

Partes: G. L. s/ por su hijo G. P. T. por restitución s/ familia p/ rec. ext. de inconstit. – casación

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Procuración General de la Nación

-I-

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza revocó el fallo de grado y ordenó “la restitución de T.G., hijo menor de los litigantes, a la República de Italia (fs. 7631765, 865/871 Y 1010/1022 del principal, a cuya foliatura me referiré, salvo aclaración).

Dijo, en suma, que no cabe convalidar la ilicitud del traslado por el mero transcurso del tiempo o la integración del niño a un nuevo centro de vida, aun cuando un nuevo desplazamiento resultare conflictivo. Hizo hincapié en que el progenitor instó la restitución antes de transcurrido un año desde el traslado y no consintió la permanencia del menor en el país; en que no se patentiza un grave riesgo o una situación intolerable en el reintegro y en que la oposición del niño a retornar no luce autónoma sino inducida por la actitud de la madre.

Contra la decisión la accionada dedujo recurso federal, que fue concedido por hallarse implicada la hermenéutica de reglas internacionales de rango constitucional, en 10 referido a la aplicación de la directiva del mejor interés del niño (fs. 1 029/-I 050 Y 1085).

Conferida vista a la Sra. Defensora General de la Nación, se pronunció a favor de que se admita el recurso y se rechace el reintegro. Alegó que las consecuencias de siete años de trámite no pueden recaer sobre el menor, tanto más cuando durante ese lapso su existencia se consolidó en su actual centro-de vida en la ciudad de Godoy Cruz (v. fs.11 02/1113).

-II-

La recurrente aduce, en síntesis, la errónea interpretación de los artículos 12, 13 Y 20 de la Convención de La Haya de 1980 y 1,3 Y 12 de la Convención de los Derechos del Niño, así como el desconocimiento del mejor interés del menor de edad y la vulneración de las garantías consagradas por los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional.

Expone que el a qua ponderó las excepciones del artículo 13, inciso b), de la CH 1980, relegando que no se trata aquí de la conducta de los progenitores sino de las consecuencias nocivas que el reintegro podría importar para T. y que, en ese marco, no se efectuó un peritaje específico ni se valoró lo expuesto por el psicólogo del menor, así como tampoco se evaluó la escasa vinculación paterno-filial y la integración del niño en el país.

Destaca que los jueces italianos privaron a la madre de la responsabilidad parental en ausencia -por lo que la restitución implica el regreso del menor de edad con su padre-, y que la negativa de T. a retomar fue irreductible en todas las entrevistas, sin que resulte relevante que esa convicción, patentizada tras una prolongada estadía en el país, se apoye en experiencias rigurosamente propias y verdaderas. Refiere que la madre y el infante no fueron oídos por la justicia italiana y que se transgredió el orden público argentino.

-III-

El recurso es formalmente admisible por cuanto se encuentra en debate la interpretación de normas federales -CH 1980, Convención sobre los Derechos del Niño y la decisión es contraria al derecho que la recurrente pretende sustentar en ellas (art. 14, inc. 3 o, ley 48).

En ese marco, el estudio no se encuentra limitado a los argumentos de las partes o del a qua, sino que incumbe a esa Corte realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos:330:3758 y 4721; entre otros). A ello se suma que las particularidades del caso y el estrecho vínculo de los elementos fácticos con la inteligencia de la materia federal y con el esclarecimiento del mejor interés del niño, toman menester un examen amplio del asunto arribado a la instancia (fs. 1085 y Fallos: 327:3536 y 5736; 329:4438~ entre otros).

-IV-

La Sra. M.C.P., argentina, y el Sr. L.G., italiano, se conocieron y convivieron en la ciudad de Ancona, República de Italia, donde nació el hijo de la pareja, el 21 de diciembre de 2005. El niño es nacional italiano y residió en su ciudad natal hasta que su madre lo trasladó al país, el 3 de abril de 2009 (esp. fs. 3/13, 19,23, 24/26,521/523 Y 586/587).

El Sr. G. inició la demanda restitutoria, que fue cursada por la Autoridad Central italiana a su par argentina y fue recibida por ésta el 7 de septiembre de 2009 (v. fs.l).

No es objeto de debate actual que tanto el viaje como la estadía posterior en el país obedecieron a la decisión inconsulta de la madre, quien no estaba autorizada para desplazar unilateralmente al hijo común. Tampoco se controvierte que, al momento del desasimiento, la residencia habitual del niño se emplazaba en Ancona, República de Italia, cuya preceptiva dotaba al padre de derechos relevantes en el orden convencional (esp. fs. 871, ítem 7.4, párr. 10; y fs. 1013vta., ítem 1).

En ese marco, el asunto planteado quedó encuadrado en el artículo 3 del CH 1980, desde que el extrañamiento merece calificarse como ilícito, a lo que se agrega que el actor -como afirma el a qua y no rebate la apelante-, no consintió la permanencia de T. en el país (esp. fs.1 O 14vta./1O 15) .

No obstante ello, las autoridades del país de refugio no están obligadas a implementar el retomo, cuando se verifica -entre otras- alguna de las hipótesis previstas por el artículo 13 del CH 1980; esto es: i) grave riesgo de exposición a un serio peligro físico y psíquico, o de que se coloque al menor de edad, de cualquier otra manera, en una situación intolerable; y, ii) comprobación de que el propio menor -con una edad y un grado de madurez de los que resulte apropiado considerar sus opiniones- se opone al regreso.

En orden al primer aspecto, cabe aclarar que, como observa la recurrente, no se efectuó al niño un estudio específico acerca del grave riesgo, sino que se remitió a los peritajes practicados en el expediente sobre régimen de contacto y al testimonio del psicólogo que lo atiende (cfr. fs. 727, apartados 5,8 y 9 del principal; y fs. 183, 192/193 y 274/276 del expte. agregado), información que se actualizó en esta instancia a través de los reportes del equipo interdisciplinario de la Defensoría General de la Nación (v. fs. 1096/1098 y 1099/1102).

-V-

Estudiadas las circunstancias del caso, juzgo suficientemente demostrada la probabilidad de que la vuelta a Ancona conlleve un alto compromiso para la salud de T.

En efecto, la evaluación verificada durante el mes de mayo del corriente año por el equipo interdisciplinario de la Defensoría General de la Nación, asevera que el menor de edad no sufre alienación parental sino que, " . muy por el contrario, apela a defensas propias ante la terrible amenaza de separación que se encuentra atravesando y no cesa de manifestar, de una u otra forma, su deseo de continuar viviendo en su lugar y con los vínculos que él ha ido construyendo" (cfse. fs.1099 vta., último párrafo, y 1100 supra).

Puntualiza el trabajo referenciado que" . [e]l tiempo que [el pequeño] lleva viviendo en la Argentina no es sólo un tiempo cronológico sino que es también un tiempo subjetivo que tiene eficacia simbólica. Arrancarlo de esa eficacia es empujarlo al vacío de significantes, lo cual lo llevaría a una confusión y desorientación siniestra que él mismo nos anticipa con sus palabras y con sus síntomas. " (cfse. fs. 1100, párrafo 5°).

Concluye que "se infiere un riesgo cierto e inminente para su integridad física y psíquica, de concretarse la restitución. [dado que T.] tiene su vida, su universo simbólico de identificaciones en el lugar donde ha vivido y crecido desde los 3 años . " Adiciona el informe que "[d]ar lugar a la restitución es empujar[lo] a una situación de riesgo inminente, este riesgo es posible alertarlo en su doble vertiente, física y psíquica.

Sus palabras resultan contundentes: 'Si me llevan me mato. No me escuchan, para que vaya hablar. Esta gente no me escucha'. " (fs: 1098, párs. 2° a 4°; fs. 1101, pár. 4°; Y fs. 1101 vta., párs. 3° y 4°). A mi modo de ver, esos hallazgos no pueden ser desatendidos, máxime, cuando tan inquietante pronóstico coincide con los señalamientos del terapeuta que trata a T. desde abril de 2013. Ese profesional ha detectado claros factores con aptitud para dañar severamente la integridad física y mental de aquél, traducidos en síntomas, como temblor constante de la mano derecha, bruxismo y encanecimiento (fs. 830/834; esp. fs. 831 vta.). "Inclusive [adiciona] se puede afirmar que el menor podría sufrir por iniciativa propia un daño en su integridad física o en su vida . " (fs. 832 vta.). En esa misma línea, opina que " .efectivamente está en mucho riesgo de lastimarse.Uno no puede afirmar qué puede haber en el futuro, pero sí puede afirmar que puede entrar en una depresión si este hecho se consuma, el de su traslado, y tranquilamente puede pasar al acto . se va a quedar sin sostén . , en un país en que se habla otro idioma, y con alguien [el padre] con el que está muy enojado" (v. fs. 274/76 del expte. agregado 193112/6F; esp. fs. 276vta.

Igualmente, fs. 281 y 537/538 del principal y fs. 203/210 del agregado sobre régimen de contacto). Este última observación cobra particular relevancia tan pronto se advierte que la justicia italiana privó a la accionada M.C.P. de la "potestad de progenitor", como derivación del extrañamiento, y que confió exclusivamente el niño a su padre (en esp. fs. 797/809).

Este cuadro, de llamativa seriedad, pone de manifiesto las repercusiones que el regreso podría operar en el aparato psíquico de T. y, por lo tanto, me lleva a tener por verificado el peligro de connotaciones estrictas al que se refiere el artículo 13, punto b), del CH 1980.

La probabilidad de tan devastadores resultados, técnicamente explicitada, encuadra también en el supuesto receptado por el artículo 13b CH 1980 como "situación intolerable". Por ende, allende las causas y responsabilidades de este profundo malestar emocional, que el a qua atribuye

esencialmente a la actitud irrazonable de la accionada, no encuentro una base jurídica suficiente que justifique embarcar a T. en esa experiencia límite; tanto más cuando, interpreto, no cabe paliarla remitiendo las posibles secuelas al seguimiento institucional propio del llamado regreso seguro. Por ende, allende la visión aportada por el psicólogo del cuerpo auxiliar interdisciplinario provincial a principios de 2013 (v. fs.192/93 y 222 del agregado 1931/12/6F), de la que se hace eco la juzgadora, la magnitud del peligro diagnosticado en la actualidad es tal, que lo dota de suficiente significación en el orden convencional.

Cabe resaltar que, con arreglo al punto b) del artículo 13 del CH 1980, el interés del niño a no ser desplazado de su residencia habitual cede en estos casos ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable (Reporte Explicativo de Da Elisa Pérez Vera, párr.

29).

-VI-

En cuanto a la virtualidad de la oposición del menor de edad, este aspecto fue considerado por esta Procuración General de la Nación en el dictamen publicado en Fallos: 333:604.

Allí se transcribieron las consideraciones del reporte mencionado, en tomo a que “el Convenio admite . que la opinión del menor respecto a la cuestión esencial de su retomo o no retomo pueda ser decisiva si, en opinión 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 los intérpretes de su propio interés.” (cfr. párr. 30).

Se anotó, además, que los jueces reunidos en el Foro de La Haya del año 2005, se dedicaron al complejo tema del parecer de los hijos, subrayando la distinción. que deben hacer los jueces, por una parte, 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” (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 del niño a ser escuchado (esp. Fallos:335:1136).

Retomando esa perspectiva conceptual, aprecio que en las actuaciones se da la excepcional situación de un rechazo vehemente y férreo. Es decir, que se verifica una oposición -en los términos del artículo 13b CH 1980, tal como fueron interpretados por esa Corte-, expresada enfáticamente ante los jueces locales por un niño de casi once años, e inserta en el marco de los antecedentes de acentuado sufrimiento reseñados en el acápite anterior (v. esp. fs. 995,1001 vta. y 1018 vta. del expediente principal; y fs. 171, 178 vta., 182, 190/191,282 Y 290 vta. del expte. agregado 193112/6F sobre régimen de contacto).

Es en ese contexto en el que debe apreciarse la opinión de T., ya que los procesos psíquicos revelados y descriptos por el equipo técnico de la Defensoría General de la Nación avalan ampliamente la conclusión de que estamos aquí ante una voluntad cualificada, contraria al regreso al país de residencia habitual. Tampoco consiste en una mera preferencia o negativa sino en una

verdadera oposición, razonada como un repudio irreductible a volver a Italia. Finalmente, contra el parecer explicitado por la corte local, el informe presta respaldo a la idea de que T. está transmitiendo su genuino y autónomo punto de vista.

Las conclusiones expuestas no importan desconocer los señalamientos de la juzgadora, en tomo al comportamiento arbitrario y dilatorio puesto de manifiesto por la progenitora y por su representación letrada (esp. fs. 1016vta., 1017, 1018vta./1019 y 1020vta.), sino -repito- asentir a la existencia de una realidad extraordinaria y traumática que, de traducirse en un reintegro, pondría en grave riesgo la integridad física y mental del niño.

Estimo que la índole de la solución propuesta me exime de tratar restantes agravios de la demandada, tales como los explicitados en tomo a un supuesto exceso en la jurisdicción o a la falta de valoración del orden público argentino (cf. fs.1035, 1046 Y 1049 vta.).

-VII-

Considero que lo expuesto hasta aquí resulta suficiente para proponer que se haga lugar al recurso extraordinario de la accionada y se revoque el pronunciamiento apelado.

Solo resta, luego, sumarme a la preocupación que este Ministerio Público Fiscal y la Corte Suprema vienen explicitando con relación a la conducta de los adultos involucrados, a quienes se recomienda que acompañen y sostengan a T. con el equilibrio y la responsabilidad que requiere la delicada situación en la que este menor se encuentra inmerso.

Asimismo, y como lo destacué en el expediente CN 35893/2011/21RH1; "G., J.D. c/ C., M.V. si reintegro de hijo", dictamen del 15/06/16, dado los derechos en debate, sugiero que se haga saber a las autoridades correspondientes la conveniencia de considerar el dictado de normativa procesal específica en la materia, teniendo en cuenta los objetivos del CH 1980, que promueva la agilización de estos procesos y disminuya la litigiosidad.

Buenos Aires, 9 de septiembre de 2016.