

DERECHO DE FAMILIA, SUCESORIO Y REGÍMENES MATRIMONIALES

Leonor Etcheberry Court

Profesora de Derecho Civil
Universidad Diego Portales

SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS.
TRIBUNAL CORTE SUPREMA. FECHA: 11
DE MARZO DE 2014, ROL 9869-2013

Ante el Juzgado de Familia de Talcahuano, doña S.Y.P.M deduce solicitud de restitución internacional en virtud del Convenio de La Haya de 1980 (en adelante el Convenio), en contra de don S.A.V.N., a favor de la niña S.Y.V.P., quien está siendo retenida de forma ilícita en Chile por el demandado y solicita que se disponga la inmediata restitución de la menor a su país de residencia habitual, esto es, Argentina, con costas. En la contestación el demandado se opone a la restitución argumentando la existencia de un grave riesgo de que el regreso de la niña la exponga a un peligro físico o psicológico o de algún otro modo la ponga en una situación intolerable, según lo previsto en el artículo 3° letra b) del Convenio.

Por sentencia 20 de marzo de 2013, el tribunal de primera instancia acogió la demanda de restitución en virtud del tratado internacional, ordenando el regreso de la menor a Argentina.

La Corte de Apelaciones de Concepción rechazó el recurso de casación en la forma y confirmó la sentencia de primer grado.

La Corte Suprema conoce del caso, ya que el demandado deduce recurso de casación en el fondo.

La menor tiene diez años, es hija de las partes, tiene nacionalidad chilena, y sus padres se encuentran separados.

La menor vive con la demandante y tiene su residencia habitual en Argentina hace cinco años. Se trasladó a Chile con el padre en enero de 2012, siendo autorizada por la madre, por un plazo de treinta días, el cual se encuentra vencido.

Antes de esto, la niña vivía con el padre en Chile, y cuando fue de vacaciones con su madre, esta no la dejó volver.

En ambos casos, se produjo lo que el Convenio tipifica como retención ilícita; retención que no ha sido controvertida por las partes, por lo cual se tiene por acreditada.

Respecto de este fallo es necesario referirse a dos cuestiones fundamentales en la aplicación de este Convenio:

I) EL INTERÉS SUPERIOR DE LA MENOR DE AUTOS

Debemos destacar que en el caso que analizamos la Corte solo tangencialmente se refirió al interés superior del

menor, pero no del menor en particular, sino en forma general, señalando que su decisión había sido tomada protegiendo este interés. En el considerando tercero señala:

“Que sobre la base de los hechos narrados precedentemente, los jueces del grado estimaron que el interés superior de la niña de vivir con sus padres no puede ampararse en una situación de auto tutela como la ejercida por el padre, privando a la madre de su cuidado en forma arbitraria... Asimismo, estiman los sentenciadores que los hechos probados importan una alteración de facto, contraria al ordenamiento jurídico, cuanto más si se involucra a menores de edad, cuyos derechos pueden ser violentados con esas actuaciones y que la excepción prevista en el Convenio debe interpretarse de manera restrictiva y orientada al interés superior del niño”.

Nada más se señala, por lo cual lo anterior puede servirle a cualquier niño y en forma bastante abstracta. Siguiendo la observación general N° 14 de la Naciones Unidas señala de forma clara:

“el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales”.

Dentro de lo que las Naciones Unidas considera que debe tomarse en cuenta son: la opinión del niño, la que en el caso de autos fue manifestada por la menor; la identidad del niño, la niña tiene la nacionalidad chilena y se ha desarrollado, tanto en Chile como en Argentina, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, en este caso hay familia en ambos países y el idioma es el mismo. Por lo cual, bastará para la Convención poner las frases ambiguas, genéricas y abstractas para que se entienda cuál es el interés superior de esta menor.

En un gran porcentaje de sentencias que se pronuncian nuestros tribunales señalan lo siguiente acerca del interés superior:

“el denominado Principio del Interés Superior del Niño, consagrado e inspirador de la Convención en estudio y de vigencia transversal en nuestro ordenamiento jurídico, el que si bien presenta un contenido indeterminado sujeto a la comprensión y a la extensión que cada sociedad y su momento histórico le asignen, puede sostenerse que alude o dice relación con la satisfacción integral de sus derechos, en todos los ámbitos de su desarrollo”.

Si bien este interés no está citado específicamente en la Convención, no quiere decir que lo ignore, ya que en el Preámbulo se dice de manera expresa que los Estados firmantes declaran

“estar profundamente convencidos de que el interés del niño

es una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”

y que ello los ha llevado a elaborar el convenio

“deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos”.

Según lo establece el Informe Dyer¹ (citado por Elisa Pérez en Informe explicativo sobre el Convenio, p. 6) al referirse al interés superior del niño, nos deja en claro el gran perjudicado

“la opinión que uno encuentra más frecuentemente expresada, es que la verdadera víctima de una sustracción de menores es el propio menor. Es él, el que sufre por perder de repente su equilibrio, es él, el que sufre el trauma de ser separado de los progenitores que siempre había visto a su lado, es él, el que siente las incertidumbres y las frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse muchas veces a un idioma extranjero, a condiciones culturales que no le son familiares, a nuevos profesores y a una familia desconocida”.

En el caso que se analiza, si bien concordamos con la opinión vertida, tie-

¹ *Questionnaire et Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents*, elaborado por D. Adair Dyer, documento preliminar. N° 1, agosto de 1977

ne en este caso ciertos factores que atenúan esto, el idioma es el mismo, hay familia en ambos lados y la menor ya a su corta edad ha vivido en ambos países.

Qué pasa en nuestros tribunales con el interés superior del niño, se sigue pensando en que es suficiente poner una frase ritual, en que se diga

“y protegiendo el interés superior del menor, éste debe permanecer al lado de la madre que en este caso en particular vive en Argentina”.

Ante esto, los jueces debieron, siguiendo los parámetros aceptados por la observación general N° 14, por la Children Act de 1989 e, incluso, por los establecidos recientemente en el artículo 225-2, aunque ellos estén destinados a ayudar en el establecimiento de un cuidado personal, se usarán para establecer el interés superior del menor, pero del menor de autor, no de cualquier menor, por lo cual veamos cómo podemos adaptar esos parámetros a este caso, en el entendido que se debe construir un interés superior de esta menor.

A) Opinión de la menor

Considerando segundo letra K:

“Fue oída la menor, quien manifestó su interés de permanecer en Chile. Tal opinión se desestima, atendida la edad y la afectación emocional producida por la situación problemática de sus padres, además de haber residido los últimos

5 años en Argentina y a cargo de la madre”.

Realmente, ¿fue oída la menor? Porque el paternalismo por parte del tribunal es absoluto; es una niña de casi diez años; que ha vivido con su padre en un inicio y luego los últimos años con su madre, elegir vivir en Chile, ¿es elegir lo malo? Ella pudo comparar con conocimiento de causa, lo que ha sido la vida con ambos y más en específico lo que ha sido sus últimos cinco años con su madre en Argentina y elige Chile, es que la menor forzosamente va a elegir donde está peor? La Corte no la toma en cuenta atendida la edad, ¿a los diez años un niño no sabe elegir?, pero peor aún, ¿en qué se basaron los jueces para entender que la menor no tiene un juicio suficiente para esta decisión?, no se cita ningún peritaje a este respecto hecho a la menor.

B) El efecto probable de cualquier cambio de situación de la menor

En este punto es necesario detenerse, cualquier cambio que el juez vaya a determinar en la situación actual del menor, debe necesariamente, significarle un beneficio al menor; la menor a la llegada de Argentina, de acuerdo con los informes médicos y dental presenta desnutrición, pediculosis y afecciones dentales; todas condiciones que adquirió viviendo con la madre en Argentina; por lo cual en Chile ya se encontraba en tratamiento para revertir esas situaciones, cosa que no puede significarle un gran beneficio al menor, lo que justificarían los riesgos que todo cambio produce.

C) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres y demás personas de su entorno familiar

Está claro que en este punto, no hay nada que nos haga pensar que la niña tiene problemas con su padre o su madre o con las respectivas familias con las cuales ha estado viviendo en Argentina o con la que vivirá en Chile; no se desprende de ningún informe social acompañado, por lo cual se estima que ambos tienen una relación normal y aun así la menor elige al padre, al decir que quiere quedarse en Chile.

D) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado según su edad

Frente a este y dada las condiciones en que la menor llegó al país, no es posible sino concluir que la madre no es capaz de garantizar el bienestar de su hija, ya que las enfermedades de las cuales padece, son todas producto del descuido de quien la tiene a su cargo, de tal como lo dice la sentencia; frente a los certificados médicos y dentales acompañados

“tales hechos pueden considerar un caso de negligencia, pero no revisten la gravedad suficiente para dar por justificada la retención de la niña en el país”;

¿qué les hace pensar a los jueces que la negligencia cesará en lugar de empeorar, y que lo que hoy son situaciones sanables, se transformen en algo más grave?

E) Algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo

Lo analizaremos en el siguiente punto, ya que es una de las excepciones que permiten dejar al niño en el país de refugio, pero que también debe ser tomado en cuenta para determinar el interés superior del niño.

Si la Corte hubiera hecho un esfuerzo por construir el interés superior de la niña, sobre la base de los criterios anteriores, ¿habría fallado como lo hizo? De allí la importancia de abandonar un concepto teórico del interés superior y la necesidad de concretarlo en la niña en particular.

II) EXCEPCIONES QUE AUTORIZAN AL JUEZ PARA DEJAR AL MENOR EN EL LUGAR DE REFUGIO

A) En un 90% de las sentencias dictadas por nuestros tribunales en esta materia que ordenan que el menor debe permanecer en Chile, lo hacen invocando el artículo 13 letra B esto es que:

“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”.

Y dentro del 10% restante, unas se refieren a la opinión del menor, otras a que no se entiende cuál es el derecho del país de residencia habitual y otras a que el menor se encuentra adaptado a nuestro país.

El Convenio no define lo que debe entenderse por *grave riesgo* o *por situación intolerable*, si recurrimos al *Diccionario de la Real Academia* tenemos que entender que riesgo es definido como contingencia o proximidad de un daño; que grave significa de mucha entidad o importancia, intolerable que no se puede resistir o soportar.

Es cierto que al consagrar esta excepción lo ha sido en consideración a este principio y se ha señalado:

“el interés del menor a no ser desplazado de su residencia habitual, sin garantías suficientes de que la nueva será estable, cede en estos supuestos ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable”.

Que es lo que a juicio de nuestros tribunales sería este daño o esta situación que no se puede resistir o soportar por parte del menor, en la mayoría de las sentencias se observa de manera repetida y en ciertos casos redactados exactamente iguales, que el daño consiste en que el menor crezca separado de la madre, y que eso le traerá secuelas para el futuro. Por lo general lo anterior se establece por medio de peritajes psicológicos; pero debemos destacar que en los juicios también se acompañan peritajes que hacen ver la importancia de la presencia y la figura del padre, y que no son tomados en cuenta. Para ejemplificar esto señalemos que la Corte Suprema en sentencia de 18 de noviembre de 2011, señala en su considerando Décimo:

“Que desde este punto de vista no puede obviarse que el menor a que se refieren estos autos, es un niño de 3 años, que siempre ha vivido junto a su madre... Tampoco puede desconocerse la particular situación del menor dada por su condición etaria y etapa de desarrollo en que se encuentra, que si bien tanto la figura paterna como la materna son importantes y determinantes para su formación... En esta etapa de su niñez resulta indispensable la presencia de la madre, y de no tenerla o ser separada de ella, representa un grave riesgo, establecido en la letra b del artículo 13, como causal para dejar al menor en Chile con ella”.

Asimismo, la Corte Suprema señala en su sentencia de 30 de mayo de 2011 en los considerandos 8 a 11:

“el tribunal argumenta que debido a la condición etaria (2 años) y etapa de desarrollo en la que se encuentra la menor, la figura materna es fundamental para su formación, puesto que con ella se general el apego, elemento fundamental para la formación del niño en cuanto factor de protección y contención. Así por tanto la circunstancia de que la menor sea separada de su madre, constituye un riesgo efectivo e inminente en conformidad a lo dispuesto en el artículo 13 letra b”.

Al lado de estas dos sentencias, podríamos citar muchas más.

En este caso, sin embargo, hay un informe DAM que sugiere:

“que la menor permanezca con el padre considerando que su regreso a Argentina la pone en riesgo físico y psicológico”

Informe que también la Corte desestima, al igual que la opinión de la menor. Esto es, debemos entender que para la Corte es un peligro grave que el niño crezca sin su madre, solo porque la madre no está dispuesta a volver al lugar de residencia habitual del menor, respecto de niños que no presentan enfermedad alguna; y no es un peligro grave regresar a la menor en este caso, al lugar donde la dejaron desnutrirse y donde no le trataron las afecciones dentales (¿lo cual de aumentar puede ser irreversible?); en realidad no logra establecerse con claridad la postura de la Corte; si siempre devolviera a los niños a su lugar de residencia habitual, se entendería; pero a niños que no presentan daños, estima que es bueno que se queden y así fallan y en este caso con los daños que presenta estima que debe volver, porque la madre no puede ser privada de su cuidado en forma arbitraria, y la opinión de la niña además, ¿qué peso tiene?, en este caso ninguno; en contraposición a lo que señala la observación general N° 14 sobre el interés superior del niño, donde se dice que la opinión del niño es el elemento central de este interés y debe tener un lugar preponderante.

B) Otra de las excepciones que consagra el Convenio para no devol-

ver al niño a su lugar de residencia habitual señala:

“Cuando el niño *se opone a su regreso*, y ha llegado a una edad y a un grado de madurez en las que su opinión merece tomarse en cuenta (art. 13 inc. 2)”.

La niña así lo dijo, quería permanecer en Chile con su padre, esto es, se oponía a su regreso. ¿Quién decidió que no tenía edad o grado de madurez?, la Corte lo hizo, sin ningún análisis que dejara a la menor tranquila de porqué no se tomaba en cuenta su opinión; para ello, ¿utilizó algún peritaje psicológico hecho a la niña en que se estableciera cuáles eran las razones de su preferencia?, no se aprecia esto último en la sentencia. Entonces, la pregunta es la siguiente; oímos a los niños de acuerdo lo establece el artículo 12 del Convención de los Derechos Del niños y del artículo 242 del *Código Civil*; o es un simple trámite, para cumplir con ellos, pero después se desecha sin más la opinión; sin siquiera justificar la

razón de hacerlo; esto sería útil, sobre todo para la menor que no entenderá porqué no se tomó en cuenta su opinión y se falló una cosa totalmente distinta.

La Corte Suprema estima que la menor debe ser devuelta a Argentina lugar de su residencia habitual, ya que solo hay negligencia y no un grave riesgo. Creemos que la Corte no falla en favor de los hijos, sino en favor de las madres, y sobre todo en desmedro de los derechos de los padres.

La Corte debió haber construido el interés superior y analizar si el cambio era beneficioso para el menor.

En contrapartida, es necesario señalar que cumple con el objetivo del Convenio, que es lograr el pronto retorno del menor trasladado o retenido de manera ilícita a su lugar de residencia habitual; pero como existen excepciones para esto; excepciones que la Corte utiliza profusamente; no se entiende por qué en este no existe un grave riesgo y además tal como está señalado en la sentencia, no se entiende por qué no le asignan ningún valor a la opinión de la menor.