

Voces:

CONVENCION DE LA HAYA ~ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO ~ DERECHO A SER OIDO ~ REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY ~ RESTITUCION INTERNACIONAL DE NIÑOS

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala de feria(CNCiv)(SalaDeFeria)

Fecha: 27/01/2022

Partes: D. G.P. L. c. R. O.M. s/ restitución de niños

Publicado en: La Ley Online;

Cita: TR LALEY AR/JUR/266/2022

Sumarios:

1 . La restitución de un niño de doce años solicitada por la madre que vive en la República Oriental del Uruguay debe denegarse, pues en el caso se configura la excepción prevista en el art. 13 inciso b de la Convención de La Haya (ver, en sentido similar, el art. 7 del Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, aprobado por Ley 22546 y el art. 11 inciso b y último párrafo de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores).

2 . Corresponde meritar la opinión del niño como decisiva para resolver la cuestión de la restitución internacional, de conformidad a lo establecido en el artículo 12 inciso 1 de la Convención Internacional del Niño. El rechazo al regreso aparece como psicológicamente genuino, lo cual se aprecia viable en base a las situaciones que ambas partes admiten que han debido atravesar cuando el niño se encontraba en Uruguay.

3 . En la sentencia de la instancia anterior se consideró que según la evaluación del Cuerpo de Peritos y Psicólogos de la Defensoría General de la Nación, el niño -próximo a cumplir los 12 años- presentaría riesgo de mayor afectación psicológica en caso de proceder con la restitución internacional peticionada y que ese riesgo era real. Allí también se ponderó que se opone a regresar, por el miedo a revivir eventos de violencia, al mismo tiempo que siente temor a su madre, conforme los relatos que surgen de las constancias de autos y de las entrevistas llevadas a cabo con él. Estas dos circunstancias han incidido en la valoración de la sentencia que ahora se ataca y que, aun cuando se objeta por la recurrente, en su expresión de agravios no ha logrado desvirtuar.

4 . El art. 13 inciso b, de la Convención de la Haya prescribe que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a concretar la restitución cuando existe un “grave riesgo” de que, al disponerla, se exponga al niño, niña o adolescente “a un peligro grave físico o psíquico”, o que de cualquier manera quede ubicado “en una situación intolerable”. Esto significa que no cualquier peligro o malestar del menor justificaría desestimar el reintegro, sino que debe tratarse de un grave y caracterizado peligro psíquico o físico.

5 . El art. 13, inc. b de la Convención de la Haya habla de “situación intolerable”, de modo que no debe tenerse en cuenta las meras dificultades psicológicas que podría presentar la persona que se reintegra y que, de alguna manera, puedan ser superadas sin que se ocasionen graves consecuencias.

6 . El trámite de restitución internacional de menores de edad tiene por finalidad garantizar el inmediato regreso de ellos a su residencia habitual, con el propósito de restablecer una situación anterior que fuere turbada. Esta es una problemática que en los últimos años se ha visto en aumento, en razón de la facilidad de la circulación entre los distintos países, al igual que la existencia, por el efecto mismo de esa circunstancia, de familias integradas por personas de distinta nacionalidad y residencia.

Texto Completo:

Expte. n° CIV 058981/2020/CA001

Buenos Aires, 27 de enero de 2022.

Considerando:

I. El pronunciamiento dictado el 2 de diciembre de 2021 denegó el pedido de la señora P.L.D.G. de restitución internacional de su hijo B.J.R. D..

La progenitora apeló ese pronunciamiento y formuló sus agravios en la presentación del 15 de diciembre de 2021, los que recibieron réplica el 29 de ese mes y año.

El 4 de enero de 2022 se dispuso la habilitación de la feria a los fines del tratamiento del recurso. Previo a decidir, las partes aceptaron someter la cuestión a mediación, en la cual, pese a celebrarse dos audiencias, no se logró acuerdo, por lo que la apelante solicitó se resuelva.

La cuestión se integra con los dictámenes del 7 y 13 de enero de 2022 de la Defensora de Menores de Cámara y del Fiscal General, respectivamente. Ambos propician se confirme la resolución apelada.

II. La madre del menor de edad, con la representación de las Defensoras Públicas Coadyuvantes e integrantes del Equipo de Trabajo de la Defensoría General de la Nación, en los términos del Convenio sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores (Convenio de La Haya) Ley 23.857, promovió la causa con el objeto de arbitrar los medios necesarios para el reintegro de su hijo a la República Oriental del Uruguay.

Relata en su demanda que llegó a este país cuando tenía 18 años, para comenzar a trabajar como empleada doméstica -sin retiro- en una casa de una familia que residía en la ciudad de Buenos Aires y que a los dos años de estar aquí -en 2008- conoció a O. M.R..

Cuenta que comenzó una relación de pareja con él, primero sin convivencia pero luego -tras renunciar a su empleo- residieron juntos en esta ciudad, fue así que fruto de esa unión el 19 de abril de 2010 nació en esta ciudad B. J. R. D..

Refiere que si bien durante un tiempo se mantuvieron unidos, situaciones de violencia -no denunciadas en el momento- llevaron a tomar la decisión de separarse y plantear su regreso a Uruguay, junto con B., quien en ese entonces estaba próximo a cumplir los 4 años.

De tal manera, viajaron los tres a Colonia de Sacramento en Uruguay -lo que permitió no realizar autorización de viaje- e inmediatamente O.M.R.regresó a Buenos Aires, mientras ella se dirigió con su hijo a la casa de su madre en San José de Mayo.

Señala que B.comenzó allí su escolaridad y su vida social, para lo cual tramitó su ciudadanía uruguaya, a lo cual prestó conformidad el progenitor que cada tanto viajaba a ver al niño.

Luego reseña cuestiones de salud de B., su escolaridad y las actividades recreativas que realizaba.

Indicó que para dar un encuadre legal a la cuestión, en el año 2019 inició un proceso judicial en el que se resolvió -el 1º de octubre de ese año- ratificar la custodia que de hecho ejercía respecto de su hijo.

Informa que en esos años, el padre viajaba a visitar a B., a veces a San José y muchas otras a Colonia de Sacramento a donde ella se acercaba junto con su hijo para pasar el día juntos.

En el año 2016 B.viajó a este país, donde permaneció un mes; en el 2017 un mes y medio; en tanto que en el 2018 -por cuestiones económicas- no se pudo concretar el viaje.

Ya en el año 2019 el progenitor manifestó su intención de repetir ese sistema de vacaciones a lo que ella accedió.

Aclara que estos viajes los hacían los tres a fin de facilitar el cruce de fronteras, prescindiendo de otorgar autorización.

Así fue como el 22 de diciembre de 2019 B.viajó a Buenos junto con su padre para pasar sus vacaciones hasta febrero de 2020. Sin embargo, a poco de comenzar la estadía comenzó a tener dificultades para comunicarse con él, en parte porque había comenzado una relación de pareja con Á. P.D., que registraba hechos de violencia como sacarle el teléfono para que dependa toda comunicación del teléfono de él. Pero además, las veces que logró comunicarse, sólo pudo hablar con la pareja del progenitor.

Llegado el mes de febrero de 2020 y al intentar coordinar el viaje de regreso se encontró con la negativa del padre a reintegrar el niño, alegando que no lo notaba bien y cuestiones relativas al desempeño escolar.

Denuncia que sus intentos por averiguar qué podía hacer para regresar a su hijo no pudieron avanzar pues comenzaron las restricciones motivada por la pandemia, a la par que se discontinuó la comunicación con su hijo.

Dice que quedó en una situación de extrema limitación pues a las medidas de la pandemia se sumó la situación de violencia de la que fue rescatada a fines de mayo de 2020 y trasladada a la Casa de Breve Estadía, un centro especializado en atención de mujeres -con y sin hijos- en situación de riesgo.

Finalmente, el 19 de agosto de 2020 inició ante las autoridades de la República Oriental del Uruguay el reclamo de la restitución internacional.

III. Por su parte, en lo que atañe al padre, contesta demanda reconociendo haber iniciado una relación con la demandante y el nacimiento del hijo de ambos, señalando que diferentes circunstancias hicieron imposible la convivencia con la madre de su hijo.

Sostiene que si bien accedió a que B. viva con su progenitora en esa pequeña localidad del Uruguay y

viajaba a verlo o el niño pasaba las vacaciones de verano con él, habló con la madre la posibilidad de que B. viva con él en esta ciudad, porque consideraba va a tener un desarrollo físico-psíquico e intelectual superior al que podría lograr allí.

Entiende que la situación no se encuadra bajo la reglas que establecen la Sustracción Internacional de Menores de edad según la Convención de la Haya pues B. viajó con autorización de su madre.

Manifiesta que durante ese período nunca interrumpió la comunicación entre B. y su progenitora, pero a veces cuando hablaban el niño se ponía mal porque peleaban por cosas de ellos y ocasionalmente no le quería contestar hasta que accedía a su pedido.

Menciona que en ciertas oportunidades no lo notaba bien y lo único que le decía es que estaba angustiado por situaciones vividas en Uruguay, entonces logró comunicarse con las tías de su hijo quienes le contaron que P. peleaba mucho con su madre y su hermana y que habían impuesto una restricción contra ella, por lo que B. estuvo mucho tiempo sin poder ver a su abuela y tías maternas.

Expone que tomó conocimiento de situaciones confusas y dudosas, de violencia hacia ella por sus parejas, hacia el niño e incluso hacia su familia; y luego su familia le contó de sus adicciones, además de que B. se queja porque su mamá fuma y bebe alcohol y se va de la casa y lo deja solo.

Por ello, al momento de pensar en llevarlo nuevamente a Uruguay para hablar con ella sobre estos temas y aclarar la situación, por cuestión de tiempo y de dinero se atrasó el viaje, al igual que se impusieron en este país las restricciones por pandemia por lo que no pudo viajar.

Le comunicó a la madre que el niño se quedaría con él, lo inscribió en un colegio para que no pierda el año y comenzó a tomar sus clases por Zoom y con apoyo escolar.

Que con la apertura de las medidas preventivas empezó a participar de clases de fútbol, quedándose con él hasta ver que sucedía con las aperturas de frontera y posible regreso a Uruguay y recibió esta demanda de restitución.

Peticona que se le otorgue el cuidado personal de B. y apunta el estilo de vida que el niño tiene con él.

Por último, postula que esta situación debe regularizarse de la mejor manera para su hijo sin que esto importe que pierda el vínculo con su madre.

IV. El trámite de restitución internacional de menores de edad tiene por finalidad garantizar el inmediato regreso de ellos a su residencia habitual, con el propósito de restablecer una situación anterior que fuere turbada. Esta es una problemática que en los últimos años se ha visto en aumento, en razón de la facilidad de la circulación entre los distintos países, al igual que la existencia, por el efecto mismo de esa circunstancia, de familias integradas por personas de distinta nacionalidad y residencia.

El procedimiento para concretarlo se pretende ágil y expeditivo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho a este respecto que él “no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia del menor, sino que lo debatido en autos se trata de una solución de urgencia y provisoria, sin que lo resuelto constituya un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente a la tenencia del niño por la vía procesal pertinente –órgano competente del lugar de residencia habitual del menor con anterioridad al desplazamiento, art. 16, CH 1980-, desde que el propio convenio prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de sí medió traslado o retención ilícita y ello no se extiende al derecho de fondo” (conforme, CSJN 21/12/10 “R., M. A. c/ F., M. B.”, L.L., 2011-C-412 y LLonline, Ar/JUR/81562/2010).

En tales parámetros, se interpreta que la finalidad de la Convención de la Haya de 1980 es lograr la restitución inmediata del niño, niña o adolescente involucrado o involucrada.

En la actualidad el Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 2642, establece que para los pedidos de localización y restitución internacional “rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño”.

También merece señalarse que la Convención dispone que los mecanismos de restitución se ponen en acción ante la existencia de un derecho de custodia atribuido de acuerdo al derecho donde el menor tiene su residencia habitual (CNCiv., Sala C, R.497.299, in re “R. K., C. y R. K., J. s/ reintegro de hijo”, del 25-9-08; íd.íd., in re “G. G., B. C/ Z., M. s/ reintegro de hijo”, del 16-3-09).

La expresión “residencia habitual” que utiliza la Convención, se refiere a una situación de hecho que supone

estabilidad y permanencia y alude al centro de gravedad de la vida del menor de edad, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores (CSJN, autos citados, en su considerando 12).

V. La crítica de la apelante se centra en que no se configura la excepción que autoriza a desestimar la restitución -como refiere la sentencia atacada atinente a la realidad materna con la que podría reencontrarse el niño de disponerse su restitución, a la que se agrega su férrea oposición.

El artículo 13 inciso “b”, de la Convención de la Haya prescribe que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a concretar la restitución cuando existe un “grave riesgo” de que, al disponerla, se exponga al niño, niña o adolescente “a un peligro grave físico o psíquico”, o que de cualquier manera quede ubicado “en una situación intolerable”.

Esto significa, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no cualquier peligro o malestar del menor justificaría desestimar el reintegro, sino que debe tratarse de un grave y caracterizado peligro psíquico o físico.

Por eso la Convención habla de “situación intolerable”, de modo que no debe tenerse en cuenta las meras dificultades psicológicas que podría presentar la persona que se reintegra y que, de alguna manera, puedan ser superadas sin que se ocasionen graves consecuencias.

No bastará pues -se insiste- con una perturbación psíquica o emocional corriente, como a la que estamos expuestos todos los seres humanos, como tampoco alcanzará -como lo señaló la Corte Federal- que se ocasione un mero y natural padecimiento al niño, niña o adolescente por circunstancia de que se produzca el cambio del lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente. De manera muy diferente, es necesario que acontezca un panorama sumamente delicado; que se verifique una perturbación muy acentuada del niño, niña o joven y que la orden de restitución, en fin, comporte un severísimo impacto (conforme, CNCiv., Sala H, in re “F., O. y otro c/ A., C. s/ reintegro de hijo”, del 28-9-16 y sus citas).

Asimismo, atento al objeto de las actuaciones, es dable acatar las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño -que tiene jerarquía constitucional en nuestro país (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional)- y que ha sido dictada por la comunidad de naciones nueve años después de sancionado el Convenio de la Haya de 1980. Aquella Convención internacional gira alrededor de un eje central, que es el deber de preservar el interés superior del niño. En ese aspecto aquella es la idea central de la Convención, la cual se contempla en el artículo 3 inciso 1 de ese tratado, que establece que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Ahora bien, en la sentencia de la instancia anterior se consideró que según la evaluación del Cuerpo de Peritos y Psicólogos de la Defensoría General de la Nación, el niño -próximo a cumplir los 12 años- presentaría riesgo de mayor afectación psicológica en caso de proceder con la restitución internacional peticionada y que ese riesgo era real.

Allí también se ponderó que se opone a regresar, por el miedo a revivir eventos de violencia, al mismo tiempo que siente temor a su madre, conforme los relatos que surgen de las constancias de autos y de las entrevistas llevadas a cabo con él.

Estas dos circunstancias han incidido en la valoración de la sentencia que ahora se ataca y que, aun cuando se objeta por la recurrente, en su expresión de agravios no ha logrado desvirtuar.

Al igual que se destacara en la sentencia de la instancia anterior, lo relevado en las entrevistas mantenidas con B. ante la licenciada S., lo que surge del informe del 21 de septiembre de 2021 y lo que resulta del acta labrada por la autoridades de la Escuela N°. (incorporado el 1 de noviembre de 2021), dan cuenta que -en efecto- el niño no quiere regresar a Uruguay y que la posibilidad de retorno lo envuelve en una situación de angustia y ansiedad. Explícitamente manifestó su deseo de quedarse a vivir a Argentina y no volver a Uruguay, porque no quería que le “vuelvan a pasar cosas malas”. Tal como dictaminó el Fiscal General, lo expresado por B. no puede ser obviado.

En ese contexto, como postulan coincidentemente los dictámenes de los Ministerios Públicos -ya individualizados más arriba- corresponde meritar la opinión del niño como decisiva para resolver la cuestión, de conformidad a lo establecido en el artículo 12 inciso 1º de la Convención Internacional del Niño. Como menciona la doctrina, el rechazo al regreso aparece como psicológicamente genuino, lo cual se aprecia viable en base a las situaciones que ambas partes admiten que han debido atravesar cuando el niño se encontraba en

Uruguay (ver Mizrahi, Mauricio Luis, “Restitución Internacional de niños”, Editorial Astrea, 2016, pág. 210).

Cabe entonces señalar que el interés superior del niño, según precisiones de la Corte Suprema de Justicia, impone separarlo conceptualmente de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso llegado el caso, del lo de los padres: apunta así a dos finalidades básicas cuales son las de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y la de ser un criterio de intervención institucional destinado a protegerlo (Fallos, 328:2870).

En ese lineamiento, la ponderación de los intereses del niño debe entenderse por encima del de sus progenitores, a la vez que debe considerarse a B., como un sujeto autónomo de derechos que obligan no sólo a oír su opinión, sino también a tenerla debidamente en cuenta como factor determinante para la decisión a adoptar, en especial en vista a su edad y madurez.

Ello, por supuesto -como bien indica el Fiscal General- escapa a dilucidar qué progenitor está en mejores condiciones de ejercer el cuidado del menor de edad, sino que se circunscribe sólo a determinar concretamente si existe un riesgo cierto de que el regreso exponga al menor de edad a un serio peligro de mayores daños psíquicos y es en razón de lo hasta aquí analizado, que los informes referidos corroboran el riesgo real de afectación psicológica referido en el informe del Cuerpo de Perito Psicólogos de la Defensoría General de la Nación, que a la vez se refuerzan con la opinión de B..

En definitiva, por lo expuesto se colige que -contrariamente a lo sostenido por la parte actora en su memorial de agravios-, en el caso, se configura la excepción prevista en los artículos 13 inciso b de la Convención de la Haya (ver, en sentido similar, el artículo 7 del Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, aprobado por ley 22546 y el artículo 11 inciso b y último párrafo de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores), por lo que se impone confirmar la decisión apelada.

VI. Por lo demás, a los fines de replicar los argumentos vertidos en el recurso, no se advierte que la circunstancia que el menor de edad haya sido escuchado en tres oportunidades pueda interpretarse como agravio, desde que ello conduce a la que la decisión respete el criterio de actualidad.

Sobre este aspecto no puede soslayarse que las decisiones judiciales y con mayor razón las que se toman en materia de familia, deben ponderar las circunstancias existentes y vigentes al momento de su dictado, en tanto que “resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley manda concretamente valorar (CSJN, 15/2/2000, “in re” “Torres, A.D. s/ adopción”, Fallos, 323:91), teniendo en cuenta que “el interés superior de los menores (art. 3º, ap. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño) constituye una pauta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales en el juzgamiento de las causas en las que se ven involucrados intereses de aquéllos” (CSJN, 15/11/2005, “L.F. c/ V.L.”, Fallos, 328:4013).

Desde esa perspectiva, la objeción formulada en tal sentido no puede prosperar.

A igual conclusión se llega respecto al tiempo que irrogó la tramitación del juicio y lo vinculado con los intentos de autocomposición, debido a que, como fue referido por la Defensora de Menores de Cámara, la mediación se encuentra regulada en el punto V de la Guía de Buenas Prácticas (Convención de la Haya, 1980) desde el año 2012, siendo un mecanismo complementario y/o simultáneo y no alternativo o excluyente; lo que deriva en que la queja no se concrete en el sentido que propone la actora.

De todas maneras, deviene relevante destacar que, más allá del dictado de esta sentencia, está pendiente la posibilidad de continuar con la mediación conforme da cuenta del acta labrada el día 25 de enero, con el objeto de lograr la vinculación de la progenitora con B.y sin perjuicio de lo que a este respecto se dispuso en la sentencia de primera instancia.

VII. Por las consideraciones precedentes, normativa citada y de conformidad con lo dictaminado por Defensoría de Menores de Cámara y Fiscal General, a cuyos argumentos el Tribunal se remite, Resuelve: Confirmar el pronunciamiento del 2 de diciembre de 2021, con costas dealzada por su orden dado la índole de la cuestión y los fundamentos que motivaron la desestimación del recurso (artículos 68 y 69 del Código Procesal.

Regístrese y notifíquese por Secretaría.

Cumplido, comuníquese a la Dirección Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordadas N° 15/13 y 24/2013). — Silvia P. Bermejo. — Omar L. Díaz Solimine. — Guillermo D. González Zurro.

Información Relacionada