

GUILLERMO EDUARDO BARRERA BUTELER

Director

EL DERECHO ARGENTINO FRENTE A LA PANDEMIA Y POST-PANDEMIA COVID-19

TOMO II

*Colección de Estudios Críticos
de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de Córdoba*

COORDINADORES:
MAXIMILIANO RAIJMAN
RICARDO DANIEL EREZIÁN

Córdoba
2020

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS. LA EXCEPCIÓN DE GRAVE RIESGO Y COVID-19

LAURA MARTINA JEIFETZ¹

I. Introducción

En la actualidad, nos encontramos ante una situación mundialmente excepcional. La pandemia global del COVID-19 forzó a los gobernantes a tomar medidas extremas como el aislamiento social obligatorio, lo que modificó la rutina de miles de personas. Por supuesto, las relaciones de familia no están exentas a esta nueva realidad.

Entre las muchas reflexiones que las circunstancias actuales motivan, nos proponemos abordar el impacto del “coronavirus” en los procesos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes, a partir del análisis de un fallo dictado el 31 de marzo del 2020, por el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (División de Familia)². En esta coyuntura, podemos reflexionar sobre la posibilidad de integración del niño al nuevo medio, además de los obstáculos que pueden existir al momento de la ejecución³. No obstante, nuestra propuesta apunta a resolver el siguiente interrogante: ¿ante una solicitud de restitución, procede la excepción de grave riesgo

¹ Abogada. Magíster en Derecho de los Negocios Internacionales, Universidad Complutense de Madrid. Adscripta de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba..

² EWHC 834 (Fam.). England and Wales High Court (Family Division). Decisions, 31/03/2020. Disponible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2020/834.html>

³ JEIFETZ, Laura Martina. Desafíos en tiempos de emergencia sanitaria. Efectos del COVID-19 en la restitución internacional de niños, *elDial.com - DC2AD5*, 2020.

prevista por el Convenio de La Haya 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores⁴ (art. 13 inc. b)?.

II. Los hechos

La niña PT, nació en España en el año 2008. En 2012, los Tribunales españoles otorgaron la custodia a su madre, y establecieron un régimen de contacto entre la niña y su padre. En cuanto a los cambios de residencia, el Tribunal obligó a los padres a que se informaran mutuamente sobre cualquier modificación con treinta días de anticipación.

Pese al régimen vigente, el día 13 de febrero de 2020 la madre la trasladó de manera ilícita a Inglaterra. Por consiguiente, el padre exigió el inmediato retorno de PT en los términos de la Convención de La Haya de 1980 y bajo el art. 11 del Reglamento de Bruselas II BIS.⁵

Como defensa, la madre opuso la excepción de grave riesgo en los términos del art. 13 inc. b de la Convención de La Haya de 1980 (en adelante, el Convenio o la Convención) y afirmó que la niña podría contraer COVID-19 si se decide su retorno, afectando gravemente su salud.

Finalmente, el juez de la causa sostuvo que la situación de pandemia actual no es suficiente para hacer lugar a la excepción de grave riesgo, y en un plazo de 21 días, ordenó la restitución de la niña al lugar de residencia habitual, España. Todo el proceso se llevó a cabo de manera remota.

III. La excepción de grave riesgo en tiempos de COVID-19

En el caso de estudio, la madre sustractora argumentó que el regreso de su hija a España la expondría a un grave riesgo teniendo en cuenta la alta posibilidad de contraer el virus. Además, agregó que tenía un video del padre de PT amenazándola de muerte y mensajes de texto ofensivos, aunque debido a las medidas de confinamiento –según afirmó– no logró acceder a tales pruebas.

⁴ El Convenio, vigente desde 1983 posee en la actualidad 101 Estados contratantes (junio 2020). Argentina lo ratificó mediante ley N° 23.857 en 1990.

⁵ El art. 11 regula la restitución internacional de menores dentro de la UE en similares términos que el Convenio de La Haya 1980.

Cabe recordar, que incluso si los hechos de violencia hubiesen sido probados, no corresponde al juez de la restitución evaluar las cualidades de los progenitores para ejercer la guarda⁶ ya que eso será discutido en el Estado de residencia habitual y de acuerdo a la ley vigente en ese país⁷. En definitiva, el juez deberá sopesar si los hechos denunciados pueden ser controlados en el Estado de origen.⁸

En este sendero, probadas algunas de esas denuncias la pregunta que debe efectuarse el juez interviniente es: ¿existen instituciones en el Estado de residencia habitual que puedan proteger al niño de algún tipo de violencia por parte del otro progenitor? Si la respuesta es afirmativa la restitución debe ordenarse de manera inmediata. Si la respuesta es negativa, previo examen minucioso de las probanzas de tales extremos (no existen instituciones o procedimientos que protejan al niño), podrá impedirse el regreso del menor.

De esta forma, la excepción de grave riesgo puede admitirse cuando el reintegro exponga a los niños a un peligro grave físico o psíquico o a una situación intolerable, lo cual debe ser probado por quien opone la excepción. Estas afirmaciones, no deben ser simples temores, meras sospechas o presunciones, sino que quien se opone a la restitución debe demostrar los hechos en que se funda y ello requiere de pruebas concretas, claras y contundentes⁹. Su valoración debe efectuarse con criterio sumamente restringido.

En relación al COVID-19, la Corte británica se basó en dos cuestiones fundamentales para rechazar la excepción interpuesta por la madre. La

⁶ La Convención dispone un mecanismo autónomo respecto a las cuestiones de fondo atinentes a la guarda del menor. Recordemos que la guarda comprende las relaciones patrimoniales, y abarca la obligación de los padres de proteger a sus hijos. En relación a los hijos, la obligación de convivir en el hogar con sus padres. ECHEGARAY de MAUSSION, Carlos Eduardo-LUCERO, Myriam Diana. El carácter ilegal del traslado o retención: la determinación de algunos conceptos utilizados por el Convenio de La Haya. *Actualidad Jurídica. Familia y minoridad*, 2007.

⁷ Con respecto a ello, la CSJN incluso ha reiterado que la decisión de restitución no implica que los menores deberán retornar para convivir bajo la custodia del progenitor requirente (Fallos 318:1269; 328:4511).

⁸ LARGHI, Alberto. Las excepciones a la restitución, en TAGLE de FERREYRA, Graciela. *La Restitución Internacional de menores: doctrina judicial y rol de las autoridades centrales. Visión práctica*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2016, p. 137-144.

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. 27/12/2016, “G.L. s/por su hijo G.P.T. por restitución s/familia p/rec. ext. de inconstit. -casación”.

primera, la pandemia se encontraba más avanzada en España que en Reino Unido. El Tribunal describe que al momento de redacción de la sentencia (29 de marzo de 2020) el número oficial de muertos ascendía a 1.228 en Reino Unido y a 6.528 en España. Ante estas estadísticas, podría sostenerse que estaría en mayor riesgo de contagio en su país de origen. La segunda, el riesgo que conlleva realizar un viaje internacional en la actualidad. Remarcamos que en ese momento no estaban suspendidos los vuelos en ese país.

A pesar de ello, el magistrado consideró que no existe evidencia suficiente respecto a esas dos cuestiones y aclaró que en caso de que las hubiera, la situación a nivel nacional y mundial cambia a tal velocidad que cualquier evidencia podría quedar desactualizada.

Finalmente, luego de valorar lo comunicado por el Gobierno de Reino Unido en relación a que la niña no es grupo de riesgo y que, si bien reconoce que en ese momento el virus estaba más avanzado en España, concluye que existe el mismo riesgo de contraer el virus tanto en Inglaterra como en España.

También advierte que en ambas naciones los gobiernos dispusieron severas medidas de distanciamiento social. Al mismo tiempo, reconoció que tomar un vuelo implica mayor exposición al virus, pero si –hasta ese momento– los vuelos no habían sido cancelados en su totalidad es porque no existe tal grave riesgo.

En efecto, poniendo esos tres elementos principales en consideración, ordena la inmediata restitución de PT a España y concluye, que no existe “grave riesgo” en los términos del art. 13 inc. b. del Convenio. En esta dirección, enfatiza en que el retorno se efectúe sin demora. Cualquier dilación podría tornar imposible el regreso (cancelación de vuelos, cierre de fronteras, etc.). Simultáneamente, asume un punto de vista práctico y detalla las medidas necesarias para materializar la restitución (medidas de regreso seguro).

A estas alturas, nos planteamos: ¿cabría el mismo resultado si el lugar de origen del niño fuera un país donde pocas medidas se han tomado o las dispuestas resulten insuficientes? ¿Qué ocurriría si el niño retenido sufriera alguna afección pulmonar (Ej.: asma) o enfermedad inmunológica que lo exponga a un riesgo aún mayor? Y avanzando un paso más en las hipótesis, ¿cuál sería el resultado si en el Estado de refugio la pandemia se encuentra en sus últimas fases, mientras que en el Estado de origen aún se encuentra en pleno desarrollo?

Del mismo modo, ¿cuál riesgo específico puede configurar el virus para el niño? La norma menciona tres tipos de grave riesgo: peligro físico, psicológico o ser puesto en una situación intolerable. De acuerdo a la Guía de Buenas Prácticas, Parte VI, sobre el art. 13 inc. b)¹⁰ cada tipo se debe considerar de manera independiente para justificar la excepción de la pronta devolución del niño.

Si bien los niños no se encuentran contemplados como población de riesgo, está claro que el COVID-19 podría generar daños de tipo físicos, aunque tampoco deben subestimarse los efectos psicológicos que puede generar el aislamiento social y/o el contagio. En marzo, la Organización Mundial de la Salud declaró que el coronavirus está provocando miedo y preocupación en la población¹¹. Por ende, si bien la infección puede producirse o no, el daño psicológico potencial es casi inevitable en un niño con madurez suficiente como PT (12 años). Es decir, la devolución traería aparejada un cierto riesgo de orden psicológico, sumados a los propios del retorno.¹²

Actualmente, la problemática fundamental surge sobre el modo de evaluar esos riesgos en los pedidos de restitución internacional de niños. En este punto la Guía Buenas Prácticas nos ofrece un análisis esclarecedor al abordar los riesgos asociados con la salud del niño/a. Si bien no se menciona la circunstancia especial de una pandemia mundial, la Guía ofrece algunas pautas que pueden resultar orientativas.

El Párrafo N° 62 de la Guía señala que si lo que se encuentra en peligro es la salud del niño, el juez debe centrar el análisis en la disponibilidad de tratamiento en el Estado de residencia habitual y no en una comparación entre la calidad de atención de cada Estado. Explica que el grave riesgo se produce sólo en aquellos casos donde un tratamiento es o sería necesario

¹⁰ Este instrumento de *soft law* de reciente elaboración (marzo de 2020) ofrece pautas orientativas para jueces, abogados, AC y operadores jurídicos en general. Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores –Parte VI– Artículo 13 (1)(b). Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf#page=27&zoom=100,129,626>

¹¹ World Health Organization. Mental health and psychosocial considerations during the COVID-19 outbreak, 18/03/2020. Disponible en: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/mental-health-considerations.pdf?sfvrsn=6d3578af_10

¹² RUSINOVA, Nadia. Child abduction in times of corona. *Conflict of Law. Views and News in Private International Law*, 2020. Disponible en: <https://conflictoflaws.net/2020/child-abduction-in-times-of-corona/>

con urgencia y no se encuentra disponible o del todo accesible en el Estado de residencia habitual. De igual forma ocurre, si el niño no se encuentra en condiciones de salud lo cual le impide regresar a su hogar.¹³

Es así, que se despejan dudas sobre si el mejor o peor tratamiento en un Estado (Ej.: Inglaterra), en comparación con otro (Ej.: España), es un argumento válido para hacer lugar a la excepción. La respuesta es negativa, y debe ceñirse a que existan tratamientos o no en el lugar de origen. Esto indica que, si el juez constata que en el lugar de residencia habitual existe atención médico hospitalaria (personal médico capacitado, que el sistema de salud local logra dar respuesta a los contagiados, cuidados del paciente, seguro de salud, etc.) debe ordenar la restitución, sin reflexionar sobre la calidad de los tratamientos.

No obstante, constatar la existencia de tratamientos en el Estado de origen del niño puede no resultar del todo sencillo para el juez, teniendo en cuenta no solo las barreras idiomáticas sino también la urgencia que requieren estos casos. Resaltamos, que los plazos acotados que las normas de la Convención instituyen para el regreso de los niños ilícitamente trasladados, tiene como estricta finalidad respetar el interés superior del niño¹⁴. A estos impedimentos, se añaden circunstancias propias de la pandemia: muchas actividades e instituciones se encuentran suspendidas y que las perspectivas de cada país cambian minuto a minuto (estadísticas, cierre de fronteras, medidas de confinamiento, efectos en el sistema de salud, etc.).

En este panorama volátil, cobra protagonismo el deber de cooperación que asumen las Autoridades Centrales (AC) a la hora de proveer la información que fuera necesaria. En los casos que el tribunal deba efectuar la evaluación del riesgo, la cooperación y apoyo brindado por las AC, la labor de los Jueces de Enlace de la Red Internacional de La Haya, y la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed), permiten dar respuestas rápidamente y proporcionar detalles sobre medidas de protección –tratamiento- disponibles en el Estado de residencia habitual. En

¹³ La excepción de grave riesgo se admitió en el caso de un niño con epilepsia, donde los informes médicos mostraban de manera evidente que el viaje de regreso a Inglaterra podría acarrear graves daños en su salud e incluso su muerte. *State Central Authority v. Maynard*, 9 March 2003, Family Court of Australia (Australia). Referencia INCADAT: HC/E/AU 541. Disponible en: <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0541.htm>

¹⁴ DREYZIN, Adriana - CASOLA, Laura. La importancia de la celeridad para el resguardo del interés superior del niño en los procesos de restitución internacional de menores. *RDF: 81*, 39, 2017.

el marco del coronavirus, la información brindada será determinante para verificar la disponibilidad de cuidados adecuados en el país requirente.

También surgen relevantes, las comunicaciones judiciales directas, cuyo objetivo radica en disminuir las demoras que conlleva la diligencia y la admisión de resoluciones judiciales con la premura que estos procesos exigen. Con esta valiosa herramienta se logra profundizar el conocimiento sobre las circunstancias existentes en el lugar donde se encuentra el centro de vida del niño.¹⁵

X. Colofón

La crisis sanitaria del coronavirus ha atravesado todos los ámbitos de nuestras vidas, incluidas las relaciones de familia. A partir de este fallo del Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, reflexionamos sobre si el COVID-19 puede configurar la excepción de grave riesgo (art. 13 inc. b) del Convenio de La Haya de 1980. Así, nos atrevemos a afirmar que en todas las hipótesis planteadas no correspondería hacer lugar a tal excepción. Sin embargo, la casuística debe evaluarse de manera minuciosa y en forma particular. Cada solicitud tiene sus características propias y más aun tratándose de niños, niñas y adolescentes. En este marco, el análisis del juez debe enfocarse en las directivas propuestas por la Guía. Pese a ello, especial atención debe prestarse a la situación de niños con enfermedades preexistentes y por supuesto, las recomendaciones acerca de los grupos de riesgo.

¹⁵ HARRINGTON, Carolina. Comunicaciones judiciales directas. Un arma versátil para enfrentar desafíos procesales en el derecho internacional privado de familia. *LLC2018 (octubre)*, 3, 2017.