

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

28 de junio de 2016

***OTRA VEZ UN TIRA Y AFLOJA DE LOS PADRES SOBRE UN HIJO
(Y LA CORTE SUPREMA AL RESCATE)***

La llamada “restitución internacional de menores” no es otra cosa que el intento de los jueces de evitar que los niños sean el botín de guerra de las disputas entre sus padres. A pesar del intento, siempre resultan víctimas inocentes.

En abril pasado, con el título “*Si mi hija no es para mí, será para el Estado*” describimos la ímproba tarea de los jueces por resolver un complejo conflicto internacional cuya víctima principal era la hija de una pareja desavenida.

Esta vez, la Corte Suprema¹ tuvo que “cortar por lo sano” y resolver ella misma no sólo el drama de un niño tironeado por sus padres —uno en España y el otro en la Argentina— sino también poner término a una larga serie de torpezas y errores de los tribunales intervinientes.

Carlos nació en Tarragona, España, en 2010, de padres argentinos. Cuando la relación de estos se convirtió en insostenible (y Carlos contaba apenas con tres meses de edad), su madre huyó con él a la provincia de Santiago del Estero, en la Argentina. El padre, desde España, demandó su restitución.

A partir de allí, el caso se transformó en un caótico infierno procesal, con marchas,

contramarchas, torpezas y errores de los magistrados intervinientes.

Primero se rechazó el pedido del padre, que apeló; ante ello, los jueces del Tribunal Superior de Santiago del Estero descubrieron que la primera sentencia había sido dictada por un juez incompetente, declararon nulo el fallo anterior y remitieron el caso a un tribunal diferente. Esta decisión fue apelada ante la Corte Suprema federal, la que reenvió el caso a la justicia santiagueña para que dictara una nueva sentencia. El defensor de menores sostuvo que el niño no debía ser devuelto, pero el Tribunal Superior de Santiago decidió a favor de su restitución a España. Pero su sentencia olvidó considerar los argumentos que había levantado el padre contra la decisión inicial y oír los argumentos de las partes. La madre volvió a apelar ante la Corte Suprema.

Podría ser una comedia de errores, si no fuera que de por medio estaba la vida y el destino de un menor.

El más alto tribunal argentino entendió que “las irregularidades procesales *lesionan el derecho constitucional al debido proceso* y

¹ In re “E., M.O. c. P., P.F.”, CSJN (2016); LL 21 junio 2016; AR/JUR/22855

conducirían a declarar la nulidad de todo lo actuado”.

Pero si bien existían etapas procesales incompletas, *postergar más la resolución de la causa importaría una concreta vulneración de los derechos del niño*. “No se justifica desandar el camino recorrido, máxime cuando no se deriva de ello un beneficio concreto para los litigantes y menos aún para el niño” dijo el tribunal y reconoció “las notas de celeridad y premura que deben guiar el dictado de las resoluciones pertinentes... demoradas más allá de lo deseable.”

Y decidió concluir el asunto.

Para no afectar el mentado derecho de defensa, la Corte decidió “analizar comprensiva e integralmente las cuestiones propuestas por ambas partes (el padre y la madre de Carlos) a lo largo del trámite y las constancias en las que sustentaron sus pretensiones”.

Antes de que la Corte Suprema se pronunciara, lo hizo el Procurador Fiscal.

Éste tuvo en cuenta que el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores “se halla inspirado en la regla del interés superior del niño establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño”. Y ese interés se tutela cuando se devuelve al niño al *statu quo* anterior al desplazamiento o retención ilícitos que éste ha sufrido. En el caso, ello implicaba devolver a Carlos a España.

Pero esa presunción “está sujeta a la inexistencia de ciertas circunstancias reguladas por la Convención”; en particular, en su artículo 13 (b), que dispone que “el Estado requerido no está obligado a ordenar la restitución del niño si

existe un grave riesgo de que [ella] lo exponga a un peligro físico o síquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una *situación intolerable*”.

Esto ocurre si el traslado causara en el niño “un grado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente deriva de un cambio de lugar de residencia o de la ruptura de la convivencia con uno de los padres”.

El Procurador determinó que según los informes sobre la situación de Carlos “se desaconsejaba su restitución a España”, sobre todo porque “interrumpir el vínculo con la madre constituía una amenaza para la vida física y emocional del niño”. El desprendimiento materno “produciría un impacto psicológico de gran envergadura con consecuencias irreparables”.

Al parecer, Carlos tenía un alto grado de integración al país, se encontraba en óptimas condiciones de salud y vivía con su madre, sus abuelos maternos y un primo en un ambiente de afecto y de cuidado y en una situación habitacional apropiada.

Además, “los ingresos para la satisfacción de sus necesidades, vinculadas con la alimentación, vivienda, abrigo y educación eran cubiertos por su madre que trabaja como empleada administrativa en un hospital, por la pensión y jubilación que reciben los abuelos maternos y por el producto de las actividades agropecuarias que derivan de un campo familiar, *sin que el padre aporte o haya aportado cuota alimentaria alguna*”.

En este sentido, para el Procurador Fiscal la conducta del padre era determinante para la solución propuesta (la no devolución del niño) pues en primer lugar, no impugnó ninguno de los informes mencionados. En segundo término, estuvo en la Argentina

más de veinte días entre noviembre y diciembre de 2012 —precisamente cuando Carlos cumplía dos años de vida— sin haber visitado a su hijo. Además, la representante de la guardería a la que asistía Carlos en España señaló irregularidades en la conducta del padre y su nueva pareja.

Finalmente, el Procurador consideró relevante que la madre careciera de vivienda y trabajo en España, sin certeza de obtenerlos y con los permisos respectivos vencidos. Entonces, el retorno de Carlos a España no podía considerarse como alternativa, pues produciría “un riesgo razonable de traducirse en la violación de los derechos humanos esenciales del niño”.

El Procurador entendió que Carlos debía permanecer en la Argentina según el artículo 13 del Convenio de La Haya, *pero como solución de urgencia y provisoria, sin que lo resuelto impida que los padres discutir luego la tenencia de su hijo*, por lo que propuso revocar la sentencia de Santiago del Estero.

Pero el alto tribunal opinó de otro modo.

La Corte recordó que sólo debía decidir si había ocurrido un traslado o retención ilícitos. Todas las cuestiones atinentes al cumplimiento de los deberes parentales *deberán ser ponderadas al resolver la custodia o la guarda del menor, lo que deberán resolver las autoridades competentes del lugar de residencia habitual del niño*.

Entendió que la sentencia que ordenaba la restitución de Carlos a España se ajustaba a los criterios interpretativos en esa materia aplicados en precedentes anteriores, “sin que se adviertan *circunstancias estrictamente excepcionales* que autoricen a apartarse de ellos”. La Corte dijo que los

argumentos de la madre “sólo dejan traslucir su postura sobre el conflicto”, pero no la convencían acerca de la irrazonabilidad de lo resuelto en Santiago del Estero.

La existencia de un “grave riesgo” *debe ser apreciada con rigor y prudencia*. La “adecuada integración” del niño al nuevo medio “no es un motivo autónomo de oposición” a la restitución.

La Corte entendió que la restitución al lugar de residencia anterior *ponía fin a una situación irregular*, “pero no implicaba resolver que el infante deberá retornar para convivir con su progenitor ni quitarle la guarda a la madre”. Para el tribunal, el juez que ejecutará la sentencia deberá valorar las circunstancias particulares y determinar la forma, el modo y las condiciones menos lesivas para el niño en que se deberá llevar a cabo el retorno. También deberá adoptar medidas preventivas y protectorias con relación a la madre que acompañará al hijo de regreso, de resultar necesario.

Dejó de lado el argumento de que el padre pudiera tener problemas económicos, porque ello llevaría a concluir que el Convenio protege con exclusividad a los menores de progenitores adinerados, dejando expuesto y sin posibilidad de solicitar la restitución de un niño a un padre sin recursos. También descartó que se hubiera probado “un nítido desinterés del padre en mantener un vínculo con su hijo que permitiera negar su retorno”.

La Corte instruyó al juez de la causa a ser respetuoso del procedimiento, para evitar afectar derechos constitucionales y dilatar el trámite del juicio. También lo instó a arbitrar todos los medios para lograr un retorno seguro del niño y requerir la colaboración de los organismos competentes de España y la Argentina.

Más importante aun, exhortó a los padres a obrar con mesura en el ejercicio de sus derechos “y, en particular, a cooperar estrechamente en la etapa de ejecución de la sentencia para buscar una solución amistosa que no se oriente en la satisfacción del interés subjetivo de cada uno, sino en el respeto tanto del bienestar y la integridad de su hijo, como también de la relación parental permanente y continua con ambos padres que no puede verse lesionada por decisión unilateral de ellos.

La Corte, de ese modo, confirmó la defectuosa sentencia de la Provincia de Santiago del Estero por la cual Carlos debió ser restituido a España.

Difícil solución la del fallo. Por un lado, parece pecar de excesivo voluntarismo: que los padres de Carlos, enzarzados en una batalla judicial de más de cinco años, se pongan de acuerdo sobre el futuro suena francamente ilusorio. Por el otro, convalidar la actitud de la madre, que huyó de España con su hijo, no habría sido correcto pues hubiera implicado aceptar la justicia por mano propia.

La carga de encontrar una salida razonable recaerá sobre el juez de ejecución de la sentencia. Pero... ¿quién tomará sobre sus hombros la tarea titánica de asegurar que los jueces no cometan semejantes desórdenes procesales?

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**