

Buenos Aires, 15 de julio de 2015.-

**AUTOS Y VISTOS:**

I.- Contra la resolución de fs. 371/380 sostiene su recurso la madre del menor en el escrito de fs. 386/395; el pertinente traslado fue contestado a fs. 398/402.- La Sra. Defensora de Menores de Cámara dictaminó a fs. 412/414.-

II.- El cumplimiento del “Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores” (ley 23.857) tiene como misión fundamental proteger a los menores en el plano internacional de los efectos perjudiciales que podría ocasionarles un traslado o retención ilícita. Con ese objeto fija los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al estado en el que tenga residencia habitual.

La finalidad del Convenio al que se hiciera referencia precedentemente ( ley 23.857 ) ha sido la de “...proteger al menor en el plano internacional de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o un a retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita.- Concordante con esta finalidad, ya desde el artículo primero, inciso a), se dispone que el Convenio ha de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante; y el artículo tercero aclara que se considerarán ilícitos el traslado o la retención cuando a) se hayan producido con infracción a un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente a una persona, a una institución o cualquier otro organismo con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de sufrir el traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente en el momento del traslado o la retención, o se habría

ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.- Agrega la norma que el derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho estado.-

En forma acertada resuelve el juez “a quo” que, en los términos del Convenio sobre Aspectos Civiles referenciado, ha habido un traslado ilícito y una retención en Argentina, fuera de su residencia habitual, que durante casi dos años fue en Italia.- En efecto, ambas partes han reconocido que M. se trasladó a Italia desde agosto de 2012 a julio de 2013, tiempo en que cursó el primer grado del ciclo lectivo de aquel país. Debe recordarse que el niño nació el 11/11/2006.-

Por entonces tenía pasaje de vuelta a Argentina para el mes de julio de 2013.-Como lo sostiene el juez de grado, dicha circunstancias implicó que, más allá de las circunstancias acontecidas luego en cuanto a la enfermedad del menor, ambos padres habían acordado que viviese un año en Italia con su padre, su esposa y la hermana y realice allí ese ciclo escolar.- Es decir que el centro de vida del niño al momento del traslado a la Argentina en julio de 2014 era en Italia.-

Esta Sala coincide en que el lapso arriba aludido no puede entenderse como una mera visita al progenitor, máxime tomando en cuenta la edad del menor y que estaba a punto de iniciar su ciclo escolar.-

Si bien el instrumento de fs. 109 fue suscripto por la demandada el 21 de febrero de 2013, momento en que se le había detectado a M. síntomas de una enfermedad, lo cierto es que allí la nombrada reconoció en forma expresa que el niño vivía permanentemente junto a su padre en su residencia habitual de Viterbo, Italia.- También en ese documento ambos padres declararon que durante el tiempo que durará el receso vacacional el niño permanecía con la madre, volviendo a tiempo para evitar entorpecer sus actividades escolares.-

Esto último confirma que el centro de vida del menor estaba por entonces ubicado en Italia, donde convivía con su papá y asistía a una escuela.-

Por causa de la grave enfermedad que le diagnosticaron, las internaciones y tratamientos que se implementaron y por recomendación médica, M. debió permanecer en Italia, sin poder viajar a la Argentina en el receso escolar de 2013 (fs. 97/100), pudiéndolo hacer en el receso escolar italiano del año 2014 con su abuela materna.-

De este viaje no regresó a Italia pese a que tenía pasaje de vuelta y estaba inscripto para cursar tercer grado en una escuela de ese país.-

Al respecto se ha dicho que la expresión “residencia habitual“ que utiliza el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores ( ley 23.857 ) se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia ( conf. Fallos 318: 1269).-

Por otro lado el Convenio preserva el interés superior del niño, mediante el cese de la vía de hecho, lo que posibilita que la víctima de un fraude o de una violencia deba ser, ante todo, restablecida en su situación de origen (conf. CSJN autos: W., E. M. c / O., M. G. del 14 / 6 / 1.995 ).-

III.- Debe dejarse en claro que el art. 16 de la ya referida Convención dispone que en el pedido de restitución no se debe analizar la cuestión de fondo, la que resulta ajena e irrelevante a los fines de ese convenio, ya que lo que éste regula es una solución provisoria y de urgencia y no un pronunciamiento de mérito sobre el derecho de las partes.-

IV.- Desde otra perspectiva, en las constancias de la causa no se ha acreditado fehacientemente que el regreso de M. a Italia lo exponga a un peligro o a una situación intolerable. Tampoco que éste se niegue a regresar, tal como emerge de fs. 308 y DVD adjuntado por cuerda, que ilustra sobre la entrevista personal mantenida con el juez de grado y el Defensor de Menores.-

Las palabras escogidas por el art. 13 párrafo primero, inciso b), de la Convención, para describir los supuestos de excepción (grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico, o una 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 (conf.Fallos 318: 1269).-

Todo ello sin perjuicio de remarcar que, como bien se ha puesto de manifiesto tanto por la Sra. Juez “a quo” como por la Sra. Defensora de Menores de Cámara, con este proceso no se decide otorgar la tenencia de M. a su padre, ya que ello habrá de ser debatido ante los Tribunales competentes.-

V.- Por todo lo expuesto y considerado el Tribunal RESUELVE:  
Confirmar la resolución de fs. 371/380.- Con costas de alzada a la vencida.-

Regístrese, notifíquese a la Sra. Defensora de Menores de Cámara mediante vista de las actuaciones y a las partes electrónicamente por Secretaría.-  
Comuníquese al C.I.J. y devuélvase.-

*Firmado por: VICTOR FERNANDO LIBERMAN, MARCELA PEREZ PARDO,  
GABRIELA ALEJANDRA ITURBIDE.*