

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

10 de febrero de 2017

### **TRISTE COMO UN TANGO**

*Algunos padres “roban” a sus hijos y los llevan a otro país como consecuencia de un tormentoso divorcio.*

*Hay pocas cuestiones tan tristes y decisiones tan difíciles como las que plantean estos casos.*

El 22 de abril y el 28 de junio del año pasado describimos sendos casos de hijos envueltos en el tira y afloja de sus padres. *La historia vuelve a repetirse...* como dice un tango de Enrique Cadícamo (“Por la vuelta”, 1937).

A falta de acuerdo con quién ha de vivir un hijo cuando los padres se divorcian, alguno de sus progenitores lo lleva consigo al extranjero, sin el permiso del otro. Los pleitos no sólo son largos, sino muy tristes, como los tangos.

En la época clásica, la deidad tutelar de Ancona, en Italia, era Venus. Seguramente bajo su influencia, Luigi (italiano) y María (argentina) se conocieron y enamoraron allí. En diciembre de 2005 nació Tomás, fruto de ese amor.

Pero en abril de 2009, María llevó a Tomás a Mendoza, Argentina, sin el permiso de Luigi. En agosto de ese año, éste inició un “trámite de restitución de menores” en los términos de un tratado internacional llamado “Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” de 1980 (abreviado como “CH 1980”).

La cuestión recayó en un juzgado de familia en Mendoza. A pesar de que, como dijimos, Luigi inició la cuestión en 2009, María logró darle largas al asunto (con todo tipo de artulugios procesales) y recién contestó la demanda en febrero de 2012.

La justicia mendocina rechazó el pedido de restitución de Tomás a su padre en 2014. Un año más tarde la decisión fue confirmada en segunda instancia. La cuestión llegó a la Suprema Corte de Mendoza que, en diciembre de 2015 ordenó devolver a Tomás a su padre.

La corte mendocina opinó que Tomás era retenido ilícitamente por su mamá en Mendoza y debía ser “inmediatamente” devuelto a su padre, a pesar de que el propio Tomás (para entonces de diez años) se oponía terminantemente a volver a Ancona.

María apeló ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el más alto tribunal de la Argentina. (En términos generales, esta cuarta instancia es permitida sólo cuando se pone en tela de juicio el significado de un tratado internacional, lo que ocurría en este caso).

María dijo a la Corte que se había juzgado su propia conducta (al traer ilegalmente a Tomás a la Argentina), pero que no se habían tenido en cuenta los intereses de su hijo ni, sobre todo, “su férrea oposición a regresar a Ancona”. María dijo que Tomás “se encontraba integrado a su nuevo ambiente en Mendoza, donde iba al colegio, tenía amigos y toda su familia materna”.

Además, como en el ínterin la justicia italiana le había quitado a María “la potestad de progenitor”, si Tomás volvía a Italia viviría exclusivamente con su papá.

La Corte<sup>1</sup> recordó que bajo el CH 1980, como regla general, los menores deben ser restituidos *inmediatamente* al lugar de su residencia habitual. Las excepciones “de carácter taxativo y que deben ser interpretadas de manera restrictiva”, son el grave riesgo para el niño si se concreta su devolución y la existencia de una oposición férrea del menor.

Dijo también que el hecho de que Tomás estuviera integrado a un nuevo medio *no constituía un motivo autónomo* para oponerse a su devolución, ni era decisivo como excusa para no cumplir con el reintegro, *aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo*. Más aún: “la estabilidad lograda como consecuencia de un traslado ilícito [...] no es idónea para negar la restitución”. En otras palabras, *lo ilícito no puede generar un argumento lícito*, o “lo derecho no puede salir de lo torcido”.

La Corte puso énfasis en que la permanencia de Tomás en Mendoza (y que había creado “la integración al medio” alegada por la mamá) *fue consecuencia de*

*la demora que insumió el pleito, atribuible a las reiteradas e infructuosas presentaciones de María que motivaron dos llamados de atención de los jueces.*

La Corte estableció de este modo un principio importante: la *estabilidad* lograda como consecuencia de un traslado ilícito “no es idónea para sustentar una negativa a la restitución”. El paso del tiempo, para la Corte, no puede dar lugar a una excepción a la regla general, “*porque de lo contrario la finalidad del tratado se frustraría por la propia conducta de quien sustrajo o retuvo ilícitamente al menor*”.

María había argumentado que la vuelta de Tomás a Italia lo exponía a un grave peligro síquico, pero la Corte reiteró su criterio estricto: para que ese peligro exista, debe haber *un grado de perturbación emocional muy superior al que normalmente [se] deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres, y además, una situación delicada que exceda el natural padecimiento ocasionado por un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente*. Tampoco son suficientes para negar la devolución “los problemas de tipo económico o educativo”.

¿Y la opinión de Tomás? El CH 1980 la menciona como un argumento para rechazar la restitución...

La Corte dijo que la cuestión no es preguntar al niño con quién quiere vivir, ni tampoco someterse *de modo irrestricto* a lo que diga éste. La opinión “no ha de consistir en una mera preferencia o negativa sino en una verdadera oposición, entendida *como un repudio irreductible a regresar*”.

El tribunal analizó lo dicho por Tomás durante sus entrevistas con psicólogos

---

<sup>1</sup> In re “G, L. s. restitución”, CSJN (2016), expte. 453/2016

designados por la justicia: “si me llevan me mato”; “no podré ver a mi mamá”; “no me escuchan, ¿para qué voy a hablar?”; “[en la Argentina] tengo todo, allá no conozco nada; acá tengo mi madre, mis amigos, mi perro, mi gato...”; “estoy luchando con uñas y dientes para quedarme acá”, etc.

Los informes indicaron que para Tomás, la separación de su madre “era una terrible amenaza” e implicaba “un grave riesgo de que se lo expusiera a un peligro psíquico y físico, colocándolo en una situación intolerable”.

No obstante, para la Corte no se demostró, sin asomo de duda, que existiera “una situación intolerable” que justificara una excepción. “El temor [de Tomás] a regresar para convivir con su padre en un país que le resulta desconocido *de ninguna manera importa, por sí solo, una demostración de que se está ante un grave riesgo o una situación intolerable*”.

El tribunal dijo también que la preferencia por vivir en la Argentina o con su mamá “no constituían un obstáculo para ordenar el retorno”. Por otra parte, retornar no implicaría para Tomás vivir con su padre, ya que la restitución no tiene por objeto

determinar quién ejercerá la guarda o la tenencia, lo que deberá ser decidido por el tribunal del lugar donde Tomás vivía antes de su traslado. La Corte interpretó que el rechazo de Tomás era a ser separado de su madre, pero no era “un rechazo irreductible” a volver a Italia.

La Corte ordenó entonces asegurar que el retorno de Tomás se efectuara en compañía de su madre, *que no probó estar impedida de volver a Italia con su hijo*. Y si María se negara, la Corte ordenó al juez “a adoptar nuevas medidas para lograr el regreso seguro [de Tomás] a su residencia habitual”.

El fallo confirmó la severidad con que la justicia argentina interpreta el CH 1980 y revisa estos casos.

Por otro lado, debe elogiarse que la Corte, de alguna manera, haya “sancionado” a la madre por prolongar inútilmente el procedimiento, lo que, en definitiva, perjudicó a su hijo.

No nos caben dudas de que Tomás volvió a Ancona “*con la frente marchita*”, como dice otro tango triste (“Volver”, de Gardel y Lepera, 1930).

\* \* \*

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](mailto: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.**