

El factor tiempo y el interés superior del niño en un caso reciente de restitución internacional, Por Bonifacio, Josefina y Brugnoli, Camila - El Derecho Familia 76/-17

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Autos: "E., M. D. c. P., P. F. s. restitución del menor C. D. E. P".

Fecha: 10 de mayo de 2016.

Hechos: El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero revoca la decisión de primera instancia y admite el pedido de restitución internacional instado por el progenitor del niño. La recurrente interpone recurso extraordinario, el cual es declarado admisible. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirma el pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero y resuelve ordenar a la madre la restitución del menor de edad al Reino de España conforme al procedimiento que establece el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Cita: "Se encomienda al magistrado a arbitrar, con la premura del caso, todos los medios que tenga a su alcance para lograr un retorno seguro del niño y, eventualmente, también de la madre, para lo cual deberá tomar contacto y requerir colaboración a los distintos organismos con facultades y competencias en estos asuntos, tanto en el Estado requirente como en el requerido, de modo de garantizar el funcionamiento eficaz del CH 1980 y la restitución del menor en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.

Que dado que el interés superior del niño debe constituir la preocupación fundamental de los padres, corresponde efectuarles análoga exhortación a fin de que obren con mesura en el ejercicio de sus derechos y, en particular, a que cooperen estrechamente en la etapa de ejecución de sentencia en la búsqueda de 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 menor, como también de la relación parental permanente y continua con ambos padres que no puede verse lesionada por decisión unilateral de ellos".

La Corte Suprema de Justicia se ha expedido recientemente en un interesante caso de restitución internacional de menores. En él, el Sr. M. D. E. solicitaba la restitución de su hijo a España. Efectuemos un breve repaso de los hechos: La Sra. P. F. P., de nacionalidad argentina, convivió en el Reino de España con el Sr. M. D. E., también argentino. Fruto de esa relación, allí nació el niño C. D. E. P., quien convivió con sus progenitores hasta su separación producida en marzo de 2011. Ambos padres llegaron a un acuerdo sobre el régimen de visitas en febrero de 2012. Sin embargo, el 18 de junio de ese año, sin consultar, la Sra. P. F. P. se trasladó con su hijo a la localidad de Los Talares, provincia de Santiago del Estero, donde residía su familia ampliada. En marzo de 2013 el padre del niño promovió el pedido de restitución internacional ante la justicia provincial, el cual fue otorgado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero. Ante la interposición del recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema, el tribunal confirmó la sentencia apelada.

Un artículo publicado recientemente en esta revista sobre el mismo fallo(1) se focaliza en el procedimiento que establece el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en los informes de las pericias practicadas en relación a la adecuación del niño a su nuevo domicilio y entorno, así como también en el superior interés del niño en la ejecución de las sentencias de restitución internacional de menores. En este trabajo, abordaré el tema de la restitución internacional de niñas, niños o adolescentes, concentrándome fundamentalmente en el principio procesal de celeridad, haciendo hincapié en el valor que este axioma tiene en esta clase de procesos judiciales, concretamente en el caso sub examine. Asimismo, realizaré un análisis del interés superior del niño tanto en el derecho nacional como en el internacional, aplicándolo a la sentencia de la Corte Suprema en cuestión y observaremos las semejanzas y los contrastes entre el caso a examinar y un fallo sobre la misma temática del año 2013.

I. El factor tiempo: La especial importancia del principio de celeridad en los procesos de restitución internacional de niñas, niños o adolescentes

El art. 11 del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores señala: "Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores" (énfasis añadido).

La pronta resolución del litigio resulta trascendental para la protección real e integral del grupo

especialmente vulnerable que integran los niños y de sus derechos fundamentales(2), de manera tal que se efectivice la tutela de los derechos e intereses comprometidos en el proceso(3), teniendo en consideración que, tal como lo expresa el fallo, "el interés superior del niño es el objeto central de protección en el pleito".

Asimismo, la premura y la inmediatez en el desarrollo del procedimiento, principal reclamo de la sociedad a los tribunales hoy en día, debería reflejarse en el restablecimiento de toda niña, niño o adolescente al statu quo anterior a su traslado o retención ilícita, que se encuentra prevista en el Convenio antes mencionado y en el artículo primero de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Es por ello que las autoridades centrales(4) deben garantizar la restitución voluntaria de la niña, niño o adolescente o facilitar una solución amigable (Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, art. 7º, inc. c).

Es interesante cómo en el fallo se exhorta tanto al magistrado como a los padres del niño a que colaboren en la ejecución de la sentencia en pos de una solución amistosa, erigiendo al bienestar y a la integridad de su hijo como norte.

El Dr. Atilio Alterini mencionó en una oportunidad que si el derecho ignora la realidad, la realidad no se detiene(5). En consecuencia, resulta de vital importancia que tanto los operadores jurídicos como, en este caso puntual, las autoridades centrales, brinden soluciones con prontitud, a través del derecho, para evitar que las dilaciones terminen agravando el problema, o creando un problema que no existía.

Así, en el caso aquí analizado, el niño tenía un año, seis meses y diez días al momento en el que su progenitora, de manera inconsulta, se trasladó junto a él a la provincia de Santiago del Estero. Cuando su progenitor promovió el pedido de restitución, el niño tenía dos años y tres meses, y cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó la restitución del niño, éste tenía cinco años y nueve meses. De esta manera, se puede apreciar que cuando la madre trajo a su hijo a la Argentina, su integración al medio en el que originalmente residía era considerablemente menor al que luego, antes de su restitución, el niño experimentó, al haber vivido cuatro años con su familia materna ampliada, al haber construido un vínculo con su familia materna ampliada y al haber adquirido costumbres propias del entorno en el que creció mientras tenían lugar las irregularidades procesales y las dilaciones, en perjuicio de sus derechos fundamentales, su integridad psíquica y emotiva(6) y su arraigo.

Fue por estos motivos que las pericias realizadas durante la tramitación del proceso desaconsejaron la restitución internacional del niño. Puede verse, así, que la dilación judicial dio

lugar a una situación –el arraigo del niño a un nuevo lugar, la creación de un vínculo con familiares argentinos– que la Corte resolvió apelando a su criterio clásico (como veremos en la próxima sección), sin tener en cuenta adecuadamente la afectación al centro de vida que implicaría el traslado del niño a otro país luego de tantos años, espera que los propios tribunales y autoridades habían creado.

El interés superior del niño en el flagelo de su restitución internacional bajo el paradigma constitucionalizador del derecho privado.

A raíz de la globalización, existe una creciente interrelación entre derecho internacional y derecho nacional(7), así como una mayor oportunidad de aprendizaje de experiencias locales en otros países.

A nivel internacional, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados señala que la buena fe debe iluminar la interpretación de todo tratado (art. 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados).

En cuanto a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, que en nuestro país goza de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN), indica que se atenderá primordialmente al superior interés del niño (art. 3º, inc. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño), y que se le garantizará a aquel que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten a su persona (art. 12, inc. 2º de la Convención sobre los Derechos del Niño), teniéndose en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez (art. 7º, inc. c, del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores), es decir, su derecho a ser oído, también contemplado por otros tratados con jerarquía constitucional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). A su vez, el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores destaca "que los intereses del menor son de una importancia primordial".

En el contexto nacional, el Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia hace apenas un año, determinó la resolución de los casos conforme a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte (art. 1º del cód. civil y comercial de la Nación). Esta previsión demuestra la constitucionalización que está atravesando el derecho privado en el último tiempo(8). Además, integró en su articulado la sección 8º del título IV, que versa sobre los principios generales y la cooperación en los asuntos vinculados a la restitución internacional de niños. Esta incorporación constituye una innovación en la materia,

pues estos casos no tenían una respuesta en el Código de Vélez(9). De esta manera, se establece nítidamente que rigen las convenciones vigentes, que los magistrados deben asegurar el interés superior del niño y supervisar su regreso seguro (art. 2642 del cód. civil y comercial de la Nación). En el fallo que estamos analizando, se indica que "el interés superior del niño constituye el objeto central de protección en el pleito", en armonía con los tratados internacionales mencionados anteriormente. Por ende, si bien el objetivo del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es "garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante" (art. 1º), en busca de que se cumpla el principio del interés superior del niño, el art. 13 del Convenio antes citado menciona excepciones a la regla. Estas excepciones tienen lugar cuando la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o si 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. Asimismo, la autoridad judicial o administrativa podrá negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Podría decirse que la segunda de las excepciones recién mencionadas se relaciona con el caso que estamos analizando, ya que, en concordancia con lo sostenido por la Procuradora General de la Nación en su dictamen, de acuerdo al arraigo y al vínculo establecido por el niño con su familia ampliada residente en Argentina, producto de las dilaciones procesales, su restitución internacional lo expondría a sufrir una perturbación e impacto emocional aún mayor a la que experimentaría si normalmente cambiara de lugar de residencia o si esa sensación se derivara de la ruptura de la convivencia con uno de los padres.

II. Contrastes y semejanzas entre los fallos "E., M. D." y "H. C., A."

Otro fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación trata en forma similar la cuestión de la restitución internacional de menores. En efecto, en "H. C. A."(10) confirma la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba y resuelve que el niño R. M. H. sea restituido a su lugar de residencia habitual en España, pedido instado por su madre, quien había sido acusada por el progenitor del niño de ser adicta al alcohol y a las drogas.

En cuanto a las semejanzas que pueden identificarse entre las sentencias, resulta que en ambos casos los progenitores que se oponen a la restitución argumentan que el retorno de los niños implicaría un grave riesgo para sus personas, fundándose en el inc. b del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. La Corte Suprema de Justicia de la Nación señala en ambos fallos que "la decisión de restituir a un niño al lugar de residencia habitual, poniendo fin una situación irregular, no implica resolver que el niño

deberá retornar para convivir con el progenitor que solicita la restitución"(11).

Asimismo, se distingue en ambos el proceso judicial de restitución internacional de niñas, niños o adolescentes del proceso que versa sobre la guarda del niño. Además, se menciona en las sentencias el término "respeto" en cuanto al niño y a cómo debe realizarse el proceso del que es objeto. Si bien los hechos se suscitaron de manera disímil, en ambas sentencias se ordena la restitución de los niños al país requirente, que a su vez en ambos casos es el Reino de España.

Respecto de las resoluciones de los fallos citados, no son más que el resultado de cómo la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en esta temática, de acuerdo con el objetivo principal del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, por lo menos hasta el año 2013, según manifestó oportunamente la Dra. Elena Highton de Nolasco(12).

En cuanto a los contrastes que se pueden visibilizar, en el fallo "E., M. D." la progenitora se opone a la restitución invocando los problemas económicos que habría atravesado el requirente, mientras que en el otro caso es el progenitor quien se opone, esgrimiendo la adicción a las drogas y al alcohol de la requirente. En el caso "H. C., A.", el niño es oído, conforme lo establece la convención de los derechos de los niños en su art. 12, mientras que en el caso "E., M. D." se vulneraría este derecho, si bien debe tenerse en cuenta que las edades de los niños en ambos casos son diferentes y en el segundo caso el niño era aún muy pequeño.

III. Conclusión

La buena fe, consagrada en el noveno artículo del código civil y comercial de la Nación, se encuentra estrechamente relacionada con el primer elemento que compone la tríada romana formada por el vivir honestamente, el alterum non laedere y el dar a cada uno lo suyo.

Es notable la mención que realiza el fallo sobre la búsqueda de una solución amistosa, fraternal, por parte de los progenitores del niño. Mención rara avis, pero humanizadora.

Aristóteles señaló en la *Ética Nicomaquea* que "son los justos los que son más capaces de

amistad"(13) y, muchísimos años después, Ulpiano definió a la justicia como la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo. Hoy, nuestra Carta Magna tiene como uno de sus principios preambulares el afianzar la justicia(14).

En suma, es menester que las niñas, niños y adolescentes encuentren en la justicia el amparo de sus derechos fundamentales, de manera tal que se mantenga la incolumidad de la familia, así como también que el fallo analizado y la jurisprudencia sobre esta temática construyan un camino iluminador para que esto sea posible, priorizando siempre el bienestar, la integridad y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Para leer más

Mizrahi, Mauricio Luis, Restitución Internacional de Menores, Buenos Aires, Astrea, 2016.

VOCES: MENORES - FAMILIA - DERECHOS HUMANOS - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - CAPACIDAD - TRATADOS INTERNACIONALES

- (1)** Bollón, Magdalena M., "Restitución Internacional de personas menores de edad: la importancia del retorno seguro y la incorporación de los artículos 2614 y 2642 al código civil y comercial de la nación", EDFA, 73/14-16.
- (2)** Tagle de Ferreyra, Graciela, "La restitución internacional de menores y sus principios frente al código civil y comercial", La Ley, Revista Código Civil y Comercial, noviembre 2015, p. 57.
- (3)** Palacios, Enrique L., Manual de derecho procesal civil, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2003, p.

72.

(4) Ver <http://www.menores.gob.ar/autoridades-centrales>.

(5) Según palabras de la Dra. Silvia Tanzi en las I Jornadas Rioplatenses de Derecho de las Obligaciones y Daños realizadas en la Pontificia Universidad Católica Argentina los días 5 y 6 de noviembre del año 2015.

(6) Raya de Vera, Eloísa B., "El factor tiempo en el proceso de restitución internacional de menores", LL, 2011-C-411.

(7) Mizrahi, Mauricio L., "Globalización, familia y derechos humanos", LL, 2005-A-1005.

(8) Kemelmajer De Carlucci, Aída "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", La Ley, suplemento del 08/10/2014.

(9) Feldstein de Cárdenas, Sara L., "El Código Civil y Comercial y la universalización de las convenciones internacionales en materia de restitución internacional de menores", La Ley, Revista Código Civil y Comercial, noviembre de 2015, p. 203.

(10) CS, "H. C., A. c. M. A., J. A. s. restitución internacional", 21/02/2013.

(11) CS, "H. C., A. c. M. A., J. A. s. restitución internacional", considerando 18; "E. M. D." (op. cit.), consid. 9º.

(12) Palabras de la Dra. Elena Highton de Nolasco en la jornada de capacitación sobre restitución internacional de menores, realizada el jueves 22 y viernes 23 de agosto del año 2013 en la sala Antonio Bermejo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(13) Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 122.

(14) Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina.