

CSJ 4187/2015/CS1

*Procuración General de la Nación*

Suprema Corte:

-I-

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires revocó la sentencia de grado y denegó la restitución internacional del niño X.S.D. Se fundamentó, en definitiva, en la existencia de un grave riesgo para el menor en el caso de procederse a su reintegro y en la oposición del niño a esa medida -art. 13, inc. "b", del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores [CH 1980]- (fs. 321/324, 377/387 y 517/533).

Contra ese pronunciamiento el actor, representado por el defensor oficial, dedujo recurso extraordinario, que fue replicado y concedido (cf. fs. 541/558, 570/588 y 589/591).

-II-

El recurrente alega, en resumen, que la sentencia incurre en arbitrariedad y que violenta los artículos 1 a 4, 6 a 11, 13 y 16 del Convenio de La Haya de 1980 y 3, 11, 12 y 41 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, leyes 23.849 y 23.857. Dice que desatiende los derechos del menor de edad, al denegar su restitución, y que viola el compromiso del Estado de adoptar medidas contra los traslados y las retenciones ilícitas de niños. Aduce que el fallo contradice el mejor interés del niño, cuyo respeto impone la reposición inmediata del estado anterior a la retención ilegal, al tiempo que descarta que se configure un grave riesgo para el joven en el caso de retornar a España, sustentado en los exámenes psicológicos practicados en Barcelona y en la abrupta desvinculación que sufrió respecto de su padre. Encuadra la negativa del niño a regresar en la influencia del entorno familiar en que se desenvuelve y en su propia estructura psíquica vulnerable, la que descarta que se haya configurado a raíz de la convivencia con su progenitor. Señala que, frente una situación de riesgo, procede adoptar medidas para garantizar el retorno seguro del niño, y que el rechazo del reintegro constituye el último recurso. Detalla que el único asunto a dirimir era la ilicitud de la retención y que se han afectado garantías de los artículos 17, 18, 31 y 75, incisos 22 y 23, de la Carta Magna y reglas internacionales concordantes (v. fs. 541/558).

Conferida vista a la Sra. Defensora General de la Nación, se expidió, en definitiva, porque se desestime el recurso y se confirme la sentencia impugnada (cfr. fs. 602/606).

-III-

La apelación federal es formalmente admisible ya que, como bien observa el *a quo* -fs. 590 vta.-, se ha puesto en debate la inteligencia y aplicación de los artículos 13 del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980) y 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, y la resolución impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en esos preceptos (art. 14, inc. 3º, ley 48).

En ese marco, el estudio no se encuentra limitado a los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que atañe a esa Corte Suprema realizar una declaratoria sobre el punto debatido (v. Fallos: 330:3758, 4721; 333:604, 2396; entre otros). A ello se agrega que las particularidades de la cuestión disputada, la estrecha conexión de los elementos fácticos con la hermenéutica de la materia federal y la generalidad que exhibe el auto de concesión del recurso, tornan razonable un examen amplio del problema arribado a esta instancia.

-IV-

En esa tarea, incumbe reseñar que C.S.A. y M.F.D.O. convivieron desde el año 2000 en el municipio de Mataró, provincia de Barcelona, Reino de España, y que de esa unión nació X.S.D., el 14/02/03 (esp. fs. 24/25, 27, 34, 36, 80/83 y 275 vta., ítem C, del principal y fs. 5 y 8 del agregado).

En el *sublite* no se discute que, al tiempo de viajar el niño y su madre a la Argentina, el 04/9/12, los miembros de la pareja y su hijo eran vecinos del ayuntamiento de Mataró, en el que X. había habitado ininterrumpidamente desde su nacimiento, y en el que se situaba la vivienda familiar -adquirida mediante un crédito hipotecario y, más tarde, cedida en pago de la deuda- (esp. fs. 28, 29, 32, 34, 36, 38, ítem tercero, 39, ítem sexto, 42/43, 168/174 y 217/246, entre otras).

Tampoco se contiene que, al momento de producirse el alejamiento que

CSJ 4187/2015/CS1

*Procuración General de la Nación*

da origen a estas actuaciones, la ley española encomendaba la elección del domicilio del hijo menor de edad a la voluntad concurrente de los padres, así como que les confería el ejercicio de la responsabilidad parental compartida (v. fs. 78/79 y demanda del 24/04/13 a fs. 80/83).

A su vez, resulta que las partes, en ocasión de extinguir la unión de hecho que los vinculaba, se dieron un estatuto destinado a regir las relaciones parentales, por el que se reconocía la tenencia a la madre y se establecía el régimen de alimentos y visitas, entre otras cláusulas. De ellas nos interesa aquí que, si bien se autorizaban los viajes de X. a Argentina para visitar a los familiares maternos, se exigía la autorización escrita del progenitor para mudar la residencia de Mataró, previéndose en el caso de divergencia un pronunciamiento judicial (v. fs. 35/41).

En ese contexto, las probanzas examinadas no dan cuenta del propósito común de variar la residencia habitual de X.S.D., sino de una mera estancia pasajera en Argentina, generada por una situación de salud en la familia materna (cf. pasajes aéreos e informe de la terapeuta española; fs. 42 y 128, párrafo final). Adviértase que, como lo observaron los jueces, la progenitora no ha acompañado a la causa la constancia escrita ni la venia judicial requeridas por el acuerdo para mudar el domicilio del menor (esp. fs. 38).

Además, si se hiciera abstracción de lo convenido por los interesados y se acudiese al CH 1980, en tanto confiere virtualidad al asentimiento tácito del progenitor desasido, aquella conclusión no variaría (cf. art. 13, inc. a). Es que, desde la perspectiva convencional, las autoridades de la República no se hallan habilitadas para conjeturar la anuencia paterna -previa o sobreviniente- a partir de extremos que carecen de la certeza exigible, como los esgrimidos al contestar la demanda (v. esp. fs. 285vta.; 286vta., 287 y 293); máxime, si se advierte que el pedido de restitución fue iniciado el 21/01/13 -esto es, trece días después del regreso fallido-, y desde entonces no ha sido desistido (fs. 23 y 42).

No obstante ello, y como bien señala la corte bonaerense, las autoridades del país de refugio no están obligadas a implementar la restitución si se verificase -en lo

que nos interesa- alguna de las hipótesis previstas por el artículo 13, inciso b), CH 1980, es decir: (1) grave riesgo de exposición a un serio peligro físico y psíquico, o de que se coloque al niño, de cualquier otra forma, en una situación intolerable; (2) comprobación de que el propio menor, con una edad y grado de madurez de los que resulte apropiado considerar sus opiniones, se opone al regreso.

Luego, el examen debe ajustarse a la configuración de las circunstancias mencionadas, en estrecha vinculación con el alcance que, dentro de la estructura del CH 1980 y de la Convención sobre los Derechos del Niño, debe acordarse a la opinión y al mejor interés de X.S.D.

-V-

En cuanto a la cláusula de grave riesgo legislada en el artículo 13, inciso b), es preciso partir de los estándares expuestos en los precedentes de Fallos: 318:1269; 328:4511; 333:604; 334:913, 1287, 1445 y 335:1559 y en S.C. H. 102, L. XLVIII, “H. C., A. c/ M. A., J. A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, del 21/02/13; y S.C. S. 977, L. XLVIII, “S., D. c/ R., L. M. s/ reintegro de hijo y alimentos”, decisión del 02/07/13; entre otros).

En particular, debe recordarse que el artículo 13, inciso b), contempla un supuesto de excepción, lo que implica que quien se opone a la restitución y entiende que se configura dicha causal debe demostrar con certeza que el reintegro entraña un severo peligro.

Asimismo, la facultad de denegar el retorno, requiere que el niño sufra un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Exige la concurrencia de una situación delicada, que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente.

Examinadas las circunstancias del caso desde la perspectiva rigurosa que imponen los criterios interpretativos enunciados, encuentro suficientemente demostrada

CSJ 4187/2015/CS1

*Procuración General de la Nación*

la probabilidad de que el regreso a Mataró conlleve un alto compromiso para la salud de X.

En efecto, la evaluación psicológica que realizó el perito designado por la Corte local -en el marco de una medida para mejor proveer resuelta a fojas 438-, en base a entrevistas individuales y a la administración de test, devela que "... [E]n relación a su vida en España, realiza un relato en donde no puede traer un solo recuerdo gratificante. Se angustia mucho recordando su vida allá. Su padre aparece como una figura autoritaria y violenta que permanentemente lo maltrataba y golpeaba...".

Agrega el perito que "... no solo es su padre el que aparece como fuente de miedo, malestar y angustia, también la escuela y su compañeros resultan fuente de recuerdos de maltrato y angustia, realizando un relato que por momentos resulta algo bizarro y persecutorio. En este contexto, la posibilidad de tener que regresar allí resulta sumamente amenazante para él, siendo fuente de importantes fantasías de muerte...". Y es que, en la fantasmática de X. España resulta "... el lugar de donde provienen todos sus sufrimientos, sufrimientos que ha logrado superar a partir de que se establecieron en Lanús con su madre". No obstante, aclara el profesional que "... hay elementos objetivos sobre los que se sustenta dichas fantasmática y que generaron los distintos ataques de violencia descriptos en los informes médicos enviados desde España...".

En virtud de lo expuesto, puntualizó, "... y teniendo en cuenta la labilidad psíquica del niño, se considera que de enviar de regreso [a X.S.D.] ...a España a dirimir la presente situación, existe grave riesgo de que se produzca un quiebre con la realidad..." (fs. 453/454).

Más adelante, al rendir las aclaraciones que le propusieron los litigantes, el experto vuelve sobre estas ideas, manifestando que "... la angustia de [X.S.D.] ante la posibilidad de regresar a España no solo está centrada en el progenitor -aunque éste es la principal fuente- sino en el lugar en sí, dado que en su fantasmática es toda su vida allí la que le generaba malestar..." Añade que "[n]o se puede aseverar que nos encontramos ante un delirio, dado que nos encontramos con un sujeto en proceso de constitución, con un niño, y la dimensión de la imaginación y la primacía de la omnipotencia infantil

sobre el criterio de realidad todavía es normal. Pero sí se aparecen indicadores de fallas en el proceso de constitución subjetivas...”. Concretamente, “... nos encontramos ante un sujeto en proceso de constitución subjetiva, que ha tenido que atravesar a lo largo de *toda* su corta vida situaciones altamente traumáticas. El niño deposita en su vida en España, pero especialmente en su progenitor y en los compañeros de escuela estos hechos, y la posibilidad de tener que regresar allí le generan tal montante de angustia y miedo que lo colocan al borde de la desorganización psíquica, lo que podría producir dicho quiebre...”.

Apunta el perito que “[d]ado que [...] nos encontramos ante un sujeto en proceso de constitución, no es posible realizar un diagnóstico del mismo, toda vez que aún se pueden esperar cambios subjetivos en [él]. Sí se pueden distinguir síntomas que dan cuenta de la vulnerabilidad psíquica a la que se encuentra expuesto y cuáles son las situaciones de riesgo que podrían agravar dicha vulnerabilidad y generar una crisis en su psiquismo...” (v. fs. 464/466).

A mi modo de ver, la densidad de los señalamientos transcritos no puede ser desatendida, sobre todo porque el inquietante pronóstico se inserta en el contexto de los antecedentes españoles del caso, reconocidos por ambos padres, según los cuales los efectores escolares y de salud catalanes ya habían detectado y confirmado a nivel psico-diagnóstico, indicadores de alteraciones conductuales -tan categóricos como golpearse la cabeza contra la pared, además de otras actuaciones auto y héteroagresivas-, a la vez que daban cuenta de la frustración experimentada en el contexto de una adaptación social insatisfactoria y de un cuadro de depresión infantil (v. esp. fs. 56/58, 64, y 74/76 e informe del terapeuta que asiste a X. en el país, fs. 177).

Este cuadro, de una llamativa seriedad, me lleva a tener por verificado en autos el peligro de connotaciones estrictas al que se refiere el Convenio de 1980, puesto que pone de manifiesto el intenso sufrimiento que el niño ha padecido mientras vivía en España, así como las repercusiones que el regreso podría operar en su aparato psíquico, extremadamente vulnerable y lábil. En palabras del experto -lo reitero- la idea de volver resulta tan amenazante, que le provoca a X. un alto grado de angustia, miedo, malestar,

CSJ 4187/2015/CS1

*Procuración General de la Nación*

e importantes fantasías de muerte; panorama al que se adiciona el peligro de sufrir una desestructuración yoica.

La probabilidad de tan serio y devastador efecto, técnicamente justificada, encuadra también en el supuesto contemplado por el artículo 13, inciso b), del CH 1980 como “situación intolerable”. Por ende, más allá de las causas a las que pueda obedecer ese profundo malestar emocional, es mi opinión que no debe someterse a este niño a una experiencia tal que lo coloque al borde de una crisis como la descripta por el perito en el informe.

No se trata, pues, de una perturbación fruto de la ruptura de la estancia con uno de los padres o de la desarticulación del marco familiar, sino de una situación extraordinaria y traumática que pondría en riesgo la integridad de la persona menor de edad, circunstancia intolerable que -interpreto- no puede paliarse remitiendo las posibles consecuencias al seguimiento institucional propio del llamado regreso seguro, en la que pretende situarla el apelante.

-VI-

Resta por examinar la virtualidad de la oposición del niño a ser restituido, aspecto que fue objeto de estudio en el dictamen de esta Procuración General publicado en Fallos: 333:604.

Allí se transcribieron consideraciones del llamado informe “Pérez-Vera”, en torno a que el Convenio 1980 admite que la opinión del menor respecto a la cuestión esencial de su retorno pueda ser decisiva si, a juicio de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficientes. “... Por esta vía, el Convenio brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés..., [extremo que] era indispensable dado que el ámbito de aplicación del Convenio *ratione personae* se extiende a los menores hasta el decimosexto cumpleaños; y es que, hay que reconocer que sería difícilmente aceptable el retorno de un joven, por ej. de quince años, contra su voluntad...” (v. párr. 30).

Se señaló, además, que los magistrados reunidos en el Foro de La Haya (2005), se dedicaron igualmente al delicado tema del parecer de los hijos, subrayando la

distinción que debe hacerse, por un lado, entre opinión sobre el tema de fondo/objeción al regreso; y, por la otra, entre voz del niño/voz del progenitor, preocupación esta última que ya estaba presente en el Reporte del Segundo Encuentro de la Comisión Especial (v. cuestión 23).

Asimismo, se recordó que este Ministerio Público ha llamado la atención, en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, acerca del delicado ejercicio de prudencia que conlleva el respeto cabal por el derecho de los niños a ser escuchados (v. esp. Fallos: 335:1136).

Retomando esa perspectiva conceptual, pondero que en este supuesto se configura la excepcional situación de un rechazo vehemente y férreo (v. esp. fs. 314vta., 514 y 528vta., punto B). Es decir que, como bien expresa la Sra. Defensora General ante esa Corte, se verifica una oposición en los términos del artículo 13, inciso b), párrafo 2º, del acuerdo, tal como fueron interpretados por el Alto Cuerpo, expuesta enfáticamente ante el superior tribunal provincial por un joven de casi doce años, e inserta en el marco de los antecedentes de acentuado sufrimiento reseñados en el punto anterior del presente dictamen.

Es en ese contexto en el que debe apreciarse la opinión de X., ya que los procesos psíquicos detectados y descriptos por el perito oficial, avalan la conclusión de que estamos aquí ante una voluntad cualificada, que no está dirigida a la custodia o a las visitas, sino al reintegro al país de su residencia habitual. Tampoco consiste en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un irreductible repudio a regresar. Finalmente, la pericia presta respaldo a la idea de que el menor está transmitiendo su genuino y autónomo punto de vista, que halla explicación y correlato en las vivencias experimentadas en Mataró, calificadas por el psicólogo como altamente traumáticas.

-VII-

En tales condiciones, entiendo que corresponde admitir el recurso federal y confirmar la sentencia apelada, sin perjuicio de instar a las partes a que implementen responsablemente y de buena fe la continuidad del contacto de X.S.D. con su progenitor,

S

A

C

C/D

M

F

S/ REINTEGRO DE HIJO

CSJ 4187/2015/CS1

*Procuración General de la Nación*

así como la realización sostenida de la terapia indicada por el señor perito oficial en su informe.

Buenos Aires, 29 de abril de 2016.

  
Adriana García Netto  
Procuradora Fiscal  
Subrogante

  
ADRIANA N. MARCHISIO  
Subsecretaría Administrativa  
Procuración General de la Nación