

Violencia de género. Restitución internacional de niños CSJN. “V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños”, 22 de octubre de 2020

Por Nieve Rubaja¹ y Emilia Gortari Wirz²

1. Introducción

Van Loon ha sostenido:

El impacto de la globalización en el desarrollo del Derecho internacional privado en materia de personas y de familia a nivel global, se hace particularmente manifiesto cuando el Derecho internacional privado es llamado a ofrecer protección contra los riesgos de la globalización, sobre todo para los niños. Y una vez más, observamos un cambio notorio, desde una visión anclada en el (foro) espacio del Estado-nación, hacia una perspectiva transnacional, o más bien, global. La cooperación directa institucionalizada entre autoridades administrativas especializadas (incluso, en algunos casos, agencias privadas especiales) y tribunales, se ha expandido alrededor del globo, trascendiendo fronteras en función del interés de los niños y las familias, dándole también forma concreta a normas globales de derechos humanos.³

1 Abogada y especialista en Derecho de Familia (UBA). Profesora de Derecho Internacional Privado (UBA, UNPAZ y UNDAV). Corresponsal y coordinadora del equipo de colaboradores en la preparación de sumarios para la base de datos sobre sustracción internacional de menores (INCADAT).

2 Abogada y maestranda en Derecho Internacional Privado (UBA). Auxiliar docente de Derecho Internacional Privado (UBA). Colaboradora en la preparación de sumarios para la base de datos sobre sustracción internacional de menores (INCADAT).

3 Van Loon, H. (2020). *El horizonte global y el Derecho Internacional Privado*. (Traducción de la obra *The Global Horizon of Private International Law, Inaugural Lecture 2015, Recueil des Cours de l'Académie de La Haya*, Vol. 380, 2016, pp. 9-108, realizada por Javier Laureano Ochoa Muñoz, Gonzalo Salazar, Saúl Blanco, Giancarlo

Estas palabras del Prof. Van Loon captan la situación que deja a la luz el flagelo de la sustracción internacional de niños como consecuencia de la creciente globalización que se ha dado a nivel mundial. Es decir, situaciones en las que uno de los progenitores de un niño, niña o adolescente (en adelante, NNA), de manera unilateral intenta modificar su residencia habitual, sin el debido consentimiento o autorización del otro/a progenitor/a y sin la venia supletoria de las autoridades competentes en caso de resultar necesaria. Frente a estos casos en los que diversos derechos humanos de los NNA se encuentran en juego, los Estados nacionales han diseñado mecanismos para la restitución internacional de NNA, con un claro sustento en la cooperación internacional, como una vía concreta para restablecer los derechos humanos vulnerados.

Nuestro país se encuentra vinculado internacionalmente por dos instrumentos internacionales a tales efectos: uno de ellos elaborado en un foro universal, el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante, Convenio de La Haya o CH 1980),⁴ y el otro, elaborado en un foro regional, la Convención Interamericana sobre sustracción internacional de menores (en adelante, Convención Interamericana).⁵ Tras tantos años de vigencia de estos instrumentos, es sabido que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) ha mantenido estrictos estándares en la interpretación y aplicación de sus disposiciones a los fines de cumplir con la finalidad de los mismos y con las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país.⁶ Asimismo, en la interpretación de estos instrumentos, y para alcanzar tales estándares y promover su uniformidad, han tenido un importante lugar diversos instrumentos de *soft law* elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, HCCH), como también en la labor posconvenio que esta viene desarrollando (entre otros, el informe elaborado por la Prof. Pérez Vera, la base de datos INCADAT y las Guías de Buenas Prácticas).⁷

Sin embargo, en el caso que sirve como disparador para este comentario, la CSJN, por primera vez, se ha expedido por el rechazo de una restitución. Para así decidir, ha tomado especial relevancia en su análisis la consideración del concepto “residencia habitual” en el marco del proceso de restitución y las particulares circunstancias del caso, la corta edad de la niña y la falta de un acuerdo de los progenitores en su determinación.⁸ Pero, además, en el caso se presentan interesantes argumentos por las partes vinculados a la relación entre los convenios de restitución, la Convención sobre los derechos del niño

Carrazza, Krizia Cincotti, Marian de Abreu, Shaday Forero, Ivette Fortuny, María Alejandra García, Rafael Gómez, Rafael González, Diana Iglesias, Freddy Medina, Harold Miñarro, Andreína Mussa, Cecilia Rivero, Ana Schepmans y Edgar Vivas). Caracas: Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), Editorial RVLJ (Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C. A.). Recuperado de www.asadip.org

4 Aprobado por Ley N° 23857 del 27 de septiembre de 1990. A julio de 2019 se vinculan por este instrumento 101 Estados. Ver estado de ratificación en www.hcch.net

5 Aprobada por Ley N° 25358 del 29 de noviembre de 2000. A la fecha se vinculan 14 Estados por este instrumento. Ver estado de ratificación en www.oas.org.

6 Cabe recordar que la finalidad de los convenios en materia de sustracción internacional de NNA es “garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante”.

7 Estos instrumentos se encuentran disponibles en la Sección Sustracción de Niños del sitio web de la HCCH: www.hcch.net

8 Hemos profundizado sobre ese aspecto en: Rubaja, N. y Gortari Wirz, E., Rechazo de una restitución internacional: el quid de la residencia habitual en una reciente jurisprudencia de la CSJN. *Revista Derecho de Familia* (en prensa).

(en adelante, CDN), otras convenciones de derechos humanos y, en particular, la Convención sobre todas las formas de eliminación de la violencia contra la mujer (en adelante, CEDAW, por sus siglas en inglés). Además, se cuestiona el nivel de profundidad de análisis que permiten los mecanismos de restitución internacional de NNA plasmados en los instrumentos internacionales vigentes y la celeridad en la resolución de estos casos y, si todo ello, no condiciona la interpretación del interés superior del niño.

Sobre estos aspectos nos proponemos reflexionar en el presente comentario. Para ello, partiremos de considerar que en la búsqueda del restablecimiento y concreción de los derechos humanos de los NNA que se encuentran vulnerados en estos casos, los convenios sobre restitución internacional de NNA devienen en instrumentos de derechos humanos y aspiran a la protección de su interés superior, delimitando tal interés en función del ámbito de conocimiento y finalidad de los instrumentos. Luego, profundizaremos sobre las situaciones en las que, además, se ponen en juego los derechos humanos de otras personas involucradas: concretamente los de las madres cuando ellas son las que sustraen ilícitamente a los NNA. Finalmente, procuraremos analizar cómo la solución en esos casos debe tender a la armonización de los derechos de todas las personas involucradas y cuáles son las herramientas disponibles para aspirar a ese objetivo. Los procesos de restitución internacional de NNA han devenido en una solución adecuada ante la complejidad de los escenarios que los caracterizan, coadyuvando al restablecimiento de los derechos humanos vulnerados dentro del ámbito familiar; ciertamente su aplicación práctica aún presenta importantes desafíos pero, sin lugar a dudas, sus aportes a la protección internacional de la niñez continúan siendo invaluable y la mejor alternativa disponible.

2. El caso “V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños”

Surge de las distintas resoluciones judiciales que el padre de la niña, de nacionalidad francesa, y la madre, de nacionalidad chilena y residente en nuestro país desde los 12 años, se conocieron en la ciudad de Buenos Aires por un viaje que realizó aquel a la Argentina en 2016. Al principio mantuvieron un vínculo a la distancia, pero en abril de 2017 el actor regresó al país para comenzar una relación de pareja. Convivieron en la casa de la madre de la demandada y, a los tres meses de la relación, C.R.S.Y. quedó embarazada. Contrajeron matrimonio en Buenos Aires en marzo de 2018 y en abril de ese mismo año nació la niña. El padre se desempeñaba como profesor de francés y en una editorial periodística, mientras que la madre trabajaba en la Embajada del Líbano hasta su renuncia en junio de 2018. El 22/9/2018 los tres emprendieron un viaje a Europa en donde recorrieron distintas ciudades y finalmente llegaron a Burdeos, ciudad de residencia de la familia paterna, donde permanecieron un poco más de un mes. La pareja había planeado que en enero de 2019 la niña y su madre viajarían a la Argentina y a Chile, y que luego de su retorno a Francia, viajarían todos juntos a Vietnam. A tales fines, el 27/11/2018 acudieron ante el tribunal francés correspondiente y suscribieron las autorizaciones de salida del país para el 9/1/2019, con retorno a Francia el 12/3/2019. La niña y la madre no regresaron en la fecha acordada, lo que motivó la solicitud de la restitución internacional de la niña por parte del padre.

En primera instancia se rechazó la restitución.⁹ Destacaremos dos aspectos que consideramos centrales en el fallo, en aras de la brevedad: por un lado, se contempla que la madre en ningún momento había consentido formar una familia en Francia, por lo cual su retorno a nuestro país y estancia en Argentina no podía calificarse como ilícito en los términos del Convenio de La Haya. Por el otro, se analizan las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país para combatir la violencia de género —como se verá en el apartado 4.1.1— y, en tal inteligencia, se entiende que

imponerle a la madre de su hija que nuevamente viva en Francia, lugar de su exilio, no sólo resulta una imposición que deviene en una forma de violencia específica —imponer residencia en forma unilateral—, sino que en el caso específico del lugar, dada la historia personal de la demandada, podría hasta resultar una cruel imposición compatible con formas aún más categóricas de modalidades violentas contra la mujer, y por ello resulta de aplicación la excepción prevista en el artículo 20 de la Convención de Restitución Internacional de Niños de 1980.

Vale la pena mencionar que C.R.S.Y. se había exiliado durante la dictadura de Pinochet.

A su turno, la Cámara de Apelaciones, Sala de FERIA, revocó la decisión de la anterior instancia e hizo lugar a la restitución.¹⁰ Entre otras consideraciones, el tribunal sostuvo que la CEDAW y el Convenio de La Haya deben ser interpretados armónicamente a los fines de lograr la más adecuada protección de todos los derechos en juego y que entre ellos no hay incompatibilidad. Además, se entendió que la controversia versaba sobre el motivo del traslado a Francia; es decir, si se había realizado con el objeto de residir o radicarse en la ciudad de Burdeos o con fines turísticos. A partir de la valoración de la prueba documental acompañada, se concluyó que el lugar de residencia habitual se encontraba en Francia, lugar al que la madre se había comprometido a retornar y que, por lo tanto, la permanencia de la niña en Argentina, en contra de la voluntad de su padre, revelaba una retención ilícita en los términos de los artículos 1 y 3 del Convenio de La Haya. En función de ello, de otras circunstancias fácticas tenidas en cuenta, y puesto que no se había probado el grave riesgo en los términos del artículo 13.1.b. del Convenio de La Haya, se ordenó la restitución de la niña a Francia. Contra ese pronunciamiento, la demandada opuso recurso extraordinario que fue rechazado y luego interpuso recurso de queja.

La CSJN consideró admisible formalmente al recurso extraordinario, dado que se había puesto en tela de juicio la inteligencia de convenios internacionales (art. 14, inc. 3, Ley 48). Para responder a los agravios vertidos por las partes, en el fallo de la CSJN se parte por tener por reproducidos todos los criterios interpretativos sentados por ese tribunal respecto del Convenio de La Haya. Sin perjuicio de ello, y atendiendo a las particularidades fácticas de esta causa y a los argumentos de las partes, se con-

9 JNCiv. N° 82 (26/12/2019) “V., M. c. S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños.” Cita online: AR/JUR/63715/2019.

10 CNCiv., sala de feria (30/01/2020) “V., M. c. S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños”. Cita online: AR/JUR/60147/2020.

sideró que resultaba apropiado precisar el alcance de algunos conceptos. Así: i) se recordó la posición de la Corte en cuanto a la inexistencia de incompatibilidad o contradicción entre el Convenio de La Haya y la CDN; ii) se recordó que a partir de la urgencia establecida en el artículo 11 del Convenio de La Haya, el tribunal ya había enfatizado que la celeridad en la resolución de estos conflictos constituye un mandato central que compromete la responsabilidad del Estado argentino y que, a la luz de esa premisa, se había exhortado al Poder Legislativo para que estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones para dictar una ley que se ajuste a la finalidad de los convenios sobre sustracción internacional de NNA y así dar cumplimiento con las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribirlos. Entiende el tribunal que, en la actualidad, y ante la ausencia aún de una fuente específica que regule estos tipos de procesos a nivel nacional, el Protocolo de Actuación resulta una herramienta útil y orientadora para todos los operadores judiciales de los convenios sobre la sustracción internacional de NNA en tanto brinda pautas de actuación para llevar a cabo el procedimiento en un tiempo reducido (considerando 9); iii) El tribunal entendió que, además, resultaba necesario precisar el alcance del concepto de residencia habitual, tanto desde un punto de vista abstracto o genérico, como desde una perspectiva circunstanciada a la plataforma fáctica de este caso. Este análisis ha sido el que finalmente condujo al rechazo de la restitución. Al respecto la Corte concluyó:

Que frente a este panorama y a la luz de la interpretación del concepto de residencia habitual referido, la ausencia de una permanencia prolongada en la ciudad de Burdeos, así como de la acreditación de una voluntad precisa, concluyente y compartida por ambos progenitores de trasladar el hogar familiar a Francia, conducen a descartar a dicha ciudad como lugar de residencia habitual y, por ende, a rechazar la solicitud de restitución requerida por no configurarse un supuesto de retención ilícita.¹¹

3. Los convenios sobre restitución internacional de NNA como instrumentos de derechos humanos

Los derechos de los NNA que se encuentran en juego en casos de sustracción internacional están contemplados en diversos instrumentos de derechos humanos y, en consecuencia, el Estado argentino ha asumido la obligación internacional de velar por su protección, restablecimiento y concreción. Así, cabe mencionar en el ámbito de la CDN el derecho del NNA a no ser separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (art. 9.1); el derecho del NNA cuyos padres residan en Estados diferentes a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres (art. 10.2); y el derecho del NNA que esté en condiciones de formarse un juicio propio de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez del niño (art. 12). Además,

¹¹ Ídem, nota 8.

los Estados partes han asumido las obligaciones de: poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño (art. 18); adoptar medidas para luchar contra los traslados y retenciones ilícitas de niños en el extranjero (art. 11); y tomar todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma (art. 35).¹² Sumado a ello, no debe perderse de vista el principio que emana del artículo 3.1. de la CDN que establece la consideración primordial del interés superior del niño en todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

Sin ánimos de exhaustividad, mencionaremos también que en el ámbito de la CADH los Estados partes asumen la obligación de tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos (art. 17). Asimismo, se asume la obligación general respecto del “derecho del niño a las medidas de protección que su condición de menor requieren [requiere] por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (art. 19). Merece especial atención la protección del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, comprendidos en un sentido amplio: desde la posibilidad de acceder a la jurisdicción hasta la propia efectividad de la sentencia, todo ello, ineludiblemente, en un plazo razonable (art. 8 CADH).¹³ En definitiva, son numerosos los derechos a proteger en procesos de restitución internacional de NNA e igualmente las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país en su resguardo.

En esta línea, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha señalado que el *corpus iuris* de protección de los derechos de los niños comprende la CDN y la CADH (especialmente, en la Opinión Consultiva OC-17/2002).¹⁴ Asimismo, en dicha observación se destaca que en el siglo XX se produjeron al menos 80 instrumentos internacionales que protegen los derechos de los niños, entre los cuales se enuncian al CH 1980 y a la Convención Interamericana. En tal sentido, es sabido que los convenios sobre sustracción internacional de NNA consagran un mecanismo con eje en la cooperación jurídica internacional, tendiente a combatir este flagelo y a restablecer los derechos humanos de los NNA víctimas de aquellos.

12 En ciertos escenarios pueden ponerse en juego también otros derechos, por ejemplo, a la vida, a la educación, al sustento o alimentos, etc.

13 La Corte IDH ha sentado importantes estándares al respecto: “El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”. Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 66 y *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240, párr. 255.

14 Cabe apuntar que el Tribunal calificó como un “muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños”. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 24.

En el caso en comentario se cuestionó la compatibilidad entre el CH 1980 y la CDN. En respuesta, la CSJN recordó su propia jurisprudencia conforme la cual se había sostenido la inexistencia de incompatibilidad o contradicción entre ambos instrumentos en razón de que ambas propenden a la protección del interés superior del niño. Sintéticamente, en esta oportunidad, se sostuvo que en cumplimiento de los artículos 3 y 11 de la CDN, el Estado argentino había suscripto los convenios sobre restitución internacional de NNA, puesto que ambos contemplan un proceso urgente para paliar los traslados o retenciones ilícitas de los menores de edad, en la inteligencia de que la mejor protección del interés del niño se alcanza volviendo en forma inmediata al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos. Ello, a fin de que sean los tribunales con competencia en el lugar de su residencia habitual los que decidan acerca de las cuestiones de fondo atinentes a la guarda, el cuidado personal del niño o la niña, el régimen de comunicación y a la cuota alimentaria, entre otros (considerandos 7 y 8).

Al respecto, con acierto Pérez Manrique ha señalado que, aunque la CDN viera la luz con posterioridad al CH 80, en el año 1989, allí se incluyó el artículo 11 y, por lo tanto, se partió necesariamente de la existencia del CH 80 como el instrumento adecuado para que la comunidad internacional responda a la sustracción de niños. En tal sentido, existe una relación de medio a fin entre ambos convenios, puesto que la forma de hacer efectivo el compromiso de luchar contra los traslados o retenciones ilícitas es mediante la adhesión a convenios existentes, que indudablemente se refiere CH 80; en definitiva, esta es la vía para garantizar ese derecho humano. En esta línea, compartimos la conclusión de Pérez Manrique cuando afirma: “el Convenio de La Haya de 1980 es a la vez una norma de cooperación judicial, pero participa de las características *lato sensu* de un convenio de derechos humanos”.¹⁵

Es por esta razón que estos convenios deben armonizarse e interpretarse de un modo coherente y sistemático, en clave de derechos humanos. Cualquier interpretación de los mismos en otro sentido conllevaría a privar de protección y concreción al interés superior de cada NNA víctima del flagelo de la sustracción internacional en cada caso y, asimismo, contribuiría a abandonar la lucha de la comunidad jurídica internacional para hacer frente a esta problemática.

Sin embargo, aún podemos preguntarnos si la aplicación armónica de los instrumentos sobre sustracción internacional de NNA y los de derechos humanos (especialmente la CDN) se ve impactada por la jerarquía que establece la CN en el artículo 75, inciso 22. Recordemos que la CDN, la CADH, entre otros tratados de derechos humanos, gozan en nuestro país de jerarquía constitucional, mientras que los convenios de restitución internacional de NNA poseen una jerarquía suprallegal, pero infra-

¹⁵ Pérez Manrique, R. C. (2017). La problemática de la sustracción internacional de niños y su vínculo con la protección de los derechos humanos. Relación entre el Convenio de La Haya de 1980 y la Convención Sobre los Derechos del Niño. En L. Tenorio Godínez; N. Rubaja y F. Castro (coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica* (pp. 14 y ss.). México: Porrúa. En el mismo sentido el autor había sostenido “Esta relación de complementariedad, determina que el Convenio de La Haya de 1980 [...] es algo más que un instrumento procesal, revistiendo también el carácter de un instrumento de derechos humanos. Ello es así en cuanto garantiza y permite hacer efectivos los derechos previstos en los arts. 9.3 y 11 de la CDN”. Pérez Manrique, R. C. (marzo de 2012). The principle of “the best interest of the child” in the context of The 1980 Hague Convention: guidelines concerning its interpretation. *International Family Law*, 31 y ss.

constitucional. Nos inclinamos por la negativa, al menos, por las siguientes razones. En primer lugar, puesto que no hay contradicción alguna entre estos instrumentos; como hemos destacado, en todos ellos se busca restablecer los derechos humanos de los NNA vulnerados en situaciones de sustracción internacional y luchar contra este flagelo. En segundo lugar, si se atiende a las directivas que surgen de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados¹⁶ –especialmente al artículo 31.1, que dispone los tratados se interpretan de acuerdo a la buena fe, conforme al sentido y en los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin–, corresponde efectuar la interpretación de los convenios de restitución atendiendo a la protección de los derechos humanos que estos buscan proteger. Sumado a ello, no debe perderse de vista que el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyCN) también impone una interpretación con transversalidad en los derechos humanos. Por último, si este interrogante se centra en la satisfacción del interés superior de los NNA que protagonizan estos casos, no debe perderse de vista que este es el norte que debe orientar a los tribunales a la hora de decidir los casos en la materia, priorizando su satisfacción por sobre la de otros intereses cuando sean irreconciliables. En todo caso, la contextualización de tal interés en función de los derechos que se encuentran en juego y de los mecanismos de restitución, no implica en modo alguno que este principio sea desatendido. Por el contrario, se encuentra cabalmente justificado. El debate en torno a esta cuestión ha llevado a la jurisprudencia de tribunales de derechos humanos,¹⁷ a la doctrina¹⁸ y a la comunidad jurídica¹⁹ a concordar en que el interés superior de un NNA víctima del flagelo de la sustracción internacional importa la protección de su derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente, a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la

¹⁶ Aprobada por Ley N° 19865.

¹⁷ Especialmente, TEDH, *X c. Letonia*, Application N° 27853/09, 26 de noviembre de 2013, luego de la cuestionada decisión de ese tribunal en *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, Aplicación N° 41.615/07, Gran Sala, 6 de julio de 2010. Nótese que en un reciente caso fallado por el Tribunal se sostuvo que “[e]xiste un amplio consenso, incluso en el derecho internacional, en apoyo de la idea de que en todas las decisiones relativas a los niños, su interés superior debe ser primordial. La misma filosofía es inherente a la Convención de La Haya, que asocia este interés con el restablecimiento del *statu quo* mediante una decisión que ordena el regreso inmediato del niño a su país de residencia habitual en caso de sustracción ilegal, teniendo en cuenta que el hecho de que la no devolución puede resultar en ocasiones justificada por razones objetivas que corresponden a los intereses del niño, lo que explica la existencia de excepciones, específicamente en el caso de un riesgo grave de que la devolución del niño lo exponga a daños físicos, psicológicos o de otro tipo. colocar al niño en una situación intolerable (art. 13 (b))”. TEDH. *Case of Thompson v. Russia*, Application. N° 36048/17, 30 de noviembre de 2021, la traducción es propia.

¹⁸ Entre otros, en nuestra región cabe mencionar: Najurieta, M. S. (2020). La centralidad de la correcta interpretación del interés superior del niño en los conflictos de restitución internacional de menores de edad. *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, 23, 122-149; Rubaja, N. (2017). El interés superior del niño en el contexto de los procesos de restitución internacional de niños. En L. Tenorio Godínez; N. Rubaja y F. Castro (coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica* (p. 22 y ss.). México: Porrúa; Pérez Manrique, R. (2012). El interés superior del niño en el Convenio de La Haya de 1980. Orientaciones para su interpretación. *Revista Derecho de Familia*, 56, 235 y ss.

¹⁹ Nótese que en la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya y el Instituto Interamericano del Niño, se dispuso en el art. 2, segundo párrafo, “Se consagra como criterio orientador de interpretación y en su caso de integración, el del interés superior del niño. Considerándose por tal a los efectos de la presente ley, el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional”. Se puede acceder al texto de la misma en http://www.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf. En igual sentido se recoge este principio en el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, aprobado por la Comisión de Acceso a Justicia de la Corte Suprema en el año 2017.

decisión sobre su custodia, a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias durante el proceso de restitución y hasta su reintegro, a obtener una rápida resolución y ejecución de la solicitud de restitución, a que se respete su derecho a ser escuchado en el proceso –en función de su edad y/o grado de madurez, y a perseguir el regreso seguro del NNA cuando fuera necesario. En tal sentido, cuando el interés superior del NNA fuera no ser restituido/a, aquel deberá encauzarse en algunas de las causales que taxativamente prevén los convenios internacionales para que el juez se aparte del deber de restituir.

4. Armonización entre los derechos humanos del NNA y de la madre en casos de violencia

La comunidad jurídica internacional ha advertido con preocupación que las sustracciones ilícitas de NNA muchas veces son cometidas por madres que alegan haber escapado de situaciones de violencia de género o familiar.²⁰ El abordaje de estos casos resulta especialmente complejo porque no solo se ponen en juego derechos humanos del NNA, sino también derechos humanos reconocidos a las mujeres en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en nuestro país. Nos referimos, esencialmente, a la CEDAW, que en nuestro país goza de jerarquía constitucional conf. artículo 75, inciso 22 CN, y a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –también conocida como la Convención de Belém do Pará–, en virtud de las cuales los Estados parte se han obligado internacionalmente a adoptar y aplicar medidas para hacer frente a la discriminación y a la violencia por razón del género contra las mujeres, con el fin de asegurarles el goce efectivo y pleno de sus derechos.

A tales efectos, debe tenerse en cuenta que la expresión “discriminación contra la mujer” denota

toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (art. 1 de la CEDAW).

Mientras que por “violencia contra la mujer” debe entenderse “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1 de la Convención de Belém do Pará). Sin perjuicio de esta distinción conceptual, cabe recordar que el Comité de la CEDAW ha indicado que la violencia por

20 Conclusiones y recomendaciones de la primera parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 (2011). Recuperado de <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6224&dtid=57>

razón de género contra la mujer constituye una discriminación que, en consecuencia, afecta a todas las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de la Convención.²¹

La transversalidad que caracteriza a la perspectiva de género también tiene su impacto en el marco de los procesos de restitución internacional de NNA,²² en los que las alegaciones de violencia de género deben ser atendidas con la debida seriedad, aunque la naturaleza de estos procesos impida un abordaje integral de la problemática. De allí que estas alegaciones tendrán incidencia en dichos procesos, conforme veremos a continuación, pero para su apropiado tratamiento deberán ser encauzadas –antes, durante o después– en los procesos específicos que a tales fines estén previstos en el Estado que corresponda, con el fin de garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia de género.

A su vez, el tratamiento de estas cuestiones tendrá otras características en el proceso sobre el fondo del derecho de custodia. En este sentido, el Comité de la CEDAW afirma que los derechos o reclamaciones de los autores o presuntos autores de violencia contra la mujer, durante y después de los procedimientos judiciales, en particular en lo que respecta a la propiedad, la privacidad, la custodia de los hijos, el acceso, los contactos y las visitas, deberían determinarse a la luz de los derechos humanos de las mujeres y los niños a la vida y la integridad física, sexual y psicológica y regirse por el principio del interés superior del niño.²³ En todo caso, el juez que entiende en el proceso de restitución internacional cuenta con diversos recursos para asegurar la integridad de la madre, sin desatender el interés superior del niño que, en definitiva, es el criterio orientador en la materia.

4.1. La violencia de género en los convenios de restitución internacional de NNA

Los convenios de restitución internacional de NNA idearon un procedimiento que se caracteriza por su acotado marco de conocimiento, en el sentido de que los tribunales del Estado donde el NNA se encuentra solo pueden decidir si corresponde ordenar la restitución o no, pero sin inmiscuirse en las cuestiones de fondo del derecho de custodia (art. 16 del Convenio de La Haya y art. 16 de la Convención Interamericana).

En efecto, este procedimiento tiene por objeto determinar si se produjo una sustracción ilícita y, en su caso, si se configura alguna de las causales que taxativamente prevén los convenios como excepciones al principio restitutorio. Esta limitada competencia de los tribunales del Estado donde el NNA se encuentra responde a la necesidad de arribar de forma urgente a una decisión sobre la restitución, para que luego sean los tribunales con competencia en el Estado de la residencia habitual del NNA los

21 CEDAW, Recomendación general N° 35 sobre la violencia por razón del género contra la mujer, 26 de julio de 2017, párr. 21.

22 Se ha señalado la amplitud de situaciones que pueden ser discriminatorias, por acción u omisión del Estado en la perspectiva de género, y, por lo tanto, su necesario tratamiento como eje transversal a toda acción de monitoreo y cumplimiento de los derechos. Pautassi, L. (2011). La igualdad en espera: el enfoque de género. *Lecciones y Ensayos*, 89, 287.

23 Ídem, nota 21, párr. 31.a.ii.

que decidan acerca de las cuestiones de fondo, en concordancia con la concepción del interés superior del niño antes descripta. Por consiguiente, en los procesos de restitución internacional de NNA, las alegaciones de violencia de género por parte de la madre sustractora generalmente aparecen vinculadas con alguna/s de las defensas que admite el acotado marco de conocimiento de los convenios. Teniendo ello en cuenta, a continuación, proponemos analizar dos posibles escenarios.

4.1.1. Falta de ilicitud del traslado o retención

En el caso bajo estudio, las alegaciones de violencia por parte de la madre de la niña se vincularon principalmente con la falta de ilicitud de la sustracción. Concretamente, la madre sostenía que el padre la había engañado sobre el objetivo del viaje a Europa con la intención de imponer una nueva residencia del grupo familiar en Francia, a pesar de conocer que ella había vivido de pequeña en este país europeo, exiliada de la dictadura de Pinochet en Chile, y que residir allí le hacía revivir esta dolorosa experiencia. En definitiva, ella sostenía que el plan familiar era realizar ese viaje con fines turísticos, no para establecerse de forma permanente, por lo que no importaba una modificación en la residencia habitual de la niña, que siempre había estado en Argentina. Así las cosas, la estadía de la niña en nuestro país no suponía una retención ilícita en los términos del Convenio de La Haya. Si no mediaba ilicitud, tampoco obligación de restituir.

En definitiva, resultaba clave para la resolución de este caso determinar si la residencia habitual de la niña se encontraba en Argentina o en Francia. A tal fin, lo primero era precisar el concepto de residencia habitual, puesto que los convenios de restitución internacional de NNA carecen de una calificación autónoma o definición del concepto.²⁴ En términos generales, cabe recordar que existen en la jurisprudencia internacional tres enfoques diferentes en torno a la interpretación de la noción de “residencia habitual” en el contexto de los procesos de restitución internacional de NNA. En primer lugar, el enfoque de la intención parental examina la intención compartida de los progenitores respecto del lugar donde han decidido que resida el NNA. En segundo lugar, el enfoque centrado en el NNA, en cambio, enfatiza la realidad fáctica del NNA, que incluye elementos tales como la educación, la interacción social y las relaciones familiares, entre otros aspectos de su vida. Finalmente, un enfoque intermedio o mixto toma en consideración tanto las intenciones parentales, como la vida del NNA atendiendo a las circunstancias particulares del caso (entre ellos, cabe destacar la relevancia de la percepción del NNA de acuerdo a su edad y grado de madurez).

En el caso que comentamos, la CSJN se enroló en el enfoque mixto, puesto que en su análisis se valoraron, por un lado, las cuestiones fácticas en torno de la situación de la niña y su entorno familiar –especialmente atendiendo a su edad– y, por otro, la intención de los progenitores en la determinación de la residencia habitual. La adopción de este enfoque le permitió oscilar entre las posiciones

²⁴ En cuanto a la razón de ser de esta indefinición conceptual y a los lineamientos generales que surgen del prolífico *soft law* elaborado en el seno de la HCCH para la interpretación uniforme de este concepto, nos remitimos a nota 8.

más extremas, pero sin fragmentar la realidad de la niña, ya que sigue un abordaje integral del caso, en función del cual deben tenerse en cuenta todas las circunstancias que rodean al NNA, incluida la intención de sus progenitores. La CSJN no se expresó acerca de las alegaciones de violencia efectuadas por la madre. Sin embargo, sopesó otros elementos fácticos o probatorios obrantes en la causa que le permitieron concluir que no había existido consenso entre los progenitores sobre el cambio de la residencia habitual de la niña a Francia.²⁵

Sin perjuicio de ello, entendemos que a través de un enfoque mixto es posible evaluar si la violencia ejercida contra la madre le ha impedido participar en la elección del lugar de residencia habitual de sus hijos. En efecto, se ha destacado que debe prestarse especial atención a la determinación de la residencia habitual en casos que se caracterizan por poseer dinámicas familiares violentas, puesto que lo contrario podría contribuir a perpetuar un mayor daño a las mujeres y a los NNA en estas situaciones.²⁶ Por ello, consideramos que el enfoque propuesto es permeable a una perspectiva de género,²⁷ sin desatender la importancia de proteger el centro de vida del NNA, contribuyendo a lograr un deseable equilibrio en la protección de los derechos de las mujeres y de los NNA involucrados en casos de sustracción internacional.

4.1.2. Grave riesgo

Otro escenario posible es el que se presenta cuando la madre que se opone a la restitución invoca situaciones de violencia de género para fundar la excepción de grave riesgo prevista en el artículo 13.1.b del Convenio de La Haya y artículo 11.1.b de la Convención Interamericana. Estas disposiciones establecen que las autoridades del Estado donde el NNA se encuentra podrán rechazar la solicitud de restitución cuando quien se opone demuestra un grave riesgo de que la restitución del NNA lo exponga a un peligro psíquico o físico. Además, en el Convenio de La Haya se extendió esta excepción a los supuestos en los que la restitución expusiera al NNA a una situación intolerable, entre otras razones, porque algunos de sus redactores consideraron que existían situaciones no cubiertas por la expresión “peligro psíquico o físico”, como la de los NNA que no eran víctimas directas de la violencia familiar sufrida por uno de sus progenitores.²⁸

25 En el Dictamen del Procurador se enfatizó el deber de analizar las alegaciones de violencia formuladas por la demandada en el transcurso del proceso en relación con ella (agresiones verbales, engaños y degradación psicológica durante su estadía en Francia), y en relación con la niña (menciona un episodio en el que el progenitor dejó encerrada en el auto a la niña sola, y que no le permitía amamantar a su hija). En efecto, estimó conveniente dar intervención a la Oficina de Violencia Doméstica para que se le tome testimonio a la accionada en relación con las circunstancias referidas.

26 Edleson, J. y Lindhorst, T. (2012). Battered Mothers Seeking Safety Across International Borders: Examining Hague Convention Cases Involving Allegations of Domestic Violence. *The Judges' Newsletter*, XVIII, 23.

27 En este sentido se ha sostenido que para lograr la universalidad desde un enfoque de género es preciso deconstruir el concepto identificando la presencia de una estructura de poder asimétrica que otorga distintos valores, lugares, capacidades a mujeres y varones, de modo que la promoción de la igualdad no implique únicamente una equiparación de derechos y oportunidades entre ambos sexos sino que la misma se integre dentro de un proceso de revisión de las estructuras de poder que han provocado situaciones de asimetría y de desigualdad entre ambos sexos. Ídem, nota 22, p. 280.

28 Fourteenth Session of the Hague Conference on Private International Law (1980), Actes et documents de la Quatorzième session, t. III, Enlèvement d'enfants, Child abduction (p. 302). Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/05998e0c-af56-4977-839a-e7db3f0ea6a9.pdf>

No obstante, en la actualidad se sabe que los NNA que están expuestos a situaciones de violencia entre sus progenitores pueden sufrir daños psicológicos similares a aquellos que son víctimas directas de violencia física.²⁹ En este sentido, la Organización Mundial de la Salud ha advertido que

la violencia ejercida contra la mujer tiene unas repercusiones mucho mayores que el daño inmediato causado a la víctima. Tiene consecuencias devastadoras para las mujeres que la experimentan y un efecto traumático para los que la presencian, en particular los niños.³⁰

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el concepto de violencia mental, comprendido en la expresión “perjuicio o abuso...mental” que utiliza el artículo 19 de la CDN, puede consistir en la exposición a situaciones de violencia doméstica.³¹ Por consiguiente, consideramos que una interpretación adecuada de la excepción de grave riesgo permite tener en cuenta las alegaciones de violencia familiar, aun cuando el NNA no sea la víctima directa.

Dado que la interpretación y aplicación de esta excepción ha importado grandes desafíos para los intérpretes de los Convenios en la materia, la HCCH ha trabajado durante varios años y, finalmente, vio la luz en diciembre de 2019 la Guía de Buenas Prácticas del artículo 13.1.b.³² Este instrumento de *soft law* por su naturaleza no resulta vinculante, aunque puede servir de un gran aporte si se atiende a su objetivo de promover a nivel global la apropiada y consistente aplicación de la excepción de grave riesgo de acuerdo a los términos propuestos en el propio Convenio. En particular, en la Guía se señala que, si bien la terminología empleada en el inciso 13.1.b alude al niño como el sujeto que debe padecer el grave riesgo para que se configure la excepción, se aclara que este puede darse de manera directa o indirecta, por ejemplo, en caso de que el daño directo lo sufra quien sustrae al NNA y, por lo tanto, eso implique un grave riesgo para el NNA de modo indirecto, siempre que hubiese suficiente evidencia que dé cuenta de ello. A su vez, es dable atender que en la Guía se propone que la excepción sea interpretada “en prospectiva”, con una mirada a futuro, puesto que lo que debe probarse es el riesgo que implicará para el NNA la restitución al otro Estado.

Finalmente, no debe perderse de vista que la excepción de grave riesgo debe interpretarse de forma restrictiva, pues el principio es la inmediata restitución del NNA al Estado de su residencia habitual anterior. En este sentido se ha expresado Pérez Vera en el Informe Explicativo del Convenio de La Haya, advirtiendo que una invocación sistemática de las excepciones haría que se derrumbe todo el

29 Ídem, nota 26, p. 24.

30 Organización Mundial de la Salud (2005) Estudio multipaís sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer: primeros resultados sobre prevalencia, eventos relativos a la salud y respuestas de las mujeres a dicha violencia: resumen del informe. Recuperado de https://www.who.int/topics/gender_based_violence/es/

31 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 13, 20 de mayo de 2011, párr. 21.

32 La Guía se encuentra disponible en <https://assets.hcch.net/docs/6de308cc-a588-4154-acc0-bf8c-15c51b12.pdf>

edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado.³³ Esta línea es seguida por la CSJN, que en relación a la excepción de grave riesgo ha sostenido:

la causal no apunta solamente a rechazar el regreso ante una situación de peligro externo en el país requirente, sino también a ponderar si la reinstalación en la situación anterior a la retención ilícita coloca al menor en peligro psíquico, lo cual es un grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres.³⁴

En el caso que aquí comentamos, la madre había opuesto la excepción de grave riesgo con fundamento en la personalidad violenta y agresiva del padre. Contra la decisión de primera instancia, la Cámara de Apelaciones entendió que, si bien este tipo de circunstancias resultaba relevante para decidir el reintegro en el marco del Convenio, tales alegaciones no habían sido debidamente acreditadas en el expediente. La CSJN no se expidió al respecto, pues consideró que la residencia habitual de la niña se encontraba en Argentina.

4.2. Algunos recursos que contribuyen a la armonización entre el interés superior de los NNA y los derechos humanos de la madre víctima de violencia de género

A continuación, enunciaremos algunos recursos que pueden contribuir a compatibilizar el interés superior de los NNA víctimas del flagelo de la sustracción internacional con los derechos humanos de las madres cuando son víctimas de violencia de género, en el marco de los procesos de restitución internacional.

4.2.1. La Guía de Buenas Prácticas artículo 13(1) (b) “grave riesgo”

La Guía ofrece información y establece lineamientos en la interpretación y aplicación de la excepción de grave riesgo y, a su vez, comparte numerosos ejemplos de buenas prácticas que han sido seguidas en diferentes jurisdicciones a fin de alcanzar su objetivo: promover su interpretación uniforme. Sin embargo, la finalidad de la Guía no se agota aquí, sino que avanza –incluso más allá de la letra del Convenio– proponiendo que una vez que se haya detectado el grave riesgo, con la exigencia o rigor que establece la excepción, se procuren instrumentar medidas de protección en el Estado de la residencia habitual anterior de modo que se consiga concretar la restitución del niño sin dejarlo expuesto

33 Pérez Vera, E. (1982). Informe explicativo del Convenio de La Haya de 1980, párr. 34. Recuperado de <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779>

34 CSJN, Fallos 318:1269.

a ese grave riesgo. Es decir, se busca que las autoridades del Estado de la residencia habitual anterior aseguren determinadas medidas que podrían conducir a paliar el riesgo en el caso concreto.³⁵

La Guía ha contemplado especialmente las situaciones de violencia y, por ello, aporta ciertas herramientas que pueden resultar de utilidad en casos en los que se alega que la madre sustractora es víctima de violencia de género en el marco de la excepción de grave riesgo. Destacaremos a continuación algunos aportes de la guía respecto de los desafíos en torno a la prueba y la importancia de las medidas de protección que puedan tomarse en el Estado de la residencia habitual para contrarrestar o evitar que se produzca el riesgo alegado.

En la Guía se hace una especial referencia a la dificultad que se plantea en general para constatar la configuración del grave riesgo –aspectos procedimentales y probatorios– tanto para lograr acreditar la excepción con el rigor que exige el Convenio, como para intentar paliar el riesgo mediante medidas de protección. En este sentido, es dable considerar que, si la prueba de la violencia muchas veces resulta un desafío, la internacionalidad de las situaciones –en las que en general la violencia alegada ocurrió en otro Estado– lo redobla. Por ello, deviene de una fundamental trascendencia las riquezas que la trama de la cooperación internacional puede aportar a estos casos, dado que en general la prueba de la violencia debe ser recabada en el extranjero y luego, en función de la propuesta general captada por la Guía, también deberá recabarse información sobre las posibles medidas de protección que puedan tomarse en el Estado de la residencia habitual como un medio de paliar el grave riesgo, la asistencia o auxilio jurisdiccional internacional devendrá esencial. Esta cooperación puede canalizarse por medio de las Autoridades Centrales, de los Jueces de la Red Internacional de Jueces de La Haya,³⁶ e incluso mediante comunicaciones judiciales directas que puedan establecer las autoridades competentes de cada Estado.

En cuanto a las medidas de protección, en la Guía se advierte que son consideradas con mayor frecuencia en casos de abuso infantil o violencia doméstica. Podrían versar sobre servicios, asistencia y apoyo existentes en el Estado de la residencia habitual, incluido el acceso a servicios legales, asistencia financiera, asistencia para vivienda, servicios de salud, refugios y otras formas de asistencia o apoyo a víctimas de violencia doméstica, así como respuestas de la policía y a través de sistema de justicia criminal. A su vez, las medidas deberán ser proporcionales al riesgo que se intenta paliar y deben tener una duración limitada, hasta tanto la autoridad competente del Estado pueda determinar qué medidas de protección son apropiadas para el caso. Incluso, se reconoce que, en ciertas circunstancias, las medidas de protección pueden no ser suficientes para abordar eficazmente el grave riesgo, aunque existan y estén disponibles (por ejemplo, cuando quien reclama la restitución ya ha violado repetida-

35 Rubaja, N. (2020). La nueva “Guía de Buenas Prácticas” para la aplicación del art. 13.1.b) –“excepción de grave riesgo”– del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. En A. Kemelmajer de Carlucci; V. Duran y M. Herrera (dirs.), *Práctica de las relaciones de familia y sucesorias. A un lustro del Código Civil y Comercial. Libro a la memoria de Nora Lloveras* (p. 701- 718). Buenos Aires: Rubinzal.

36 La Red Internacional de Jueces de La Haya se creó en el ámbito de la HCCH con la finalidad facilitar las comunicaciones y la cooperación entre jueces a nivel internacional y ayudar a asegurar la operación efectiva del Convenio de La Haya de 1980. En nuestro país, son miembros de la Red las Dras. Graciela Tagle de Ferreyra y Marcela Sandra Trillini.

mente las órdenes de protección). Entre las medidas de protección en la Guía también se hace alusión a los *undertakings* o compromisos que puedan asumir las partes para asegurar la restitución; al respecto, se deja notar que la eficacia de estos compromisos depende de su ejecutabilidad en el Estado de la residencia habitual –por ello, estas medidas son desalentadas cuando el cumplimiento sería voluntario por parte del solicitante de la restitución y si se tratara de un caso de violencia–.

4.2.2. Las disposiciones de derecho internacional privado (DIPr) del CCyCN

El artículo 2642 del CCyCN regula diversos aspectos de la sustracción internacional de NNA que, hasta su entrada en vigencia, carecían de soluciones en la fuente autónoma. Así, en su primer párrafo, se confirma la aplicación de los convenios internacionales vigentes en materia de restitución internacional de NNA y se establece que, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño. Esta solución implica que todos los casos contarán con gran parte de las bondades de estos convenios, así como del *soft law* emergente en la especie.³⁷

El segundo párrafo se refiere a la etapa de ejecución de la sentencia que ordena la restitución internacional de un NNA. Al respecto, se establece que el juez competente debe supervisar el regreso seguro del NNA, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión. Conforme se ha destacado anteriormente, la obligación de garantizar el regreso seguro del NNA se justifica especialmente –pero no exclusivamente– en casos en los que se ha alegado la excepción de grave riesgo, pues pese a haberse descartado la aplicación de la excepción, se impone asegurar la protección del NNA en todo momento. En particular, en los casos en que se ha alegado violencia de género o familiar, es preciso tener en cuenta que el hecho de que no se hayan considerado acreditados en el expediente de restitución los extremos que exige la aplicación de la excepción de grave riesgo no implica negar la existencia de la situación de violencia, ni soslayar su importancia. De allí que igualmente deban adoptarse las medidas de protección necesarias para asegurar la integridad del NNA y de su madre hasta tanto las autoridades competentes conozcan del fondo del asunto y realicen las indagaciones pertinentes.

Finalmente, el tercer párrafo del artículo 2642 establece que, a petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un NNA cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que lo acompaña. La disposición no especifica las medidas a ordenar, lo que dependerá de la creatividad de los jueces en función de las particularidades del caso, pudiendo comprender la retención de los pasaportes, el apersonamiento ante una dependencia policial del adulto responsable, la fijación del domicilio en el que deberá residir transitoriamente el niño en nuestro país, la custodia policial –si el

37 Rubaja, N. (2015). Comentario al art. 2642. En C. Caramelo; S. Picasso y M. Herrera, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (pp. 405 - 409). Buenos Aires: Infojus.

caso lo requiriera—, entre otras.³⁸ Cabe destacar que la norma hace extensible las medidas anticipadas de protección a los adultos que acompañan al NNA, aspecto que adquiere especial relevancia en casos en los que se alega violencia de género o familiar. A su vez, esta disposición extiende el deber de cooperación de los jueces de nuestro país que emana de los convenios a la etapa de ejecución, sobre todo cuando la Argentina sea el Estado de residencia habitual del NNA sustraído en el extranjero.³⁹

Es preciso señalar que el CCyCN también ha incorporado disposiciones generales en materia de cooperación judicial y asistencia procesal internacional que podrían facilitar la obtención de pruebas sobre la violencia en el extranjero, tanto para acreditar el grave riesgo, como la falta de ilicitud de la conducta. Entre ellas, es dable destacar el artículo 2612, que reconoce a los jueces argentinos la facultad de establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, cuando la situación lo requiera y en tanto se respeten las garantías del debido proceso. Este recurso permitiría al juez del Estado donde el NNA se encuentra tomar contacto directo con su par en el Estado de la residencia habitual del NNA, a los fines de que este le informe sobre antecedentes penales del actor, existencia y estado de causas por violencia de familiar radicadas en su jurisdicción, informes o pericias realizadas en el marco de esas causas, etcétera. Además, las comunicaciones judiciales directas son clave para obtener información sobre las medidas de protección disponibles en el otro Estado y para coordinar el regreso seguro del NNA, en su caso. Todo ello, evitando los costos y demoras que insume la comunicación vía exhorto, en atención a la urgencia que caracteriza a los procesos de restitución internacional de NNA.

4.2.3. Otros recursos

Entre otros recursos que pueden coadyuvar a armonizar los derechos humanos de los NNA y de las madres sustractoras en situaciones en los que se haya alegado violencia de género, también caben considerar los aportes del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.⁴⁰ En efecto, este instrumento puede servir como un complemento al CH 1980, especialmente porque contiene disposiciones para la toma de medidas de protección y la correspondiente cooperación internacional a tales fines. Aunque no está vigente en nuestro país, esperamos que ello ocurra prontamente.⁴¹ Además, como hemos adelantado, en toda la trama de cooperación

38 *Ibídem.*

39 En este sentido cabe igualmente mencionar el deber general de cooperación internacional que surge del art. 2611 del CCyCN.

40 Castro, F. y Rubaja, N. (2017). El Convenio de La Haya de 1996 y los procesos de restitución internacional de niños. En L. Tenorio Godínez; N. Rubaja y F. Castro (coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, cit., p.409 y ss.

41 Nuestro país ha firmado el Convenio el 11/6/2015, y ha sido aprobado por Ley N° 27237. De acuerdo a lo dispuesto en el art. 61.2.a) del tratado, entrará en vigor en nuestro país el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después del depósito de su instrumento de aprobación. A marzo de 2020 esto aún no ha sucedido, aunque se ha dado nuevamente trámite parlamentario a este Convenio en atención a ciertos errores detectados en la traducción del mismo al momento de su aprobación.

pueden resultar muy provechosos los aportes y experiencia de las Autoridades Centrales y de los jueces de la Red Internacional de Jueces de La Haya.

En el ámbito regional se cuenta también con instrumentos de cooperación cautelar que podrían resultar provechosos para la toma de medidas de protección en Estados que se encuentren vinculados por los mismos. Así, la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares,⁴² en el artículo 9 expresamente prevé que

[c]uando la medida cautelar se refiera a custodia de menores, el juez o tribunal del Estado requerido podrá limitar, con alcance estrictamente territorial, los efectos de la medida a la espera de lo que resuelva en definitiva el juez del proceso principal.

En el ámbito del Mercosur, el Protocolo de Ouro Preto⁴³ cuenta con una disposición similar en su artículo 12. Además, a nivel regional se han creado diversas redes para la cooperación internacional, entre ellas, la Red de Cooperación Jurídica Hemisférica en Materia de Derecho de Familia y Niñez,⁴⁴ creada en el ámbito de la OEA, y la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed).⁴⁵

5. Conclusiones

Las situaciones que dan origen a los procesos de restitución internacional de NNA ponen en juego sus derechos humanos. Los convenios sobre sustracción internacional de NNA han diseñado mecanismos tendientes a paliar estas situaciones, por lo que deben considerarse como una vía idónea para proteger y restablecer sus derechos, al menos hasta que el juez del Estado de la residencia habitual de los NNA dilucide la cuestión de fondo en torno de la atribución y ejercicio del derecho de custodia.

Así, con elocuentes palabras, Pérez Manrique ha sostenido:

[L]os convenios de restitución internacional integran el Derecho Internacional de los derechos humanos, *corpus iuris* internacional en términos de la Corte IDH, pues su objetivo es hacer efectivos derechos hu-

42 Aprobada por Ley N° 22921.

43 Aprobado por Ley N° 24579.

44 Se originó en la "Séptima Reunión de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas" (REMJA VII, Brasilia 2010). En dicha reunión se encomendó a la Secretaría General la creación de un proyecto interamericano de cooperación jurídica y asistencia mutua en materia de derecho de familia y niñez. La red está disponible en el sitio web de la OEA: http://www.oas.org/dil/esp/derecho_de_familia.htm. La OEA apoyó los trabajos iniciales de la Red mediante la carga de información en el sitio web; sin embargo, el apoyo financiero indispensable para la concreción del tercer componente nunca fue proporcionado por los Estados.

45 Es una estructura formada por Autoridades Centrales y por puntos de contacto procedentes de los Ministerios de Justicia, Fiscalías y Ministerios Públicos, y Poderes Judiciales de 22 países de la región. Fue creada en el año 2004. El Reglamento y la información relativa a esta red se encuentra disponible en: www.iberred.org,

manos esenciales de los niños, tales como custodia, visitas o contacto y la integración familiar mediante el combate de los traslados o retenciones ilícitas.⁴⁶

Los convenios en materia de restitución y los instrumentos que tienden a proteger los derechos humanos de los NNA deben armonizarse e interpretarse de un modo coherente y sistemático, en clave de derechos humanos. Cualquier interpretación de los mismos en otro sentido conllevaría a privar de protección y concreción al interés superior de cada NNA víctima del flagelo de la sustracción internacional en cada caso y, asimismo, contribuiría a abandonar la lucha de la comunidad jurídica internacional para hacer frente a esta problemática.

Además de vulnerarse los derechos humanos de los NNA, resulta cada vez más frecuente la alegación de la vulneración de los derechos de la madre que ha sustraído al NNA a raíz del padecimiento de violencia de género. En tal contexto, estas alegaciones deben ser atendidas en los procesos de restitución internacional de NNA conforme a una perspectiva de género, no porque se trate de un fin en sí mismo, sino porque es un medio para conseguir la igualdad.⁴⁷ Sin embargo, dado que la naturaleza de estos procesos impide un abordaje integral de la problemática, estas alegaciones tendrán incidencia en los mismos dentro del ámbito de conocimiento admitido, pero para su apropiado tratamiento deberán ser encauzadas –antes, durante o después– en los procesos específicos que a tales fines estén previstos en el Estado que corresponda, con el fin de garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia de género. A su vez, el tratamiento de estas cuestiones tendrá otras características en el proceso sobre el fondo del derecho de custodia.

En todo caso, el juez que entiende en el proceso de restitución internacional cuenta con diversos recursos para asegurar la integridad de la madre, sin desatender el interés superior del niño que, en definitiva, es el criterio orientador en la materia. Así, deviene de una fundamental trascendencia las riquezas que la trama de la cooperación internacional puede aportar a estas situaciones.

⁴⁶ Ídem, nota 15, p.15.

⁴⁷ Dreyzin de Klor, A. (2020). Perspectiva de género en derecho internacional privado. *La Ley*, 2020-A, pp. 1080 y ss. La autora además sostiene que adoptar la estrategia de la perspectiva de género implica ascender un escalón en la consecuencia de la igualdad de género.