself.

6) The claim reveals a misunderstanding of the subject matter in this controversy, namely, a request of return of the minor under the proceedings instituted in the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, adopted in the Hague Conference of October 25, 1980, approved by Law 23.857, in force in Argentina since June 1, 1991, and which purpose is “to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State” (art. 1. a).

This case is not a matter of enforcement of some kind of precautionary measure issued in a judicial proceeding but of an independent proceeding related to the controversy on the merits instituted through the so called “central authorities” of the contracting states. The said proceeding is exclusively addressed to restoring the previous legally protected situation, which was altered, by the immediate return of the minor wrongfully removed to or retained in another contracting state.

7) Consequently, the fact that the Ontario Court issued the mentioned judgement –copy of which has been filed as attached documentation to the restitution request- is irrelevant to this controversy (acc. Salzano Alberto, *La sottrazione internazionale di minori*, Milan, Giuffrè editore, 1997, page 87) and simply depicts an ordinary judicial practice of automatically giving the provisional custody of the minor to the parent requesting the protection and not to the one who has wrongfully removed to or retained the child.

The father’s right to get his child returned to the place of habitual residence prior to the wrongful retention “preexisted every judicial decision and did not require in any way the intervention of a magistrate” (acc. Tribunal de grande instance de Toulouse, 2eme Chambre civile, March 20 1987, “Ministere public c/ C en presence de Mme. G épouse C.”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1988, page from 67 on, specially page 71).

8) Considering the aforementioned, it is groundless to claim in this controversy fraud to Argentine jurisdiction because, as it has been said, the institution of the conventional

proceeding before the requesting central authority does not require a previous judicial action and its admission depends on the configuration of the facts that bring the case within the material and personal scope of the treaty, issue that must be decided through due adversarial action before the requested judicial or administrative authority (acc. art 13 of the Hague Convention). Moreover, a statement on the international jurisdiction to discuss the attribution of the custody of the girl should not be issued, because that is beyond the matter in controversy. It is neither a question of incidentally deciding if the foreign judicial act satisfies the requirements of articles 517 and 519 of the National Civil and Commercial Procedural Code. Nothing is to be decided to this respect, even under the limited effects imbedded in art.17 of the Convention.

9) The second claim that raises a federal matter is the alleged contradiction between the principle written into article 3, paragraph 1 of the Convention on the Rights of the Child –approved by Law 23.849 and which has constitutional status in its operational conditions according to art 75 clause 22, second paragraph of the National Constitution- and the form in which the trial judges applied the Hague Convention, which, according to the appellant, amounts to a total disregard of the Argentine international public order principles related to minors.

The rule that the appellant considers has been violated says: “In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration” (art. 3.1 of the Convention on the Rights of the Child).

10) The transcribed precept is addressed to courts of all levels called to judge the sub lite and guides the reading that should be given to an international treaty which, as the Hague Convention, was signed, ratified and applied by the National State with the deep conviction that “the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody”. That statement, solemnly included in the Preamble of the Hague Convention, animates the proceeding instituted in its language, addressed to enforcing a requirement expressed by international community in the Sixties: the protection of the child’s fundamental right not to be uprooted through non-legal recourses from its habitual family and social environment. The Convention assumes that the child’s well-being is attained through the return to the status quo previous to the act of unlawful removal or retention (acc. Jorg Pirrung, in J. Von Staudingers, Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch, 13th ed., 1994, Dieter Henrich, Jan Kropholler and Jorg Pirrung, Berlin, 1994, paragraph 683, page 272).

The Hague Convention respects the hierarchy of interests –with preeminence of the child’s best interest- that the appellant actively defends. In its turn, Argentina, in being bound to other countries by this agreement, accepts the directive of art 11 of the Convention on the Rights of the Child: “1. States Parties shall take measures to combat the illicit transfer and non-return of children abroad. 2. To this end, States Parties shall promote the conclusion of bilateral or multilateral agreements or accession to existing agreements”. It should be noted that this Convention likewise exhorts parents to have the best interest of the child as their basic concern (art. 18, paragraph 1). Under such conditions, it is patent that in international law the Hague Convention harmonizes and supplements the Convention on the Rights of the Child.

11) The Hague Convention precisely preserves the best interest of the child through the cease of non-legal recourses. A victim of fraud or of violence should, above all, be reinstated in her original situation. This rule is not applicable when the person, institution or body opposing the restitution shows an extreme situation and for the sake of the minor’s best

interest, it makes it necessary to sacrifice the dispossessed guardian's personal interest. Therefore, it is pertinent to determine the conditions underlying the general rule, namely, the conventional definition of the minor's habitual residence and of the act of perturbation as applied to the particular circumstances of this case.

12) The term "habitual residence" as used in the Convention refers to a factual situation that implies stability and permanence and alludes to the center of the minor's life, excluding any reference to minors' depending domicile (acc. 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-* pages 9/98, specially page 55; acc. art. 3 of *Convention on the International Protection of Minors, signed with the Oriental Republic of Uruguay on July 31 1981, approved by Law 22.546*). The appellant's interpretation that makes the girl's residence under article 3, first paragraph, "a" of the Hague Convention dependent on her parents' actual domicile is therefore mistaken. It should be reiterated that following her birth, the girl developed her life in Guelph, Province of Ontario, where her family and social environment were, fact which suffices to have art 4 requirement satisfied.

13) It is certain under this record that the girl and her mother's traveling to Argentina on December 11, 1993 –with the only purpose of spending the Christmas holidays- was agreed upon by the father, who stated (page 6) –without being refuted by the defendant in her defense included in pages 117/120- that the return was scheduled for January 22, 1994. It is therefore patent that this paternal consent does not have the effects written into art. 13, clause "a" of the Convention since the act of unlawful retention under art 1, "a", 3 and 4 of the Convention was typically typified by the mother's refusal to return the girl to the place of her habitual life center (acc. Adair Dyer, *International Child Abduction by Parents, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, vol. 168, 1980-III, pages 231/268, specially page 248*). Parents agree that no decision related to the girl's custodianship or provisional or definitive guardianship had been issued prior to the act of retention. Neither have they reciprocally disowned their co-entitlement to the custody –whichever is its specific content- under Canadian law, which precisely typifies the hypothesis of art. 3, "a" of the Convention. Apart from this, a child's habitual residence, under said precept, cannot be established by one of its parents, even if he is the only holder of the right to custody –which is not here the case-, to defraud the other parent's rights or through non-legal recourses.

14) The protection of the girl's best interest through a proceeding that although fully aimed at protecting her rights usually ends in a new detachment resulting from the subtraction from the ties that she would have formed in the requested country requires interpreting the motives upon which the judicial or administrative authorities of that country can rely to deny restitution.

15) The conflict between domestic public order principles of a contracting State and the sacrifice that for the sake of the minor's interest is lawful demanding to a father dispossessed by non-legal recourses is solved in the precept imbedded in art 20 of the Hague Convention, which states: "The return of the child under the provision of article 12 may be refused if this would not be permitted by the fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms". This language is inspired in the European Convention on Human Rights –which was in force in many States Parties of the Hague Conference at the time of the discussion of the Convention under analysis- and was incorporated in the final meeting of October 1980, as a compromise to prevent the instituted system from being frustrated or emptied of content through the introduction of a clause –or of a reserve- by means of which the requested state could rely upon his domestic family law principles to deny restitution (*Actes et Documents de la Quatorzième Session, vol. III, pages 306/307, report E. Pérez Vera, page 434; Adair Dyer,*

International Child Abduction by parents, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, vol. 1980-III, specially page 262).

16) Precisely, this resignation to reliance upon domestic public order which Argentina accepts when it assumes an international obligation is the degree of sacrifice that the State must make to comply with mentioned directive of art. 11 of the Convention on the Rights of the Child and ensure that the operation of a treaty of prompt and efficient enforcement has dissuasive effects on the actions of parents who commit unlawful abductions or retentions disregarding minor's rights and simultaneously becomes a proper device to immediately reinstate the bonds disturbed by the unlawful removal or retention.

In the sub lite it is necessary to dismiss the fact that the girl's return to Canada together with her father constitutes a violation or a risk of violation of one of the girl's fundamental human rights, bearing in mind the sociological and psychological reports of the record, which confirm the regularity of external factors and both parents' qualification to ensure the physical protection and the respect of the girl's rights, including the rights of access of the parent who does not receive the custody in the decision on the merits has.

17) Considering that the proceeding was commenced for an act regarded as unlawful by the Hague Convention qualifies, the celerity of the proceeding is essential to prevent that course of time rewards the author of an improper conduct by consolidating the minor's settlement in a new environment. The Argentine central authority took this into account when filing the request in the hearing of May 18, 1994 (pages 121/121 reversed page), which performs the mandate of art. 11 of mentioned Convention: "The judicial or administrative authorities of Contracting States shall act expeditiously in proceedings for the return of children". Special attention should be paid to this directive –specially for the Argentine judicial system characteristics- in order that course of time does not adulterate the treaty spirit since the minor's integration into the new environment does not constitute an independent cause of opposition, even if the second removal were conflicting.

18) Art 13, first paragraph, clause "b", releases us from the duty of ordering the restitution when: "there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation". This language indicates that paramount in the hierarchy of values underlying the Convention is the minor's best interest, which is even preeminent over the personal interests of the guardian dispossessed by non-legal recourses, interests worthy indeed of protection interests.

None of the terms used in the precept is casual. The words chosen to depict the exceptional hypothesis (grave risk of exposure to physical or psychological harm, or intolerable situation) reveal the strictness with which the factual material in the record should be weighted in order not to frustrate the effectiveness of the Convention. The cause is aimed not only at refusing the return in a situation of external risk in the requesting country –non-existent in the sub judice- but also at pondering if the reinstallation in the situation previous to the unlawful retention places the minor in a psychological risk, which is a stressed degree of perturbation, highly superior to the emotional impact that a child usually suffers by its parents' separation. It is clear that the simple generic reliance upon either the child's benefit or the change of environment or language does not suffice to typify the exceptional situation that would allow to deny restitution (acc. Amtsgericht Darmstadt of July 22 1993 Fam RZ 1994, 184; Jong Pirrung in J von Staudingers, work cited in Whereas 10, paragraph 683, page 272).

19) The information regarding the minor's social situation that could be gained in the requesting country does not constitute a limitation but an extension of the evidentiary

possibilities of the opponent to the restitution. For the aforementioned, there are environmental and psychological analysis conducted in this country (pages 194/197; 343/345 and 350/351) appraisal of which is not matter of an extraordinary appeal, particularly when there is not unreasonability in the statements of the Guardian Ad Litem n° 6 in her brief of pages 353/354 reversed page and of the Guardian Ad Litem Before the Court of Appeals, at pages 408/414, which were agreed upon by the trial judges. This conclusion includes the considerations stated as a “prognostic inference” in the psychological report, since they do not suffice to justify an abandonment of the general rule.

20) Moreover, the direct consultation of the girl’s will is not imperative. Art. 12 of the Convention on the Rights of the Child requires the States to assure it the right to be heard, “either directly, or through a representative or an appropriate body”, mandate which has been fulfilled in the sub lite given the intervention of the Guardian Ad Litem in both instances. Taking into account the child’s opinion is always subject to the fact that it has attained an appropriate age and degree of maturity (art. 13, second paragraph, of the Hague Convention; art. 12.1 of the Convention on the Rights of the Child). According to the psychologist and the social worker, the girl is “psychologically vulnerable and labile due to her age” (page 196) and is undergoing a state of “emotional confusion.... due to her feeling of being virtually tugged at the claims of her parents” (page 345). This allows to conclude that for the sake of her best interest she should be avoided the psychological conflict of feeling responsible of choosing one of her parents.

Apart from this, the appellant did not ask the judges -at any stage of the proceedings- to have a personal and direct interview with the girl; such claim was introduced in the extraordinary appeal filed before this Court, fact which leads to consider it a product of a belated reflection. Likewise, in what is here pertinent, the possibility that the second paragraph of art. 13 of the Hague Convention offers is available when the child’s is opposed to being restituted, that is to say, when there is a vehement refusal on its part to return (acc. Oberlandesgericht Celle, judgement of November 13 1991 AZ 18 UF 185/91; Amtsgericht Ludwigshafen judgement of December 13 1992 AZ 5d F 223/91), what has in no way been detected in the psychological analysis conducted in this proceeding.

21) Having harmonized the interpretation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction with the principles of the Convention on the Rights of the Child and cleared every contradiction away, this Court, as supreme body of one of the Branches of the Federal Government, must enforce –within its jurisdiction- the international treaties by which the country is bounded (see SC G. 342 XXVI “Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación – case n° 32/93”, of April 7 1995) in order to prevent the nation from being held internationally responsible for its non-compliance, with the conviction that the performance of the judicial mission to establish the law applicable to the alleged fact of the case is the contribution inherent in the Judiciary to the achievement of the best community interest.

Therefore, the “Queja” is allowed, the extraordinary appeal is declared formally admissible and the judgment subject to appeal is confirmed. Costs shall be borne by the appellant. The Court exhorts the appellant to cooperate in the stage of the execution of the judgement in order to avoid an even more conflicting experience to the girl. Be it communicated and duly remanded. JULIO S. NAZARENO – EDUARDO MOLINE O’CONNOR (dissenting) – CARLOS S. FAYT (dissenting) – AUGUSTO CESAR BELLUSCIO – ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI – RICARDO LEVENE (H) – ANTONIO BOGGIANO – GUILLERMO A. F. LOPEZ (dissenting) – GUSTAVO A. BOSSERT.

W. 12. XXXI.

RECURSO DE HECHO**W., E. M. c/ O., M. G.****VICE PRESIDENT JUSTICE E. MOLINE O'CONNOR'S AND JUSTICE CARLOS S. FAYT'S DISSENTING OPINION****Whereas:**

1) The mother of minor D. W. requested leave to file an extraordinary appeal against the judgement of Chamber G of the National Civil Appeals Court which confirmed the trial judge's decision that allowed the request of restitution filed by the girl's father through the proceeding instituted in the "Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction" (Law 23.857), application which was rejected what led D.'s mother to bring this "Queja".

2) The claim related to the trial judges' application of the international treaty upon which the appellant bases her right constitutes a federal issue and this extraordinary appeal is therefore formally admissible (Fallos: 306:1312). To that effect, it is necessary to recall that when a federal issue exists, this Court is not limited in its decision by the parties' or the a quo's arguments but has the duty to make a statement on the question under consideration (Fallos: 308:647, inter alia).

3) In first place, it is necessary to state that in this record there is not an injunction of restitution of the minor issued by a Canadian court and that the appellant does not seek the execution of a foreign judgment. It is an appearance of administrative nature filed by the minor's father before the Canadian central authority for the enforcement of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction and communicated to the Argentine central authority without any Canadian judicial or administrative decision pronouncing on its lawfulness, much less requiring the return of the girl. A summary of the facts alleged by the plaintiff, the forms filed to that effect and various records related with an action initiated before an Ontario Court seeking the child's provisional and definitive custody are attached to the petition.

4) The minor, born in Canada on February 6 1990 and whose parents are both Argentine, traveled with her mother to Argentina in December 1993 in order to spend the Christmas holidays with her family. During the same month she had done the same with her father, who agreed with such trip. The disagreement appeared when –on the background of a marital separation- the girl's mother decided not to return to Canada and keep her daughter with her. In February 1994 Mr W. requested the assistance of Ontario Province central authority to obtain the restitution of his daughter under the cited Hague Convention, petition that the Argentine central authority filed before the domestic judge.

5) The 1980 Hague Convention (Law 23.857) institutes an expeditious proceeding to obtain the restitution of minors to the place of their habitual residence when they have been unlawfully retained in another place.

Its main purpose is to protect children and specially to prevent the potential harmful effects of their wrongful removal or retention. In order to achieve this purpose, its articles establish a proceeding aimed at guaranteeing the restitution of the minor (acc. Preamble, arts 1 and 2) under which the Contracting States shall take all appropriate measures to secure within their territories the implementation of the objects of the Convention. For this purpose they shall use the most expeditious procedures available (art. 2).

6) The merits of the restitution proceeding is subject to the occurrence of an unlawful removal or retention of a minor under art. 3. Another requirement for its application is that the minor has had its habitual residence in a State Party immediately before any breach of custody or access rights and that it has not attained the age of 16 years (art. 4). The fulfillment of these duties is under the responsibility of the central authorities to be established in each State Party.

7) The proceeding is aimed at ensuring the immediate restitution of the minor to its habitual residence in order to reinstate the previous situation which was perturbed.

The independent proceeding under the Hague Convention rests on the persistence of these three factors, so if any of them does not subsist or is modified, all the procedural structure disappears because it lacks virtuality.

8) The formal requisition filed by the Canadian central authority (pages 19/20 of the principal record) is not duly translated. Notwithstanding that defect –which, in the case, would affect the regularity of the plaintiff's claim under art 123 of the National Civil and Commercial Procedural Code-, it is pertinent to state that it only communicates to the Argentine central authority the existence of the request filed by the minor's father so that the national authorities take it into consideration. To that effect, it only informs about some of the facts upon which the request relies, without either considering or taking as its own any of the petitioner's arguments. It likewise observes that Argentine judicial or administrative authorities should restrain themselves from deciding on the merits of the rights of custody of the minor until it has been determined that the girl is not to be returned or unless an application under the Convention has not been lodged within a reasonable time (art 16 of the Hague Convention).

9) The aforementioned is pertinent to the treatment that the trial courts have given to this matter, similar to the one of an exhort that must be satisfied. Truly, the request should have been examined as a petition of an Argentine citizen temporarily settled in Canada seeking the girl continue living in that country notwithstanding her mother's decision to put an end to her stay abroad. That petition is subject to the consideration of Argentine authorities, which are the only ones that must decide the claims, being this conclusion in strict agreement with the Hague Convention (arts. 13, 15 and 16 and coincidental rules), and with the requisition of the Canadian central authority (pages 19/29, cited supra) which recognizes the Argentine authorities' jurisdiction to decide this matter.

10) It must be noticed that there is a disagreement between the language of the Canadian central authority's formal requisition (pages 19/20) and the content of the forms filled in by Mr W. in order to obtain the restitution of the minor (pages 4 to 6), which is neither corrected nor clarified in the documents attached to the petition. Actually, in the petition communicated to the Argentine central authority D. W.'s restitution is requested relying on an alleged illegitimate removal by her mother without the plaintiff's consent. This hypothesis was not alleged by the minor's father, who only held that the girl had been unlawfully retained in this country.

11) This defect of the petition communicated to the Argentine authorities would suffice to dismiss it because it prevents the party alleged to have infringed a right of custody from knowing the irregularity she is charged with, which is clearly an obstacle to her adducing and proving what is pertinent to her rights under arts 3 and coincidental rules, and 13 and coincidental rules of the Hague Convention.

Nevertheless, taking into account the judicial proceeding followed, the time elapsed since the request of restitution was filed and, essentially, the protection of minor's interest, the substantial merit of the petition will be examined.

12) The Hague Convention defines in its art 3 clause "a" the concept of unlawful removal or retention and declare that there will be considered to be such irregularities: "when it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention".

13) The cited Convention imbeds various rules that supplement this concept. Thus, in art. 8, clause "f", it establishes that the request of the petitioner of the restitution may include a certificate or an affidavit emanating from a central authority, or other competent authority of the State of the child's habitual residence, or from a qualified person, concerning the relevant law of that State". Art. 14 establishes that in ascertaining whether there has been a wrongful removal or retention within the meaning of Article 3, the authorities of the requested State may take notice directly of the law of, and of decision of the State of the habitual residence of the child, without recourse to the specific procedures for the proof of that law or for the recognition of foreign decisions which would otherwise be applicable.

Besides, art. 15 prescribes that prior to the making of an order for the return of the child, the Contracting State may ask the applicant to obtain from the State of the habitual residence of the child a decision or other determination that the removal or retention was wrongful.

14) According to the said rules, the proceeding imbedded in the Convention is only applicable when the minor has been retained in violation of legislation in force in the place where it resided prior to the fact under investigation. In the instant case, it is not matter of controversy that the place of habitual residence of the girl was Canada, and therefore the authorities of the requested State –Argentina- must determine whether the retention of the girl was made in violation of the applicable rules in force in the country named in the first place.

15) From the aforementioned it is patent that, in cases as the instant one and within the framework of the Hague Convention, the verification of the unlawfulness of the child's retention under the rules of the State of last residence of the child is a prerequisite to admitting a request of restitution of a minor. In order to expedite this assignment to the authorities of the requested State –which are in charge of deciding the merits of the request (acc. arts. 3 and 15)-, the Convention flexibly establishes the proceedings that enables knowing the applicable law.

16) From this perspective, the request of restitution filed by Mr W. lacks all legal foundation since he did not claimed or proved in any way, either before the Canadian authorities who received his petition or during the long proceeding before the Argentine courts, the existence of Canadian legislation supporting his statement that the girl's mother had unlawfully retained her.

17) It is not matter of controversy that, at the time in which the minor's parents disagreement occurred, both of them shared the custody and jointly exercised parental rights and duties. Under these conditions, and since there has not been an unlawful removal of the girl –only cause that the Canadian authority retains as the father's injury, without taking it as its own in the document issued- because her trip to Argentina was agreed upon by the father, Argentine authorities must only determine whether the mother acted in

violation of Canadian legislation when she decided that her daughter would stay with her and would not return to Canada.

18) To that aspect, there is a clear defect in the reasoning of the trial courts which issued a decision lacking legal foundation when failed to give any consideration to the core element for the application of the Hague Convention.

19) The faithful observance of international treaties under the good faith principle (art. 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties) requires the authorities in charge of its application to carefully review the satisfaction of the requirements included in its language. In the sub lite, the requirements –not fulfilled by the petitioner- preserve the harmony of the international legal order in compelling the required State to consider the legislation of another State to sustain the decision to be adopted. Should the Argentine authorities admit a groundless petition for the simple fact that it relies upon an international treaty –which rules have not been complied with by the petitioner-, they would be actually infringing rules that result from the concurrent will of State Parties, while apparently observing an international agreement.

20) Under these conditions, the request of restitution sub examine only reflects a controversy between the will of the minor's father, who wishes to get together with his daughter, and that of her mother, who sustains identical claim on her own favor. The nonexistence of any element that makes the mother's conduct unlawful under Canadian law -sine qua non condition under art 3 clause a for the application of the treaty- and without having accessed the devices established by the Convention to justify the merits of the petition, it is only pertinent to conclude that it cannot be admitted.

21) It is also necessary to add that the action filed before the Ontario court seeking the custody of the child was commenced subsequent to the facts upon which the restitution request relies, and thus the decision issued by that judge is not relevant to the decision here sought. It is to the point to add that art 17 of the Convention establishes that a judgment with that scope could not be a ground for refusing to return a child and the possibility that it admits to take account of the reasons for that decision cannot be realized in the sub lite since they have not been stated in the Canadian judgement (see pages 2 and 10/11).

22) It cannot be left without notice that the Convention does not only establish simple formal standards to decide the destiny of a minor under the unfortunate circumstances mentioned in it, but it also considers, assesses and ponders the effects that provisional measures can have on the minor subject to such harsh experiences. As a matter of fact, the required State can deny a restitution request when one of the parties shows that "there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation." (art. 13 clause b). Likewise, it must be considered that art 12 states that once a year has elapsed between the moment in which the unlawful removal or retention occurred and the complaint, the authority shall order the return of the child, "unless it is demonstrated that the child is now settled in its new environment".

23) In the instant case, Licentiate M.E.C's expert report (pages 194/197) warns that: "the eventual separation and distancing of the minor from her mother would have a new psychic impact with possible harmful effects on a background of basic emotional vulnerability and a process of elaboration of the family crisis and of the emotional uprooting occurred". This would cause the girl to go into a new mourning for the maternal figure, breaking the basic dyad and the normal identification process proper of the first stage of infancy". It states that: "she is a lucid and intelligent minor, psychologically vulnerable and labile due to her age"; that at present "alterations in the bond mother/child, which has contention

characteristics, have not been detected". "The minor is undergoing a mourning process for the parental break, the distancing from the paternal figure and larval personal uprooting experiences, which constitute a clear psychiatric impact. She is in process of elaborating the familiar and environmental crisis that she faces". "A new separation, with a possible break of the mother/daughter dyad would occur in a moment of full elaboration of the mourning that she is going through, thus overloading a labile and vulnerable psychological organization and generating a new emotional impact on the minor". "I recommend the child to have immediate therapeutic support". It adds that "due to her short age, the minor is highly psychologically vulnerable and on this background must face affective losses and environmental changes", "in this process, she clings to the maternal bond where she finds shelter and contention" (expert opinion of pages 194/197 and 313).

24) These expert psychological analysis, made under the control of highly qualified professionals whose impartiality has not been called into question, are the product of the exploration of D.'s personality through a set of data arising from her psychological evolution according to her age, personal and environmental history and parental constellation. Based on her five years of age, the expert psychologists have established the dynamic of the risk factors raised by the collapse of the egoic stage –formation of the ego- where the minor is and the prognosis for the potential harmful effects that the destruction of the maternal/filial dyad caused by her separation from the mother would entail. The loss of the maternal affection in this moment of her evolution and development would have such grave effects on the girl that would not only perturb her conduct and personality in this stage of her life but disorganize her subsequent affective and mental evolution. According to Professor Nicolas Tavella, psychology developments in the knowledge of the influence that psychogenic factors have in the infantile conduct and in the maturity process "contribute to the elaboration of a diagnosis and a therapeutic focus" and enable to make a prognosis based on the elements supplied by clinic psychology and psychopathology (acc. Tavella, Nicolás, "Aplicación de los test al estudio de los problemas psicológicos", en Telma Reza y otros, "Problemas Psicológicos en Pediatría", Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1977, page 85).

25) That prognosis becomes certain when noticing that the eventual return of the minor would be made on a background situation very different from the previous one, not only because of the absence of the mother but also for the presence of a strange woman brought by the father to her previous home. This state of absolute neglect and helplessness in which the minor would remain emphasizes the arbitrariness of the decisions made by the first and second instances and their erroneous interpretation of the language and spirit underlying the Hague Convention, which established as a talismanic value the principle under which the child is holder and not object of third parties' rights and that her interests are of a paramount importance in all matters relating to her custody. The proceeding articulated for the return of the child is only a device that must be left aside in the presence of any reasonable doubt of injuring the formation of her ego or damaging her evolution and development, without noticing that her habitual vital environment has changed because of the formation of a new and authentic parental constellation, all of which destroys and smashes into smithereens the assumption that "the child's well-being is attained through the return to the statu quo previous to the act of unlawful removal or retention", without analyzing and appraising its effects in terms of the girl's age, evolution, development and settlement in her new vital environments.

26) Agreeing with the aforementioned, the environmental expert report (pages 350/351) says that "all D.'s family members, except her father, are in Argentina and the minor is in permanent contact with all of them", she attends a kindergarten without "having any kind of problems" and "she is very well adapted and integrated with her schoolmates". To this same effect, it states that "there is a very strong affective bond between D. and her mother"

and that “the minor would suffer very much for a separation”. All these facts should be given special consideration in favor of the minor, as art 3 of the Convention on the Rights of the Child establishes when it orders that, in all measures concerning children undertaken by courts of law the “best interests of the child” shall be a primary consideration. Such mandate has been firmly assumed by this Court when it established that besides the special attention that children require from those in charge of them, from judges and from society as a whole, they must always be treated as holders and never as objects of third parties’ rights (Fallos 310:2214).

27) As to the matters previously mentioned, the decision subject to appeal is patently groundless. This is so because the a quo not only did not take into account the lack of legal foundation of the request of restitution but omitted all serious consideration of the expert psychological report notwithstanding its indisputable decisive value to give to the present problem a proper solution under the standards unequivocally established in the Hague Convention. Similarly, the gravest foundation weakness of the contested judgment is its lack of consideration of the time element, since although the appeals court admitted its importance in relation with the justified delay of the proceeding, it only ordered that the fact should be communicated to the Canadian authorities together with the restitution, without prudentially evaluating the harmful effects that the enforcement of that order could have on the girl.

28) The fact that the previous situation, namely, the alleged statu quo, has been changed by the father is likewise a relevant element to be considered. It is not therefore debatable that the restitution of the minor would constitute a “grave psychological harm” under the Hague Convention. In that effect, as it is suggested in the record, it is fallacious that the opposition to the restitution amounts to rewarding the author of an illegal conduct or admitting the rule of unchangeable facts. The Convention’s structure does either directly or indirectly not permit the incrimination of adult conduct or the establishment of any system of rewards in which innocent minors, who are always creditors in the breaking off of adult relationships, could be the prizes.

29) Since the Hague Convention is one of the international treaties pursuing the greatest protection to the interests of minors and the Convention on the Rights of the Child, which has constitutional status according to art 75 clause 22 of the National Constitution, has identical objects, it is pertinent to state that the decision here adopted does not protect a conduct that is illegitimate under Argentine legislation. This clarification is made with the only purpose of ratifying the paramount attention that the protection of under age children deserves, a protection that the said treaties establish as a general directive and requires this Court to make the strictest control of the regularity of the decisions adopted within this framework.

30) To that effect, it cannot be left without consideration the fact that the conduct of the girl’s mother in this emergency does not appear to be manifestly reparable but it is contemplated on a background in which the father’s exclusive authority to decide on the minor’s residence cannot be assumed, in a moment when both parents jointly exercised its custody.

This is so because, in the first place, a necessary consequence of the parent’s separation is that children are left with one of them, but this irremediable and insurmountable fact cannot be in principle considered illegitimate.

In the second place, this is an example of the fact that the power exercised is not in itself a reparable conduct under Argentine legislation since Canadian law is applicable. Under

Argentine law, when both parents share patria potestas of the child, the minor cannot leave the country without the consent of both of them (art. 264, quater, clause 4 of the Civil Code); if one of the parents does not give his consent the judge decides what is convenient for the familiar interest (cited article, in fine). To that effect, before a decision is issued, the conduct of any of the parents cannot in principle be considered illegitimate. This evaluation should involve –in a case as the one sub examine- the rule of art 206 of the Civil Code under which in separation cases children under five shall be left under the responsibility of the mother, except when there are serious causes affecting the interest of the minor. Therefore, and lacking knowledge of the applicable law, there is not even circumstantial evidence that the mother’s conduct could be patently reparable, specially taking into account that the girl was three years when the facts occurred. It is convenient to emphasize that the debate on whether to give the custody to the father –sought before the Ontario court- appears in the case as a consequence of the controversy that led the married couple to a de facto separation; and that the disagreement that founds the request of restitution is a fact that occurred on that background but that is previous to that request and subject to the mentioned rule of art 264 quater of the Civil Code under Argentine legislation.

31) To conclude, there is not a requisition of return of the minor issued by a foreign authority which action is only addressed to informing the Argentine government about the denunciation of the girl’s father so that the merits of the child’s restitution to the place of her habitual residence is decided in this jurisdiction; the condition to which the application of the Convention is subject requires the establishment of the unlawfulness of the act under Canadian legislation, requirement that has not been fulfilled in the instant case, and although that failure would be enough to exclude the return required, the grave harm that this would create for the minor involved has also been proven. All these reasons exclude the merit of the petition filed.

32) Therefore, the clarity of the international law rules applicable to the request of restitution sub examine determines that the unilateral claim filed by the girl’s father should be dismissed because it lacks the minimal requirements that allow to qualify the mother’s claim to continue living together with her daughter in Argentina as unlawful, the fulfillment of which the Hague Convention sine qua non requires for the admissibility of the request of restitution. The decision likewise requires the consideration of the minor’s interest in the preservation of her psychic balance in the present circumstances and in the normality of her future evolution, as well as her integration process into a new environment and parental universe and the alteration of her previous situation to which she could not be now restituted since her father has formed a new family. It is the duty of this Court to ensure the adequate observance of the international commitment assumed by Argentina in signing such Convention and the compliance of treaties which, as the Convention on the Rights of the Child, have constitutional status and require guaranteeing minors’ well-being.

33) Considering the aforementioned, it is inconceivable that the very instrument aimed at protecting the minor turns against her, and the judges’ indifference towards that verification cannot be allowed. Their decisions do not so much affect them as the parties themselves, particularly in the sub lite where the destiny of a girl under age is involved. It thus follows, taking into account the established facts of the case, the rules imbedded in the Convention and the principles underlying it, that it is pertinent to reverse the decision subject to appeal and, pursuant to the power set forth in art 16 of law 48, deny the restitution of D. W.

Therefore, the “Queja” is allowed, the extraordinary appeal is declared lawful, the judgement subject to appeal is reversed and the request of restitution of D. W. is denied. Be

**the “Queja” incorporated to the principal record. Be it communicated and duly remanded.
E. MOLINE 0’ CONNOR – CARLOS S. FAYT**

W. 12. XXXI

RECURSO DE HECHO [T’s N.: also called “Queja”, is a type of appeal filed when a lower court judge improperly refuses to permit or delays the filing of an appeal, hereinafter “Queja”]

W., E. M. c/O., M.G.

JUSTICE GUILLERMO A. F. LOPEZ’ DISSENTING OPINION

Whereas:

1) Against the judgment of Chamber G of the National Civil Court of Appeals confirming the one issued by the first instance judge in that it ordered the restitution to Canada of minor D. W. under the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, the girl’s mother M. G. W. requested leave to file an extraordinary appeal which was rejected and therefore she brought this “Queja”.

2) According to the principal record (which foliation will be cited hereinafter), the proceeding was commenced with an appearance of the Legal Affairs Direction of the Ministry of Foreign Relations, International Trade and Cult (pages 30/31). Said body acted in its character of central authority of the mentioned Convention. The appearance was aimed at informing the request of restitution of minor D. W. made by the Canadian central authority to the competent judge. In that opportunity it enclosed a copy of a judgment issued by the Ontario court on March 7 1994 awarding the custody of the minor to her father E. M. W.

3) After holding the hearing fixed under art 36 clause 2 of the National Civil and Commercial Procedural Code, submitting the minor to a psychological expert analysis and requiring the pertinent opinion of the officials of the Office of the Government Attorneys, the first instance judge ordered the compliance of the diplomatic exhort, decision which the defendant appealed.

4) After substantiating the appeal and hearing the Guardian Ad Litem and the Government’s Attorney Before the Court of Appeals, the a quo issued his decision (pages 430/433). Its reasoning assumed that it was not pertinent to appraise the instrument of international judicial assistance with the previsions of the exequatur but to give priority to the administrative procedure imbedded in the Convention which was applicable in terms of the habitual residence of the minor, requirement that had not been debated in the case. Accordingly, he rejected the arguments that objected the regularity of the judicial decision that sustained the request of restitution, which were based, on one hand, on the virtual lack of jurisdiction of the Canadian court and, on the other, on the alleged violation of the defendant’s right of defense. Regarding the last mentioned aspect, he emphasized that the documentation attached to the initial request allowed affirming that right of defense of the girl’s mother was prima facie guaranteed in relation to a matter that under Argentine legislation cannot have the effect of res judicata but can be modified according to the requirements and verifications that appear to be more convenient for the security and physical or spiritual health of the children. He further noted that although the restitution had been immediately required, all the course of time elapsed until the issuance of the judgment had been necessary to enable the court to know the incidental consequences that the decision would have for the minor. Notwithstanding that, he judged that the delay had

not, at least indisputably, constituted such a violation of the rules of the Convention, as for preventing the immediate progress of the restitution. Nevertheless, given the importance of those alleged facts that the injured party could assert before the jurisdiction of the requiring courts, he decided that they should be communicated to the Canadian authority together with the performance of the requested restitution.

5) In her federal appeal, the appellant restates her claim that the foreign judgment sought to be enforced violated her right of defense at trial and that therefore not even the issued precautionary measure is viable. She likewise argues that the a quo's consideration that the last matrimonial domicile was in Canada is erroneous because that country had regarded the spouses as "visitors" authorized to reside there during a limited period of time. She also underlines that the judgement has disregarded specific rules of the Convention of the Rights of the Child and of the Hague Convention, specially the ones of the latter that in certain circumstances allow opposition to the required restitution. Finally, she states that the evidence that the minor is actually integrated to the Argentine community has not been subject of consideration.

6) There is a federal question that makes this Court competent since the matter in the judgment subject to appeal relates to the scope of certain clauses written into an international treaty (Fallos: 306:1312). Moreover, as this Court has decided, matters related to the interpretation of international treaties raise transcendent federal questions to the effect of this extraordinary recourse (acc. art. 280 of the National Civil and Commercial Procedural Code and the decision registered in Fallos: 314:1324, whereas 3º, inter alia) and, under such conditions, this Court is not limited in its decision by the parties' or the a quo's arguments but has the duty to make a statement on the issue object of controversy (art 16, second part, law 48 and Fallos: 308:647 and its citations, inter alia).

7) The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, ratified by Argentina by law 23.857, is aimed at protecting the minor in the international area from the harmful effects that an unlawful removal or retention could cause her. In pursuit of that object, its rules institute a quick administrative procedure addressed to ensuring the immediate restitution of the minor to the State of her habitual residence and to assuring the protection of rights of access (acc. its Preamble and arts 1 and 2). Contracting States shall take all appropriate measures to secure within their territories the implementation of the objects of the Convention. For this purpose they shall use the most expeditious procedures available (art 2). The merit of the restitution proceeding is subject to the existence of an unlawful removal or retention of a minor under art 3. The application of the Convention also requires that the minor has had her habitual residence in a Contracting State immediately before any breach of custody or access rights and that she has not attained the age of sixteen years old (art 4). The fulfillment of these duties is under the responsibility of the central authorities of Contracting States (art 6).

8) Any person, institution or other body claiming that a child has been removed or retained in breach of custody rights may apply either to the Central Authority of the child's habitual residence or to the Central Authority of any other Contracting State for assistance in securing the return of the child (art 8). There is a one-year time limit from the date of the removal or retention for filing the request (art 12). The proceeding must be expeditious (art 11). The required State shall not decide on the merits of rights of custody until it has been determined that the child is not to be returned under this Convention or unless an application under the Convention is not lodged within a reasonable time (art. 16).

The strictly technical analysis of said rules allows to conclude that, according to the outline of the Convention, the protection pursued is similar to a possessory action which object is

not to reorganize the exercise of parental rights but to channel the reaction to the non-legal recourse of the obviously involuntary dispossession suffered by the subject of a personal or shared right to the custody of a minor (acc. Bertrand Ancel, *Conflits de juridictions*, *Revue Critique de Droit International Privé*, 82 [4], October-December 1993, page 658).

9) The aforementioned requirements for the commencement of the restitution proceeding set forth in the Convention have been fulfilled in the instant case as the trial judges found. It is enough to note, to this respect, that it has not been controvert that both parents exercised rights inherent to patria potestas until the moment of the minor D.'s removal. Neither has been the configuration of the minor's retention by her mother nor the timeliness of her father's restitution request. Moreover, the formalization of the request before the Canadian central authority appears justified by the fact that the girl had her habitual residence in that country. Regarding this point, it is pertinent to specify that under the Convention the key element that allows its application is not the last matrimonial domicile but the place where the minor stayed in a stable condition until the moment in which the removal occurred. To that effect, it is particularly important that it has not been controverted the fact that the minor lived in Canada following her birth until the moment of her transfer, when she already had attained the age of 4 years old, lapse more than sufficient to satisfy the requirement of habituality which the rule refers to. Given this, the alleged fact that the couple's stay in Canada was not initially definitive or that the authorities of that country only authorized their permanence for a limited period, is irrelevant.

10) Besides, it is worth noting that the only causes that allow a denial of the restitution request are strictly listed in art 13 of the Convention. In what is here pertinent, the core question is the proper scope to be given to the rule imbedded in clause b) of the mentioned article in that it establishes that the central authority of the required State is not bound to order the return of the child if "...there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation."

11) In order to adequately read the mentioned clause it is necessary to underline the preeminence that minor's interest deserves in deciding the restitution. In that sense it is indisputable that the rule in analysis establishes a precise directive: the right of the child not to be uprooted from her habitual residence does not prevail over the interest that she, as every person, has not to be exposed to a physical or psychological harm or to be placed in an intolerable situation.

The said paramount basic principle of the preeminence of the interest of the minor, although not explicitly included in the language of the Convention, is specifically and solemnly established in its Preamble as an interpretative guiding rule. It is there underlined, in which is here pertinent, that "...the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody". The mentioned best interest of the minor has been given special attention in the Convention on the Rights of the Child – at present, with constitutional status; art. 75 clause 22 of the Carta Magna- upon which the appellant specifically relies. In the light of the mentioned directive, it is inevitable to conclude that although the personal interest of the dispossessed guardian must prevail over the one of the author of the non-legal recourse, the former fades and does not prevail over the best interest of the child.

12) In order to safeguard the mentioned best interest and to determine the virtual existence of causes that could justify a denial of the restitution, in this case it was unavoidable to make an exhausting analysis of the psychophysical situation of the minor and determine the potential consequences that the required return to Canada would entail. Regarding this aspect, it is pertinent to emphasize that, although under the spirit of the applicable

Convention an immediate return of the child is pursued, tending in that way to give a certain automatic character to the measure, that device should not lead to give the minor a treatment similar to the one given to a thing disputed between two co-owners. Thus, in making a decision, it is not possible to disregard that the human nature of the matter of dispute transmits to the possessory model of restitution certain substantial alterations that must be unavoidably hefted. To that effect, the judicial body cannot be an inanimate subject which, in words of Montesquieu, is “neither more nor less than the mouth that pronounces the words of the law” (Spirit of Laws, ed. Claridad, 1922, page 124). On the contrary, far from being merely reproductive, its function should be oriented to make a creative legal interpretation aimed at ensuring justice as a value.

13) In what the aforementioned question is concerned, the judgment subject to appeal evidences a patent lack of legal foundation because the a quo, without giving any reason, disregarded the consideration of the psychological expert report notwithstanding its indisputable decisive value to give an adequate solution to this problem. This fact allows the Court to make in this case exception of the rule under which matters related to evidence cannot be the subject of an extraordinary appeal and consequently proceed to evaluate the mentioned expert report (pages 194/197). According to this expert opinion, the girl knows that it is impossible to rejoin her parents and therefore considers other alternatives to solve the problem such as spending periods of time with each one of them. It likewise notes that she is under a specific syndrome resulting from the familiar crisis and is elaborating the anguish that this process generates to her grasping to the maternal bond where she finds shelter and contention. It concludes that in this way a situation for the resolution of which it is practically impossible not to beget some symptomatic effect on the minor is configured, and reiterates that a new affective separation could overburden her already affected psychological organization.

14) In giving the required clarifications (pages 343/345), the forensic psychologist underlined that “breaking the dyad mother/daughter and the normal identification process characteristic of the first stage of infancy could harmfully affect the personality of the minor. This prejudicial effect is a product of the “emotional confusion that the minor is subject due to her feeling of being tugged at by her parents, problem which entails a very difficult psychiatric process, especially for a girl of such short age”.

As the mentioned expert report and the rest of the evidence in the case likewise inform, in order to integrally evaluate the minor’s present situation which the decision of this Court cannot disregard it should be taken into account that the minor has stayed in Argentina, where she has direct family members, for more than one and a half years and that during that time she has joined a kindergarten without any inconveniences including language, since she has a clear uttering of Spanish (pages 194/197).

15) On the factual background described above, it is not useless to underline that the international restitution, subject matter of the applicable Convention, pursues the immediately return of the minor to the State from which she was irregularly removed in order to prevent the deepness or worsening of the harms that she suffered due to the sudden fracture of the environment where she was living. Thus, the rule that determines that the request must be filed within a year from the date in which the removal or retention occurred (art. 12 of the Convention) acquires a particular significance. But, even in cases as the instant one where the petition was timely filed, the consideration of the relation that the time element has with the psychic and emotive stability of the minor, specially when there is evidence of her subsequent settlement into a new environment resulting from her permanence for a longer period than the one established in the rule due to the course of the administrative or judicial proceedings should not be disregarded.

16) The gravest foundation weakness of the contested judgment is its appraisal of the above mentioned issue since although the court of appeals admitted the importance that the time element had in relation with the justified of the proceeding, it only ordered that the fact should be communicated to the Canadian authorities together with the restitution, without prudentially evaluating the harmful effects that the enforcement of that order could entail to the girl. 17) Finally, this Court considers that the expert's conclusions, appraised together with the already described present situation of the minor, clearly reveal that a new uprooting would necessarily result in a certain harm to her psychic health. Consequently, given this Court's duty under applicable international rules to safeguard the best interest of the girl, the judgment subject to appeal should be reversed and the required restitution denied under the terms of art 13 of the Hague Convention.

The decision here adopted turns the consideration of the appellant's remaining claims unnecessary.

Therefore, the "Queja" and the extraordinary appeal are allowed, the judgment subject to appeal is reversed and denied the restitution requested in the exhort with which this proceeding was commenced. Without costs due to the nature of the matter of controversy. Be the "Queja" incorporated to the principal record, communicated, made known to the Ministry of Foreign Relations, International Trade and Cult, and duly remanded.

GUILLERMO A. F. LOPEZ

W. 12. XXXI.

RECURSO DE HECHO

W., E. M. c/ O., M. G.

Buenos Aires, 14 de junio de 1995

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa W., E. M. c/ O., M. G.", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1) Que la Sala G de la Camara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmo lo resuelto en la instancia anterior e hizo lugar al pedido de restitution de la nina D. W. instado por su padre, el senor E. W., mediante el procedimiento establecido en la Convencion de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de ninos. Contra dicha decision, la madre de la menor interpuso el recurso extraordinario, cuya denegacion dio origen a la presente queja.

2) Que la apelacion, no obstante las serias deficiencias de fundamentacion que presenta -que no pueden subsanarse en la queja (Fallos: 296:291; 307:1035)-, resulta admisible por cuanto, minimamente, presenta dos agravios federa-les que abren la competencia del Tribunal. En efecto, por una parte, la recurrente invoca hallarse en estado de indefension frente a una sentencia extranjera violatoria de su derecho de defensa, y la decision ha sido adversa a los argumentos que sustento directamente en el art. 18 de la Constitucion Nacional. Ademas, tambien suscita cuestion federal el agravio relativo a la aplicacion que los jueces de la causa han hecho de la Convencion de La Haya, reglamentaria del principio del interes superior del nino contenido en un tratado internacional de jerarquia constitucional, como es la Convencion sobre los Derechos del Nino (art. 11 de esta Convencion), en el cual fundo su pretension la apelante, lo que entrana 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 decision 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 nina se casaron en Buenos Aires el 3 de diciembre de 1985 y llegaron al Canada en marzo de 1986. La menor, de 4 años de edad al tiempo del acto que dio origen al litigio, nacio en Guelph, Provincia de Ontario, Canada, el 6 de febrero de 1990 (fs. 16). La nina vivia con sus padres en una residencia universitaria para estudiantes casados y asistia al jardin de infantes. Este ultimo dato es corroborado en la entrevista de fs. 194/ 197, que da cuenta de que la menor tenia recuerdos positivos de ese período de su vida, "lazos afectivos con personas, objetos y ambitos a los que permanece ligada" (fs. 196). En la presentacion de fs. 117/120, la senora O. cuestiono el encuadramiento juridico de la estadia de ella y del señor W. en Canada, pero no el hecho de esa misma estancia. El relato que aquella efectuó ante la asistente social (fs. 350/351) ratifica estos datos. En cuanto al padre, consta que gozaba de la residencia propia de su condicion de estudiante, que le fue renovada periodicamente durante ocho años, y que trabajaba en la universidad, percibiendo una remuneracion que, según la version de la demandada, ascendia 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 nina afirmo que a fines del año 1993 decidio venir a Buenos Aires a pasar las "fiestas" con su familia, informacion coincidente con las manifestaciones de E. W. (fs. 6). El padre sostuvo -sin que se opusiera contradiccion- que tomo conocimiento el 6 de enero de 1994 de la decision de la madre de no regresar al Canada y de permanecer con la nina en la Republica Argentina. En febrero de 1994 el señor W. solicito la asistencia de la autoridad central correspondiente a la Provincia de Ontario, para reclamar la restitucion de la menor en los terminos de la Convencion de La Haya. El 7 de marzo de ese año se dicto una decision judicial en la Corte de Ontario (fs. 9/11), que atribuyo la custodia de la nina a su padre. Finalmente, consta que el 21 de marzo de 1994 la autoridad central de la Republica Argentina presento el pedido de restitucion 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 Constitucion Nacional, relativo a que la negativa de la camara a valorar la sentencia dictada por la Corte de Ontario la ha colocado en estado de indefension con grave lesion a la garantia del debido proceso, puesto que ha soslayado la verificacion de los requisitos necesarios en jurisdiccion argentina para el reconocimiento de una decision extranjera y, en los hechos, esa prescindencia ha implicado dar efecto a un pronunciamiento dictado por un juez incompetente en un tramite 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 Convencion de La Haya sobre aspectos civiles de la sustraccion internacional de menores, adoptada en la Conferencia de La Haya del 25 de octubre de 1980, aprobada por ley 23.857, vigente en la Republica Argentina a partir del 1 de junio de 1991, y que tiene por finalidad "garantizar la restitucion inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilicita en cualquier Estado contratante" (art. 1, a).

No se trata, en el caso, de la ejecucion de una suerte de medida cautelar dictada en un proceso judicial, sino de un procedimiento autonomo respecto del contencioso de fondo, que se instaura a traves de las llamadas "autoridades centrales" de los estados contratantes. Dicho procedimiento se circunscribe al proposito de restablecer la situacion anterior, juridicamente protegida, que le fue turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilicitamente 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 documentacion adjunta a la solicitud de restitucion- es irrelevante a los fines de este litigio (confr. Salzano Alberto, *La sottrazione internazionale di minori*, Milan, Giuffre editore, 1995, pag. 87) y solo demuestra una practica comun de los jueces consistente en otorgar automaticamente la custodia provisoria del menor al progenitor que reclama proteccion 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 retencion ilicita, "preexistia a toda decision judicial y no necesitaba de ninguna manera la intervencion de un magistrado" (conf. Tribunal de grande instance de Toulouse, 2eme. Chamabre civile, 20 de marzo de 1987, "Ministere public c/ C. en presence de Mme. G. epouse C.", *Revue Critique de Droit International Prive*, 1988, pag. 67 y sgtes., esp. pag. 71).

8) Que, y por un analogo orden de ideas, resulta infundado oponer en este litigio el reproche de fraude a la jurisdiccion argentina, pues, como se ha dicho, la iniciacion del procedimiento convencional ante la autoridad central requirente no necesita una accion judicial que la preceda y su admision depende de la configuracion de las circunstancias que permiten el encuadramiento del caso en el ambito de aplicacion material y personal del tratado, cuestión que si debe resolverse con el debido contradictorio ante la autoridad judicial o administrativa requerida (conf. art. 13 de la Convencion de La Haya). Por otra parte, no cabe emitir pronunciamiento sobre la jurisdiccion internacional para discutir la atribucion de la tenencia de la nina, 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 *Codigo Procesal Civil y Comercial de la Nacion*. Nada corresponde juzgar al respecto, incluso a los limitados efectos que contempla el art. 17 de la Convencion.

9) Que el segundo agravio que suscita materia federal es la alegada contradiccion entre el principio consagrado en el art. 3, parrafo 1, de la Convencion sobre los Derechos del Nino -aprobada por ley 23.849, que reviste jerarquia constitucional en las condiciones de su vigencia, segun el art. 75, inciso 22, parrafo segundo, de la *Constitucion Nacional*-, y el modo en que los jueces de la causa han aplicado la Convencion de La Haya, que, a juicio de la recurrente, importo un total desconocimiento de los principios que en materia de menores integran el orden publico internacional argentino.

El precepto que la apelante considera violentado expresa: "En todas las medidas concernientes a los ninos que tomen las instituciones publicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los organismos legislativos, una consideracion primordial a que se atendera sera el interes superior del nino" (art. 3.1. de la *Convencion sobre los Derechos del Nino*).

10) Que el mandato transcripto se dirige a los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento del sub lite, y orienta la interpretacion que deba darse a un convenio internacional que, como la Convencion 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 declaracion, incluida solemnemente en el preambulo de la Convencion de La Haya, inspira el procedimiento instaurado en su texto, destinado a implementar una exigencia que la comunidad internacional formulo en la decada de los años setenta: la proteccion del derecho esencial del nino a no ser desarraigado por una via de hecho de su medio habitual de vida familiar y social. La Convencion parte de la presuncion de que el bienestar del nino se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retencion ilicitos

(conf. Jorg Pirrung en J. von Staudingers, *Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch*, 13y Edicion, 1994. Dieter Henrich, Jan Kropholler y Jorg Pirrung, Berlin, 1994, paragrafo 683, pag. 272).

La jerarquizacion de intereses -con preeminencia del interes superior del nino- que propugna la recurrente, es respetada en la Convencion de La Haya. A su vez, la Republica Argentina, al obligarse internacionalmente con otros paises por este convenio, acoge la directiva del articulo 11 de la Convencion sobre los Derechos del Nino: "1. Los Estados Partes adoptaran medidas para luchar contra los traslados ilicitos de ninos al extranjero y la retencion ilicita de ninos en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoveran la concertacion de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesion a acuerdos existentes". Advertase que esta Convencion tambien dirige a los padres la exhortacion de tener como preocupacion fundamental el interes superior del nino (art. 18, parrafo 1). En tales condiciones, es evidente que en el derecho internacional la Convencion de La Haya armoniza y complementa la Convencion sobre los Derechos del Nino.

11) Que, precisamente, la Convencion de La Haya preserva el interes superior del nino mediante el cese de la via de hecho. La victima de un fraude o de una violencia debe ser, ante todo, restablecida en su situacion de origen. La regla cede cuando la persona, institucion u organismo que se opone a la restitution demuestre que, ante una situacion extrema, se impone, en aras del interes superior del nino, el sacrificio del interes personal del guardador desasido. Por ello, corresponde pronunciarse sobre las condiciones que sustentan la regla general y que son la definicion convencional de la residencia habitual de la menor y del acto de turbacion, en su aplicacion a las circunstancias particulares del caso.

12) Que la expresion "residencia habitual" que utiliza la Convencion, se refiere a una situacion de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusion de toda referencia al domicilio dependiente de los menores (conf. Von Oberbeck Alfred, *La Contribution de la Conference de La Haye au developpement du Droit International Prive*, Recueil des Cours de l'Academie de Droit International 1992-II- pags. 9/ 98, esp. pag. 55; conf. art. 3y del Convenio sobre proteccion internacional de menores suscripto con la Republica Oriental del Uruguay el 31 de julio de 1981, aprobado por ley 22.546). Es, pues, erronea la interpretacion de la apelante que hace depender la residencia de la nina a los fines del articulo 3, parrafo primero, "a", de la Convencion de La Haya, del domicilio real de sus padres. Desde su nacimiento, cabe reiterarlo, la menor desarrollo su vida en Guelph, Provincia de Ontario, donde estaba su ambito familiar y social, lo cual basta para tener por configurado el presupuesto del art. 4y.

13) Que consta en autos que el traslado de la menor con su madre a la Republica 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 Convencion toda vez que fue la negativa de la madre a restituir la nina al lugar de su centro de vida habitual lo que configuro tipicamente el acto de retencion ilicito 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'Academie de Droit International, t.168, 1980-III- pags. 231/268, esp. pag. 248). Los padres estan contestes en que, con anterioridad al acto de retencion, no se habia dictado ninguna decision relativa a la tenencia o guarda provisoria o definitiva de la nina. Tampoco se han desconocido reciprocamente la cotitularidad de la custodia -sea cual fuere su especifico contenido- a la luz del derecho candiense, lo cual configura precisamente la hipotesis prevista en el art. 3y, "a", de la Convencion. Por lo demas, la residencia habitual de un nino, en el sentido de dicho precepto, no puede ser establecida por uno de los padres,

asi sea el unico titular del derecho de tenencia, que no es el caso de autos, en fraude de los derechos del otro padre o por vias de hecho.

14) Que la tutela del interes superior de la nina en el desarrollo de un procedimiento que, si bien ha sido integramente concebido para tutelar sus derechos, concluye normalmente con un nuevo desprendimiento, fruto de la sustraccion, de los lazos que hubiese tendido en el pais requerido, entrana asimismo la necesidad de interpretar las causales que las autoridades judiciales o administrativas de dicho pais pueden invocar para negar la restitucion.

15) Que la tension entre los principios del orden publico interno de un Estado contratante y el sacrificio que es licito exigir al padre desposeido por las vias de hecho, en aras del interes del nino, se resuelve en el precepto contenido en el art. 20 de la Convencion de La Haya, que dice: "La restitucion del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podra denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de proteccion de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". El texto esta inspirado en el Convenio Europeo para la proteccion de los derechos humanos y de las libertades fundamentales -que se hallaba en vigor en un numero considerable de estados miembros de la Conferencia de La Haya al tiempo de la discusion de la Convencion en examen- y fue incorporado en la reunion final de octubre de 1980, como solucion de compromiso para evitar que la introduccion de una clausula -o de una reserva- por la que el Estado requerido pudiese invocar los principios de su legislacion en materia de derecho de familia para oponerse a la restitucion, frustrara o vaciara de contenido el sistema instaurado (Actes et Documents de la Quatorzieme Session, t.III, pags. 306/307; rapport E. Perez Vera, pag. 434; Adair Dyer, International Child Abduction by parents, Recueil des Cours de l'Academie de Droit International, t. 1980-III- esp. pag. 262).

16) Que, precisamente, esta resignacion a la invocacion del orden publico interno, que la Republica acepta al comprometerse internacionalmente, es la medida del sacrificio que el Estado debe hacer para satisfacer la recordada directiva del art. 11 de la Convencion sobre los Derechos del Nino y procurar que la vigencia de un tratado de aplicacion rapida y eficaz tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones ilicitas en atropello de los derechos del nino y, a la vez, que se convierta en un instrumento idoneo para restablecer en forma inmediata los lazos perturbados por el desplazamiento o la retencion ilicitos.

En el sub lite cabe excluir que el regreso de la menor al Canada con su padre importe la violacion o el peligro de violacion de un derecho humano fundamental de la nina, habida cuenta de los informes sociologicos y psicologicos reunidos en la causa, que dan cuenta de la regularidad de los factores externos y de la calificacion de ambos progenitores para garantizar la proteccion fisica y el respeto de los derechos de la nina, incluido el derecho de visita del progenitor que, en ocasion de tomarse la decision sobre el fondo, no reciba la tenencia.

17) Que en atencion a que el procedimiento se puso en marcha frente a un acto que la Convencion de La Haya califica de ilicito, es fundamental la rapidez que se imprima al tramite, a fin de evitar que el transcurso del tiempo premie al autor de una conducta indebida, consolidando la integracion del menor a un nuevo medio. En este sentido, el pedido que la autoridad central argentina formulo 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 Convencion: "Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuaran con urgencia en los procedimientos para la restitucion de menores". Especial atencion ha de ponerse a esta directiva -maxime dado las características del sistema judicial argentino-, a

fin de que el paso del tiempo no desvirtue 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 iudice, 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. Esta 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; Jong Pirrung en J. von Staudingers, obra citada en considerando 10, párrafo 683, pag. 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 ny 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 labil 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 reflexion tardia. Asimismo, en lo que interesa, la posibilidad del segundo parrafo del art. 13 de la Convencion de La Haya se abre ante la oposicion del nino 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), determinacion que no ha sido de ningun modo detectada en los estudios psicologicos efectuados en esta causa.

21) Que, una vez armonizada la interpretacion de la Convencion de La Haya sobre aspectos civiles de la sustraccion internacional de ninos con los principios contenidos en la Convencion sobre los Derechos del Nino, y despejada toda colision, le corresponde a esta Corte, como organo supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, aplicar -en la medida de su jurisdiccion- los tratados internacionales a que el pais esta vinculado (confr. causa G.342 XXVI "Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casacion - causa ny 32/93", fallada el 7 de abril de 1995) a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la Republica quede comprometida por su incumplimiento, y en la conviccion de que el ejercicio de la mision de los magistrados de decir el derecho vigente aplicable a los supuestos facticos alegados, es la contribucion propia del Poder Judicial a la realizacion del interes 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 ejecucion de sentencia a efectos de evitar a la menor una experiencia aun mas conflictiva. Notifiquese, agreguese 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

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

Considerando:

1) Que contra la sentencia de la Sala G de la Camara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al confirmar la de primera instancia, accedio el pedido de restitution de la menor D. W., formulado por su padre mediante el procedimiento establecido en el "Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustraccion Internacional de Menores" (ley 23.857), interpuso recurso extraordinario la madre de la nina, cuya denegacion dio lugar a la presente queja.

2) Que suscita cuestion federal el agravio relativo a la aplicacion 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 decision 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 termino, que en autos no obra un requerimiento de restitution de la menor emanado de un tribunal canadiense, y tampoco se pretende la ejecucion de una sentencia extranjera. Tratase de una presentacion de caracter administrativo, formulada por el padre de la menor ante la Autoridad Central canadiense para la aplicacion de la Convencion de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la

sustraccion internacional de menores, y transmitido a la Autoridad Central de la Republica Argentina, sin que ninguna autoridad canadiense, judicial o administrativa, se haya pronunciado acerca de su procedencia, ni menos aun requerido el envio de la nina. La peticion fue acompanada 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 nina.

4) Que la menor, nacida en Canada el 6 de febrero de 1990 y cuyos progenitores son argentinos, viajo con su madre a la Republica Argentina en el mes de diciembre de 1993 con el proposito de pasar las fiestas de fin de ano con su familia. En el transcurso del mismo mes lo habia hecho su padre, quien se hallaba de acuerdo con tal viaje. Las desavenencias se produjeron cuando -en el marco de una separacion matrimonial- la madre de la nina resolvió no retornar a Canada y mantener a su hija con ella. En el mes de febrero de 1994 el Sr. W. solicito la asistencia de la Autoridad Central de la Provincia de Ontario para lograr la restitucion de su hija en los terminos de la Convencion de La Haya antes citada, pedido que fue presentado por la Autoridad Central de la Republica Argentina ante el juez local.

5) Que la Convencion de La Haya de 1980 (ley 23.857) preve un rapido procedimiento para obtener la restitucion de menores al lugar de su residencia habitual, cuando hubiesen sido ilicitamente retenidos fuera de ella.

Su objetivo primordial ha sido la proteccion del menor y en especial evitar los efectos perjudiciales que podria ocasionar un traslado o una retencion ilicita. Para el logro de ese objetivo, sus disposiciones articulan un procedimiento tendiente a garantizar la restitucion del menor (conf. Preambulo, arts. 1 y 2), a cuyo efecto los Estados contratantes estan 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 tramite de restitucion se encuentra supeditada a que se haya producido un traslado o retencion ilicita de un menor segun los terminos del art. 3. Tambien es requisito para su aplicacion que el menor haya tenido su residencia habitual en un Estado parte, inmediatamente antes de la infraccion de los derechos de custodia o de visita y que no se haya alcanzado la edad de 16 anos (art. 4). El cumplimiento de las obligaciones que se imponen esta a cargo de las autoridades centrales que se constituyan en cada uno de aquellos.

7) Que el procedimiento tiene por finalidad garantizar la inmediata restitucion del menor a su residencia habitual con el proposito de restablecer la situacion anterior que fue turbada. Sobre la persistencia de estos tres elementos se sustenta el tramite autnomo previsto por la Convencion 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 Canada (fs. 19/20 del expediente principal) no consta en la causa debidamente traducida. No obstante tal defecto -que, en el caso, afectaria la regularidad de la pretension incoada por el denunciante, conforme a lo dispuesto en el art. 123 delCodigo Procesal Civil y Comercial de la Nacion- cabe puntualizar que solo comunica a la Autoridad Central de la Republica Argentina la existencia del pedido formulado por el padre de la menor, para su consideracion 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 deberan abstenerse de decidir acerca de la procedencia de los derechos de custodia de la menor, hasta tanto no sea resuelto que esta no deba ser restituida segun las normas de la Convencion, o hasta que haya transcurrido un periodo razonable sin que se haya radicado una solicitud (art. 16 de la Convencion de La Haya).

9) Que lo expuesto resulta relevante en orden al tratamiento de la cuestion que han efectuado los tribunales de la causa, que se asemejo al de una rogatoria que debe ser cumplida. En realidad, el requerimiento debio haber sido examinado como una solicitud de un ciudadano argentino transitoriamente establecido en Canada, que pretende que su hija continúe viviendo en ese pais a pesar de que la madre de la nina resolvió poner fin a su estadia en el extranjero. Esa peticion se encuentra sometida a consideracion de las autoridades argentinas, que son las unicas que deben expedirse acerca de las cuestiones propuestas, conclusion estrictamente acorde con lo dispuesto por la Convencion de La Haya (arts. 13, 15, 16 y concs.) y con lo peticionado por la Autoridad Central de Canada (fs. 19/20 cit. supra), que reconoce la competencia de las autoridades argentinas para resolver al respecto.

10) Que cabe senalar que existe discordancia entre el texto de la requisitoria formal de la Autoridad Central de Canada (fs. 19/20) y el contenido de los formularios completados por el Sr. W. para obtener la restitucion de la menor (fs. 4 a 6), lo que no aparece salvado ni aclarado en los documentos anexos a la peticion. En efecto, en el pedido transmitido a la Autoridad Central de la Republica Argentina se solicita la restitucion de D. W. en virtud de un supuesto traslado ilegítimo que habria sido realizado por su madre, sin consentimiento ni conformidad del denunciante. Esa hipotesis no fue alegada por el padre de la menor, quien solo sostuvo que la nina habia sido ilícitamente retenida en este pais.

11) Que ese defecto que presenta el pedido transmitido a las autoridades argentinas, bastaria para desestimarlo, en razon 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 terminos de los arts. 3 y concs. y 13 y concs. de la Convencion de La Haya.

Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta el procedimiento judicial seguido, el tiempo transcurrido desde que fue presentado el pedido de restitucion y, fundamentalmente, la proteccion del interes de la menor, se examinara la procedencia sustancial de la solicitud.

12) Que la Convencion de La Haya define en el art. 3y inc. "a" el concepto de traslado o retencion ilicitos, y declara que se consideraran tales: "Cuando se hayan producido con infraccion de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institucion, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenia su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retencion."

13) Que la citada Convencion contiene diversas normas que complementan ese concepto. Asi, en el art. 8, inc. "f", establece que la solicitud del peticionante de la restitucion podra incluir "una certificacion o declaracion 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 retencion ilicitos en el sentido del art. 3, las autoridades del pais requerido podran tener en cuenta directamente la legislacion 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 emitir una orden de restitucion, el Estado requerido podra pedir que el demandante obtenga del Estado de la residencia del menor, una certificacion que acredite que el traslado o retencion del menor era ilicito.

14) Que, segun surge de las normas mencionadas, el procedimiento reglado por la Convencion solo resulta aplicable cuando el menor haya sido retenido en infraccion a la legislacion vigente en el lugar en que residia antes del hecho investigado. En el caso, no resulta controvertido que el lugar de residencia habitual de la nina era Canada, por lo que las autoridades del Estado requerido -la Republica Argentina- deben determinar si la retencion de la nina se ejerci en transgresion de las normas que sobre el punto rigen en el pais mencionado en primer termino.

15) Que resulta evidente de lo expuesto que, en casos como el presente y dentro del marco de la Convencion de La Haya, constituye un requisito previo a dar curso a un pedido de restitucion de menor, la comprobacion de que su retencion es ilicita segun las normas del Estado de la ultima residencia del nino. 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 Convencion establece con flexibilidad los procedimientos que posibilitan conocer el derecho aplicable.

16) Que, desde esa perspectiva, el pedido de restitucion formulado por el Sr. W. 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, invoco probo, en modo alguno, la existencia de legislacion vigente en Canada que diera razon a su afirmacion de que la madre de la nina la habia retenido en forma ilicita.

17) Que no se encuentra controvertido que, en el momento en que se produjo la desavenencia entre los padres de la menor, ambos compartian su custodia y ejercian conjuntamente la patria potestad. En esas condiciones, y dado que no existio traslado ilicito de la nina unico supuesto recogido por la autoridad canadiense como agravio del padre, sin hacerlo propio en el documento que emite-, ya que su viaje a la Republica Argentina fue consentido por el padre, deben solo juzgar las autoridades argentinas si la madre obro en infraccion a la legislacion canadiense al disponer que su hija permaneciera con ella, sin retornar al Canada.

18) Que, en tal sentido, se observa una clara falencia en el razonamiento seguido por los tribunales de la causa que, al omitir toda consideracion del aspecto que constituye el eje para la aplicacion de la Convencion de La Haya, emitieron una decision carente de apoyo juridico.

19) Que el fiel cumplimiento de los tratados internacionales conforme al principio de la buena fe (art. 26 de la Convencion de Viena sobre Derecho de los Tratados), impone a las autoridades encargadas de su aplicacion la cuidadosa revision de los requisitos previstos en sus disposiciones. En el sub lite, los recaudos exigidos -incumplidos por el peticionante- preservan la armonia del orden juridico internacional, en cuanto constrinen al Estado requerido a considerar la legislacion de otro Estado para sustentar la decision que deben adoptar. Si las autoridades argentinas admitieran una peticion infundada, por la mera circunstancia de haberse invocado en ella un tratado internacional -cuyas disposiciones el solicitante no acató-, estarian en realiad, 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 descriptas, el pedido de restitucion sub examine solo traduce un conflicto entre la voluntad del padre de la menor, que pretende reunirse con su hija, y la de su madre, quien sostiene identica pretension en su favor. Ausente todo elemento que permita juzgar como ilicito el comportamiento de la madre a la luz de la legislacion canadiense -condicion sine qua non ,segun el art. 3 inc. a, de la aplicacion del tratado- , y sin haberse accedido a los medios que preve la Convencion para justificar la procedencia del pedido, no cabe sino concluir que este no puede ser admitido.

21) Que cabe agregar que la accion promovida ante el tribunal de Ontario para obtener la custodia de la nina, fue iniciada con posterioridad a los hechos que fundan el pedido de restitucion, por lo que la decision dictada por el juez interviniente carece de relevancia a los efectos del pronunciamiento que aqui se persigue. Es del caso anadir que el art. 17 de la Convencion establece que una sentencia con ese alcance no podria ser invocada para denegar la restitucion del menor y la posibilidad que admite de que sea evaluada su motivacion no puede concretarse en el sub lite, dado que esta no ha sido expresada en el fallo canadiense (ver fs. 2 y 10/11).

22) Que no puede dejar de senalarse que la Convencion no se limita a establecer parametros 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, evalua y pondera los efectos que las medidas provisorias puedan arrojar sobre el menor, sometido a tan durisimas experiencias. En efecto, la admision de un pedido de restitucion reconoce excepcion para el Estado requerido cuando se demuestre por una de las partes que "existe un grave riesgo de que la restitucion del menor lo exponga a un peligro fisico o psiquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situacion intolerable" (art. 13 inc. b). Asimismo debe considerarse que el art. 12 preve que superado el plazo de un ano entre el momento en que se produjo el traslado o retencion ilicitos y la demanda, la autoridad ordenara la restitucion "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 M.E.C., obrante a fs. 194/197, advierte que: "la eventual separacion y distanciamiento entre la menor y su madre generaria un nuevo impacto psiquico de posibles consecuencias danosas en el marco de un estado basico de vulnerabilidad emocional y de un proceso de elaboracion de la crisis familiar y del desarraigo afectivo acontecido". Esto le generaria un nuevo proceso de duelo por la figura materna, fracturando la diada basica y el proceso identificador normal propio de la etapa de la primera infancia." Senala que: "Se trata de una menor lucida e inteligente, psiquicamente vulnerable y labil debido a la edad que detenta"; que en la actualidad "no se detectan alteraciones en el vinculo materno-filial, el cual es de caracteristicas 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 psiquico. Se encuentra en estado de elaboracion de la crisis familiar y ambiental que afronta". "Una nueva separacion, con posible fractura de la diada madre-hija se insertaria en un momento de plena elaboracion del duelo sufrido, sobrecargando una labil y vulnerable organizacion psiquica, generando asi un nuevo impacto emocional en la menor". "Se recomienda apoyo terapeutico inmediato". Se anade que "debido a su corta edad, el estado de vulnerabilidad psiquica de la menor es considerable, debiendo afrontar en este marco de situacion las perdidas afectivas y los cambios ambientales", "en este proceso se aferra al vinculo maternal encontrando alia un refugio y contencion" (dictámenes de fs. 194/197 y 313).

24) Que esos exámenes psicologicos de naturaleza pericial, efectuados por profesionales altamente calificados, cuya objetividad no ha sido cuestionada, son el resultado de la exploracion de la personalidad de D., mediante un conjunto de datos que surgen de su

evolucion psiquica conforme a su edad, historia personal y ambiental y constelacion parental. Tomando como base sus cinco anos de edad, han establecido la dinamica de los factores de riesgo que ofrece el colapso de la etapa yoica -de formacion del yo- en que la menor se encuentra y la prognosis de las consecuencias danosas que desencadenaria la destruccion de la diada materno-filial por causa de su separacion de la madre. La privacion del afecto materno en este momento de su evolucion y desarrollo, tendria consecuencias de tal gravedad que no solo perturbarian su conducta y personalidad en esta etapa de su vida, sino que desorganizaria su evolucion afectiva y mental posterior. Los avances de la psicologia en el conocimiento de la influencia de los factores psicogenos en la conducta infantil, asi como su proceso de maduracion, -en terminos del profesor Nicolas Tavella- "contribuyen a la diagnosis y enfoque terapeutico" y permiten elaborar una prognosis sobre la base de elementos proporcionados por la psicologia clinica y la psicopatologia (confr. Tavella, Nicolas M., "Aplicacion de los test al estudio de los problemas psicologicos", en Telma Reza y otros, "Problemas Psicologicos en Pediatria", Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1977, pag. 85)

25) Que esa prognosis asume grados de certidumbre apenas se advierte que el eventual regreso de la menor tendria por escenario una situacion muy diferente de la anterior, no solo por la ausencia de la madre, sino por la presencia de una mujer extrana en el que fue su hogar, incorporada por el padre. Esta situacion de absoluto desamparo en que quedaria la menor pone de relieve la arbitrariedad de las decisiones de primera y segunda instancia y de qui modo mal interpretaron la letra y el espiritu que anima a la Convencion de La Haya, que ha consagrado, como valor talismatico, el principio segun el cual el nino 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 nino, es solo un medio instrumental que debe ceder ante cualquier duda razonable de danar la formacion de su yo, perjudicar su evolucion y desarrollo, sin advertir que su medio habitual de vida se ha modificado, con la formacion de una nueva y autentica constelacion parental, todo lo cual destruye y hace anicos la presuncion de que "el bienestar del nino se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retencion ilicitos", sin el examen y valoracion de sus efectos de acuerdo con su edad, evolucion, desarrollo e integracion a sus nuevos ambitos de vida.

26) Que, en relacion de correspondencia con lo expuesto, se desprende del informe ambiental (fs. 350/351) que "toda la familia de D., salvo su padre, esta en Argentina y la menor esta en contacto permanente con todos", que concurre a un jardin de infantes sin que "presente ningun tipo de problemas" y que "esta muy bien adaptada e integrada con sus companeros". En sentido concordante senal que "existe un vinculo afectivo muy fuerte entre D. y su madre" y que "la menor sufriria mucho una separacion". Este cumulo de circunstancias debe privilegiarse en interes del menor, tal como lo consagra el art. 3 de la "Convencion sobre los Derechos del Nino", al disponer que en todas las medidas que tomen los tribunales y que conciernan a estos se atendera al "interes superior del nino". Tal mandato ha sido firmemente asumido por esta Corte al establecer que los menores -a mas de la especial atencion que requieren de quienes estan obligados a su cuidado, de los jueces y de la sociedad toda- solo pueden ser sujetos y nunca objetos de derechos de terceros (Fallos: 310:2214).

27) Que, en lo que atane a la cuestion precedentemente expuesta, la sentencia recurrida exhibe una ostensible carencia de fundamentacion. Ello es asi porque el a quo, no solo no se hizo cargo de la falta de sustento juridico del pedido de restitution, sino que prescindio de toda consideracion seria del informe pericial psicologico, pese a su incuestionable valor decisivo para dar una respuesta adecuada al problema suscitado, dentro de las pautas inequivocamente establecidas por la Convencion de La Haya. Del mismo modo, el

pronunciamento 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, solo 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 *statu quo*. 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 persiguen 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 solo 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 sí 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. 4y del Código Civil), y si uno de los padres no diera su consentimiento, resolvería 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 ajena -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 llevo al matrimonio a una separacion de hecho, y que el desacuerdo que motiva el pedido de restitucion constituye un hecho enmarcado en ese contexto, pero anterior en el tiempo y susceptible del tratamiento previsto en el citado art. 264 quater delCodigo Civil para la legislacion argentina.

31) Que, en conclusion, no hay requerimiento de entrega de la menor por parte de autoridad extranjera, que la actuacion de esta se limita a poner en conocimiento del gobierno argentino la denuncia del padre de la nina, para que en esta sede se resuelva la procedencia de la restitucion al lugar de residencia habitual; que la condicion exigida por la Convencion para su aplicacion requiere determinar la ilicitud del acto conforme la legislacion canadiense, recaudo que no se ha cumplido en la especie; que aunque esa omision bastaria para excluir la entrega exigida, tambien se ha acreditado el grave riesgo que ello implicaria para la menor comprometida, todo lo cual excluye la procedencia de la peticion intentada

32) Que es por ello que la claridad de las normas de derecho internacional en que se encuadra el pedido de restitucion sub examine determina que caiga, sin remedio, la pretension unilateral del padre de la menor, por carecer de los recaudos minimos que permitan calificar como ilicita la pretension de la madre de continuar viviendo junto a su hija en la Republica Argentina, elemento cuya concurrencia exige sine qua non la Convencion de La Haya para la admisibilidad del pedido de restitucion. La decision consulta, asimismo, el interes de la menor en orden a la preservacion de su equilibrio psiquico en las actuales circunstancias y la normalidad de su evolucion futura, asi como el proceso de integracion a un nuevo ambiente y universo parental, a la vez que la modificacion de su situacion anterior -a la que ya no podria 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 Convencion, a la vez que asegurar el cumplimiento de los tratados que, como la Convencion de los Derechos del Nino, tienen jerarquia 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 el, ni tolerarse la indiferencia de los jueces frente a tal comprobacion. Sus decisiones no afectan tanto a estos como a las partes mismas, particularmente en el sub lite, en que el destino de una nina 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 restitucion de D. W..

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 restitucion de D. W. Agreguese la queja al principal, notifiquese y remitase. EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT.

ES COPIA

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

Considerando:

1) Que contra la sentencia de la Sala G de la Camara Nacional de Apelaciones en lo Civil que confirmo la dictada en primera instancia en cuanto habia ordenado la restitucion a Canada de la menor D. W., en los terminos de la Convencion sobre Aspectos Civiles de la

Sustraccion Internacional de Menores, la madre de la nina, M. G. O., dedujo el recurso extraordinario cuya denegacion dio origen a esta queja.

2) Que, segun constancias del expediente principal (cuya foliatura se citara en lo sucesivo), las actuaciones se iniciaron con una presentacion de la Direccion de Asuntos Juridicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (fs. 30/31). Dicho organismo actuó en su caracter de Autoridad Central de la Convencion mencionada. La finalidad de la presentacion fue poner en conocimiento del juzgado interviniente el pedido de restitucion de la menor D. W., formulada por la Autoridad Central de Canada. Se adjunto, en esa oportunidad, copia de una sentencia de la Corte de Ontario, del 7 de marzo de 1994, que otorgo la custodia de la menor a su padre, E. M. W..

3) Que, despues de celebrada la audiencia senalada a los fines del art. 36, inc. 2y, delCodigo Procesal Civil y Comercial de la Nacion, de practicado el peritaje psicologico a la menor y de requerida la opinion de los funcionarios del Ministerio Publico correspondientes, la juez de primera instancia dicto sentencia disponiendo el cumplimiento de la rogatoria diplomatica, decision que fue apelada por la demandada.

4) Que, sustanciado el recurso y evacuadas las vistas conferidas al Asesor de Menores y al Fiscal de Camara, el a quo emitio su pronunciamiento (fs. 430/433). Su linea argumental partio de la base de que no correspondia evaluar el instrumento de auxilio judicial internacional con las previsiones del exequatur pues debia atenderse prioritariamente a la via administrativa autorizada por la Convencion de La Haya, aplicable en funcion de la residencia habitual de la menor, extremo este ultimo que, en el caso, no habia sido discutido. Desde esa perspectiva desecho los planteos tendientes a objetar la regularidad de la decision judicial que sustento el pedido de restitucion, fundados, por una parte, en la virtual incompetencia del tribunal canadiense y, por otra, en la presunta vulneracion del derecho de defensa de la demandada. Acerca de este ultimo aspecto enfatizo que la documentacion acompanada con la solicitud inicial permitia afirmar que prima facie la defensa de la madre de la menor le estaba garantizada respecto de una materia que, segun la legislacion argentina, es insusceptible de reunir efectos de cosa juzgada y que resulta modificable segun las exigencias y comprobaciones que, en definitiva, sean mas convenientes para la seguridad y salud fisica o espiritual de los hijos. En otro orden, advirtio que aunque la restitucion fue requerida de inmediato, todo el tiempo que corrio hasta el dictado de la sentencia fue necesario para conocimiento del tribunal de las consecuencias incidentales para la menor. Sin perjuicio de ello, entendio que la demora no configuro excepcion 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 podria hacer valer ante la jurisdiccion de los tribunales requirentes- decidio que debian ser comunicados a la autoridad canadiense juntamente con el cumplimiento de la restitucion solicitada.

5) Que, en su apelacion 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 erronea la consideracion del a quo respecto de que el ultimo domicilio conyugal fue Canada dado que este país habria considerado a los conyuges como "visitantes" con autorizacion de permanencia por tiempo limitado. Destaca, tambien, que la sentencia ha desatendido especificas disposiciones de la Convencion sobre los Derechos del Nino y de la Convencion de La Haya, en especial, con respecto a esta ultima, las que en determinadas circunstancias autorizan la oposicion a la restitucion requerida. Por ultimo, arguye que se ha prescindido de la prueba que acredita que la menor esta actualmente integrada a la comunidad argentina.

6) Que existe cuestion federal bastante para habilitar la competencia de esta Corte en tanto la materia del pronunciamiento apelado se halla vinculada con el alcance de determinadas clausulas contenidas en un tratado internacional (Fallos: 306:1312). Asimismo, como tiene establecido el Tribunal, lo atinente a la interpretacion de los tratados internacionales suscita cuestion federal de trascendencia a los efectos de esta via extraordinaria (confr. art. 280 delCodigo Procesal Civil y Comercial de la Nacion y lo resuelto, entre otras, en la causa registrada en Fallos: 314:1324, considerando 3y) y, en tales condiciones, no se encuentra limitado en su decision 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 Sustraccion Internacional de Menores, ratificado por la Republica Argentina mediante ley 23.857, ha tenido por finalidad la proteccion del menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podria ocasionarle un traslado o una retencion ilicita. Para el logro de dicho objetivo, sus disposiciones preven un agil procedimiento de caracter administrativo tendiente a garantizar la restitucion inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, asi como asegurar la proteccion del derecho de visita (confr. su preambulo y arts. 1 y 2). Al efecto, los Estados contratantes estan 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 tramite de restitucion se encuentra supeditada a que se haya producido un traslado o retencion ilicita de un menor cuyos presupuestos de configuracion se determinan en el art. 3. Tambien es requisito para la aplicabilidad de la Convencion que el menor haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante, inmediatamente antes de la infraccion de los derechos de custodia o de visita y que no haya alcanzado la edad de dieciseis anos (art. 4). El cumplimiento de las obligaciones que se imponen esta a cargo de autoridades centrales de los Estados contratantes (art. 6).

8) Que, la solicitud de restitucion puede ser promovida por toda persona, institucion u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retencion con infraccion 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 restitucion (art. 8). Se preve un plazo de un ano desde producida la sustraccion o retencion para efectuar el requerimiento (art. 12). La tramitacion debera desarrollarse sin demoras (art. 11). Se prohíbe al Estado requerido juzgar sobre la cuestion de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reunen las condiciones del presente Convenio para la restitucion 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 tecnico, permite concluir que, segun los lineamientos de la Convencion, la proteccion perseguida se asimila a una accion de caracter posesorio, cuyo objeto no es reorganizar el ejercicio de la autoridad parental sino encauzar la reaccion ante una via 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, *Conflicts de jurisdictions*, *Revue Critique de Droit International Prive*, 82 [4], oct.-dec. 1993, pag. 658).

9) Que, los presupuestos que autorizaban la iniciacion del tramite de restitucion, 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 senalar, al respecto, que no ha sido materia de debate que, hasta el momento del traslado de la menor D., ambos progenitores ejercian sobre la pequena los derechos inherentes a la patria potestad. Tampoco se controvirtio la configuracion de la retencion de la menor por parte de su madre ni la temporalidad del pedido de restitucion formulado por su padre. Ademas, la formalizacion de la solicitud ante la autoridad Central de Canada aparece justificada por el hecho de haber sido ese pais el lugar de residencia habitual de la nina. Cabe precisar, acerca de este punto que, dentro del diseno del Convenio, lo determinante para viabilizar su aplicacion no es el ultimo 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 la menor vivio en Canada desde su nacimiento hasta el momento del traslado, cuando ya habia alcanzado la edad de cuatro anos, lapso mas 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 estadia del matrimonio en Canada no haya revestido en su inicio caracter definitivo o que las autoridades de ese pais solo hayan autorizado su permanencia por tiempo limitado.

10) Que, por otra parte, cabe reparar en que las unicas causas que autorizan a denegar el pedido de restitucion son las taxativamente determinadas por el art. 13 de la Convencion. En lo que al caso interesa, la cuestion se centra en los alcances que cabe atribuir a la disposicion del inciso b) del mencionado articulo en cuanto establece que la autoridad del Estado requerido podra oponerse a la procedencia del reclamo si "...existe un grave riesgo de que la restitucion del menor lo exponga a un peligro fisico o psiquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situacion intolerable".

11) Que para una correcta inteligencia de la clausula aludida es preciso destacar la preeminencia que corresponde asignar al interes del menor en la toma de decision sobre su restitucion. En tal sentido es incuestionable que la disposicion examinada imparte una directiva precisa: el derecho del nino a no ser desarraigado de su residencia habitual cede ante el interes que posee, como toda persona, a no ser expuesta a un dano fisico o psiquico o ubicada en una situacion intolerable.

Dicho postulado primordial sobre la preeminencia del interes del menor, pese a no figurar explicitamente en el texto del articulado de la Convencion, esta establecido de manera expresa y solemne en el preambulo como pauta orientadora para la interpretacion. Alli se destaca, en lo pertinente, que "...los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia". Tambien el mencionado interes superior ha sido objeto de especial atencion en la Convencion sobre los Derechos del Nino -hoy con jerarquia 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 interes personal del guardador desposedo debe prevalecer sobre el del autor de la via de hecho, se desdibuja y cede ante el interes superior del nino.

12) Que, en resguardo del mencionado interes superior y con el fin de determinar la virtual existencia de causas que justificaran la negativa a la restitucion, se imponia efectuar en el caso un exhaustivo examen de la situacion psicofisica de la menor y discernir cuales serian las consecuencias que derivarian del reclamado retorno a Canada. Acerca de este aspecto cabe destacar que, si bien en la economia de la Convencion aplicable se procura un regreso inmediato del nino y se tiende con ello a dar un cierto caracter 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 decision, no es posible obviar que la naturaleza humana del objeto de la discordia imprime al modelo posesorio de restitucion un cierto numero de alteraciones

significativas que deben ser necesariamente sopesadas. En tal sentido, el organo judicial no puede ser un sujeto inanimado que, al decir de Montesquieu, resulte "ni mas ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley" (Del Espiritu de las Leyes, Ed. Claridad, 1922, pag. 124). Por el contrario, su funcion, lejos de ser meramente reproductiva, debe orientarse a formular una interpretacion creativa de la norma tendiente a asegurar el valor justicia.

13) Que, en lo que concierne a la cuestion precedentemente expuesta, la sentencia recurrida exhibe una ostensible carencia de fundamentacion. Ello es asi pues el a quo, sin expresar razon alguna, prescindió de la consideracion del informe pericial psicologico, pese a su incuestionable valor decisivo para dar una adecuada respuesta al problema suscitado. Esa circunstancia autoriza a que el Tribunal haga excepcion en el caso a la regla segun 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 el se desprende que la nina 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 periodos con cada uno de ellos. Se senala, asimismo, que la nina se encuentra cursando un sindrome especifico a raiz de la crisis familiar y esta elaborando la angustia que este proceso le genera. En todo este devenir -prosigue- se aferra al vinculo maternal encontrando refugio y contencion. Concluye que de esta manera se configura una situacion para cuya resolucion se torna practicamente imposible no engendrar algun efecto sintomatico en la menor, reiterando que una nueva separacion afectiva podria recargar su organizacion psiquica ya afectada.

14) Que, al contestar las aclaraciones requeridas (fs. 343/345), la psicologa forense enfatizo que "la fractura de la diada madre-hija y del proceso identificador normal, propio de la etapa de la primera infancia, podria afectar la personalidad de la menor de manera danosa. Este efecto danoso es producto de la confusion afectiva a la cual la menor esta sometida al sentirse virtualmente tironeada por los reclamos de ambos padres, lo cual es una problematica de muy dificil tramitacion psiquica, especialmente para una nina de tan corta edad".

Para una evaluacion integral de la situacion actual de la menor -que el pronunciamiento del Tribunal no puede desconocer- debe tenerse en cuenta que, como tambien surge del informe examinado y de las demas constancias de la causa, la menor ha permanecido en la Argentina, donde tiene familiares directos, por mas de un ano y medio y que durante ese lapso se integro en un jardin de infantes sin inconvenientes, ni siquiera con el idioma pues posee una diccion clara del castellano (fs. 194/197).

15) Que, frente al cuadro factico descripto, no es ocioso remarcar que la restitucion internacional, materia de la Convencion aplicable, procura devolver inmediatamente al menor al pais 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 significacion la regla que determina que el reclamo debe ser articulado dentro del ano de acaecido el traslado o la retencion (art. 12 de la Convencion). 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 ponderacion del factor tiempo en relacion con la estabilidad psiquica y emotiva del menor, maxime cuando existen evidencias de su ulterior arraigo a un nuevo medio, producto de su permanencia por un periodo mayor al estipulado en la norma, en razon de la tramitacion de los procesos administrativos o judiciales.

16) Que en la valoracion del extremo recientemente mencionado el pronunciamiento resistido muestra su mayor debilidad de sustento pues, pese a que la camara admitio la trascendencia que en el caso revestia el factor tiempo, vinculado con la justificada dilacion

del procedimiento, solo se limito a ordenar que esa circunstancia fuera puesta en conocimiento de las autoridades canadienses simultaneamente con la restitucion, sin medir prudencialmente las consecuencias nocivas que el cumplimiento de ese mandato podia acarrear a la nina.

17) Que, en definitiva, a juicio de esta Corte las conclusiones periciales, evaluadas conjuntamente con la situacion actual de la menor ya descritas, revelan claramente que un nuevo desarraigo se traducira necesariamente en un dano cierto para su salud psiquica. En consecuencia, ante el deber que imponen las disposiciones internacionales aplicables de resguardar el interes superior de la nina, corresponde revocar el pronunciamiento recurrido y denegar la restitucion requerida en los terminos del art. 13 de la Convencion de la Haya.

La decision a que se arriba torna innecesaria la consideracion 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 restitucion solicitada en la rogatoria con que se iniciaron estas actuaciones. Sin costas, en razon de la indole de las cuestiones debatidas. Agreguese la queja al principal, notifiquese, hagase saber al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y, oportunamente, remitase. GUILLERMO A. F. LOPEZ.

ES COPIA

[\[http://www.incadat.com/\]](http://www.incadat.com/)

[\[http://www.hcch.net/\]](http://www.hcch.net/)

[\[top of page\]](#)

All information is provided under the [terms and conditions](#) of use.

For questions about this website please contact : [The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law](#)