

COMENTARIOS A FALLOS

Violencia doméstica. Interés superior del niño. Restitución internacional. CSJN. “P. S., M. c/S. M., M. V. s/restitución internacional de menores de edad”, 24 de mayo de 2022

Por Nancy Rocío Ordóñez Penagos¹

1. Introducción

Cada vez son más frecuentes los casos en los que los progenitores que sustraen o retienen indebidamente a niños, niñas o adolescentes (en adelante, NNA) argumentan escapar de violencia doméstica de la que eran víctimas y, en consecuencia, se oponen a los pedidos de restitución internacional con fundamento en el “grave riesgo” establecido en los artículos 13.b. del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptado en La Haya en el año 1980 (en adelante, CH 1980) y 11.b. de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (en adelante, CIDIP IV).

Sin embargo, gran parte de estas oposiciones son consideradas improcedentes, conducen a demoras en el procedimiento de restitución y ponen en riesgo el cumplimiento del principal objetivo de ambos tratados: garantizar el interés superior de NNA por sobre los intereses subjetivos de los progenitores. Es evidente, entonces, la necesidad de crear más herramientas de interpretación para los operadores jurídicos.

¹ Abogada (Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca). Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA). Maestranda en Derecho Internacional Privado (UBA). Profesora adjunta (interina) de Derecho Internacional Privado (UBA).

Por ello que, a partir del análisis de trabajos realizados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, la Conferencia de La Haya), de la doctrina publicada a través del Boletín de los Jueces² y la jurisprudencia nacional e internacional disponible en la base de datos INCADAT,³ se buscará establecer cuáles son los presupuestos de configuración del grave riesgo con fundamento en casos de violencia doméstica y la forma en que los tribunales y autoridades centrales de los Estados requerido y requirente deberían proceder.

En la primera parte se analizarán los autos “P.S., M. c/S.M., M.V. s/restitución internacional de menores de edad” y la sentencia de la CSJN, mientras que en la segunda parte se establecerán los criterios interpretativos de la normativa internacional aplicable en casos de violencia doméstica y desde la perspectiva del derecho internacional privado.

Finalmente, se analizará la procedencia de las medidas de protección provisionales previas, concurrentes y posteriores a la restitución de NNA ordenadas por parte del tribunal del Estado requerido a ejecutar en su Estado y en el del Estado de la residencia habitual de NNA, ya que no se encuentran contempladas expresamente ni en la CH 1980, ni en la CIDIP IV.

2. La sentencia de la CSJN

En el fallo que aquí se comenta la CSJN hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada, por lo que admitió la demanda.

2.1. Hechos probados e itinerario procesal seguido

A continuación, se exponen los hechos que motivaron la sentencia, que serán presentados cronológicamente a los efectos de facilitar su análisis posterior.

M.V.S.M., de nacionalidad argentina (en adelante, la progenitora) y M.P.S., de nacionalidad mexicano (en adelante, el progenitor) se conocieron y convivieron de manera estable en los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, México) desde 2015 y en 2016 contrajeron matrimonio en Tulúm, Estado de Quintana Roo, México.

El 24 de enero de 2018 nació M.O.P.S. (en adelante, la niña). La familia estableció su residencia en la ciudad de Puerto Aventuras, Estado de Quintana Roo.

2 Es una recopilación de información sobre cooperación judicial en asuntos de protección internacional de NNA a cargo de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, que se publica periódicamente desde el año 1999 y puede consultarse en la página oficial de la Conferencia: <https://www.hcch.net>

3 Es la base de datos jurídica más importante sobre sustracción internacional de NNA. Servicio ofrecido por convenio por La Conferencia de La Haya: <https://www.incadat.com/>

La relación entre los progenitores se deterioró y se generó una situación familiar conflictiva, que tuvo escenarios de violencia respecto de la progenitora que pudieron, inicialmente, haber repercutido en la niña, siendo el hecho más grave el ocurrido el 1º de diciembre de 2019 en el baño de la casa familiar.

El día 6 de diciembre de 2019 la progenitora presentó una denuncia en México y se inició un proceso por violencia familiar, en el que de inmediato se tomaron medidas de protección para la progenitora y la niña, consistentes en “alojamiento para ella, su hija menor y su madre”.

La denuncia por violencia doméstica en México culminó con el sobreseimiento de la causa por no contarse con elementos suficientes para fundar la acusación, teniendo en cuenta que el resultado de la pericia psicológica al progenitor concluyó que “no es generador de violencia” y que, pese a las reiteradas notificaciones a la progenitora para ampliar la denuncia y obtener mayores pruebas, no compareció.

El día 6 de febrero de 2020, la progenitora, su madre y la niña concurrieron a la que era la casa familiar para preparar el equipaje, en presencia del progenitor y sin que se presentará un nuevo hecho violento.

El día siguiente, contando con la debida autorización de viaje del progenitor, la niña, su progenitora y su abuela –que estaba con ellas de vacaciones– viajaron a la provincia de Córdoba, República Argentina, donde reside la familia extensa materna.

En la autorización de viaje el progenitor consignó que la niña debía regresar a México a más tardar el 29 de febrero de 2020. Pese a ello no regresaron.

El 12 de febrero de 2020 la progenitora efectuó una denuncia de violencia familiar y de género contra el progenitor ante la justicia de Córdoba, ampliando los argumentos invocados en la denuncia realizada ante la justicia mexicana.

El día 4 de marzo de 2020 el progenitor viajó a Argentina, se alojó en la casa de su suegra junto con la progenitora y la niña y al no alcanzar un acuerdo para que la niña retornara a su residencia habitual regresó solo a México.

El día 22 de abril de 2020 el progenitor presentó la solicitud de restitución internacional de la niña ante la Secretaría de Relaciones Exteriores de México –Autoridad Central de la residencia habitual de la niña– y el 6 de mayo siguiente se radicó la causa ante el Juzgado de Familia N° 3 de la ciudad de Córdoba.

El día 3 de julio de 2020, en el marco de la denuncia que tramitaba en Córdoba, el Polo Integral de la Mujer en Situación de Violencia, dependiente del Ministerio de la Mujer de la Provincia de Córdoba, radicó una denuncia contra el progenitor por el delito de abuso sexual respecto de la niña, que habría ocurrido –según lo denunciado– el 5 de marzo de 2020 cuando se hospedó en la casa de su suegra junto con la progenitora.

La Fiscalía de Instrucción de Delitos contra la Integridad Sexual dispuso el archivo de las actuaciones por no encontrar elementos suficientes para fundar una acusación, luego de realizar un minucioso informe basado, entre otros, en una entrevista a la niña en Cámara Gesell sobre la relación maternofilial y familiar en la que los profesionales concluyeron que “no se observan indicadores de abuso sexual”.

El Juzgado de Familia N° 3 y el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, que confirmó la sentencia de primera instancia, con fundamento en los artículos 11.b. de la CIDIP IV y 13.b. de la CH 1980 rechazaron la solicitud de restitución internacional de la niña a México, argumentando que la

prueba producida generaba la convicción de la existencia de un escenario de violencia familiar que permitía tener por configurada, con el calificado umbral de seriedad requerido, la situación de grave riesgo de que la restitución de la niña la expusiera a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable, prevista en el artículo 13, inc. b. del CH 1980 como excepción a la obligación de restituir.

Contra tal pronunciamiento, el progenitor interpuso recurso extraordinario federal. La cuestión federal surgió por el cuestionamiento que realizó sobre la aplicación e inteligencia del artículo 11, inc. b. de la CIDIP IV.

La cuestión federal y los agravios fundados en la arbitrariedad de la sentencia se encuentran inescindiblemente unidos y fueron examinados en forma conjunta con la amplitud que exige el derecho de defensa en juicio y realizando una declaratoria sobre el punto disputado sin limitarse a los argumentos esgrimidos por las partes.⁴

2.2. Normas jurídicas relevantes para resolver el caso

La CIDIP IV fue aprobada mediante la Ley N° 25358 y entró en vigor el 15/02/2001. Para México, había entrado en vigor el 05/10/1994.

Por su parte, el CH 1980 fue aprobado en Argentina a través de la Ley N° 23857 y entró en vigor el 01/06/1991. En el caso de México, había entrado en vigor el 01/09/1991.

Ambos tratados establecen un sistema de cooperación jurisdiccional internacional⁵ a través de autoridades centrales y mediante una “acción directa” para cumplir sus objetivos, a saber: a) lograr el retorno inmediato de NNA trasladados o retenidos ilícitamente al Estado de su residencia habitual, y b) velar por el cumplimiento efectivo de los derechos de custodia y visita establecidos en el Estado de la residencia habitual de NNA. Se trata, entonces, de restablecer el *statu quo* anterior al traslado o retención, pero sin entrar nunca en el fondo del asunto.

Al momento del pedido de restitución no se había iniciado ninguna acción judicial ante los tribunales de la residencia habitual de la niña,⁶ por lo que el requerimiento restitutorio fue presentado ante la

4 Conf. Fallos 308:647; 318:129; 330/2286; 333:604 y 339:609, entre otros.

5 Entendida la cooperación como “toda actuación desplegada en un Estado al servicio de un proceso que tramita o que va a iniciarse en otro”. Conf. Noodt Taquela, M.B. (2018). *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de cooperación judicial internacional*. Buenos Aires: Eudeba. p. 125.

6 Con posterioridad, se iniciaron ante el Juzgado Oral Familiar de Playa del Carmen los autos “M.P.S. c/M.V.S.M. – divorcio unilateral” y “M.P.S. c/M.V.S.M. – Controversia de orden familiar en relación a la custodia pensión y convivencia”.

Secretaría de Relaciones Exteriores de México, en calidad de autoridad central designada para que recibiera y transmitiera la solicitud de restitución, correspondiendo en consecuencia al juez del Estado requerido decidir respecto de la procedencia de la restitución y al juez de la residencia habitual, decidir respecto del derecho de guarda o custodia, así como lo relativo al derecho de visita.

Sin embargo, los tribunales argentinos aclararon que la normativa aplicable era la CIDIP IV, ya que en su artículo 34⁷ ha establecido una cláusula que declara la prioridad de la CH 1980 y, a su vez, el artículo 29, segundo párrafo de la CH 1980,⁸ que expresamente recepta la regla de la máxima eficacia, permitiendo no ser aplicada en aras de asegurar la aplicación prioritaria de aquella convención que sea más apta para lograr el fin del tratado.

Finalmente, la CSJN, para interpretar el artículo 11.b de la CIDIP IV ha tenido en cuenta sus fallos anteriores y los criterios interpretativos de la CH 1980, en virtud de que ambos convenios tienen idéntico propósito y contemplan semejantes remedios básicos y hay mayores herramientas de interpretación de la CH 1980.⁹

2.3. Fundamentos de la CSJN

La CSJN verificó que la residencia habitual de la niña era México, que la ilicitud de la retención había sido efectuada por la progenitora, que el pedido de restitución se inició dentro del plazo previsto por las mencionadas convenciones y que no se configuró la casual de “grave riesgo” en los términos del artículo 11.b de la CIDIP IV.

La cuestión jurídica principal reside en determinar si en el caso se configuraba la excepción de grave riesgo como causal de oposición a la restitución solicitada por el progenitor, teniendo en cuenta las situaciones de violencia familiar invocadas por la progenitora y la supuesta ausencia de medidas de protección para la progenitora y la niña por parte del Estado de la residencia habitual de la niña.

Conforme lo ha señalado con anterioridad la CSJN, el principio que rige en la materia es “la inmediata restitución de los menores al país de su residencia habitual”, por lo que la excepción de “grave riesgo de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico” motivó que precisara las pautas interpretativas que utilizó. A saber: a) la interpretación debe realizarse con carácter riguroso y de manera restrictiva a fin de no desvirtuar su finalidad, ponderando el carácter fáctico de la causa;¹⁰ y b) la carga de la prueba corresponde a quien se opone a la restitución, exigiéndose que “demuestre los

7 “Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención. Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980”.

8 “el presente Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita”.

9 Conf. CSJN, *Fallos* 345:358; 344:3078; 341:1136 y 334:1287.

10 Conf. CSJN, *Fallos* 333:604; 336:638; y 339:1534.

hechos en que se funda y esa demostración requiere ineludiblemente de una prueba concreta, clara y contundente acerca de la existencia” del riesgo. Las sospechas o los miedos importan una presunción, que de ninguna manera conlleva una “demostración” que habilite la operatividad de la excepción.¹¹

En el caso en análisis, la excepción se sustentaba en la violencia familiar o de género, que es una especie más del “grave riesgo”, lo que pone de manifiesto la necesidad de exigir que se demuestre el efecto que dicha situación produciría en la niña tras su restitución, qué torna en inseguro su retorno y la ausencia de medidas de protección adecuadas y eficaces para eliminarlo, paliarlo o neutralizarlo, “pues la presunción, indicio y hasta la existencia misma de aquella situación no determina por sí sola la operatividad de la excepción en juego”.

Finalmente, la CSJN concluyó que, si bien se acreditó que hubo situaciones de violencia familiar entre los progenitores, también se evidenció que la separación “descomprimió” las tensiones imperantes, por lo que cesó la violencia doméstica.

Seguidamente, sostuvo que el análisis de la excepción debe hacerse con carácter prospectivo –y no retrospectivo– del riesgo; es decir, que los jueces deben decidir teniendo en cuenta la situación del NNA tras su restitución y no las circunstancias anteriores o vigentes al momento de la retención ilícita,¹² aun cuando fueran sobrevinientes a la interposición de los recursos.

En el presente caso, se presume que, al no haber posibilidad de una reconciliación y convivencia de los progenitores en el futuro, no habrá nuevos hechos violentos en el entorno familiar.

Aunado a lo anterior, la intervención de profesionales y equipos técnicos en los procesos iniciados tanto en México como en la provincia de Córdoba permite concluir que el progenitor “no es generador de violencia” y que se no advierten indicadores negativos de la relación paternofilial, pese al contexto familiar vivido en el país extranjero.

Particularmente en la causa penal por abuso sexual se realizó un examen de la relación materno/paternofilial y familiar en Cámara Gesell, que concluyó que no se observaban indicadores de abuso sexual y que las respuestas de la niña en relación con su padre dan cuenta de una respuesta aprendida, así como de la intromisión de la madre que insiste en la “fijación de una representación negativa del padre”. La causa fue archivada por no encontrarse elementos suficientes para fundar una acusación.

En consecuencia, la CSJN consideró que no existían motivos que permitieran afirmar que la situación familiar conflictiva suscitada entre los progenitores hubiera incidido en grado tal que el retorno de la niña a su residencia habitual resultara desaconsejable debido al perjuicio que le ocasionaría. Por otro lado, se puso de resalto la actitud de la progenitora frente al conflicto y la forma en que lo vivenciaba su hija.

11 Conf. CSJN, *Fallos* 339:1534.

12 Conf. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2020). *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Parte VI. Artículo 13(1)(b). La Haya: Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado-HCCH.

Respecto de la obligación del Estado mexicano de adoptar medidas de protección efectivas contra la situación de violencia familiar, se adoptaron desde el momento en que se instauró la denuncia, por lo que no había quedado demostrada la ausencia de protección por parte de dicho Estado, ni la ineficacia de las medidas adoptadas ante la denuncia efectuada por la progenitora, pues, conforme se acreditó, en México existen diferentes organismos estatales e institutos de atención y protección a la mujer en situación de violencia.

Por las razones expuestas y con supremacía del interés superior de la niña, la CSJN ordenó su inmediata restitución a México y exhortó al juez de grado a adoptar y cumplir, de manera urgente, las medidas tendientes a garantizar y lograr su retorno seguro a su residencia habitual. Adicionalmente, ordenó medidas de protección posteriores para la niña y su progenitora en su residencia habitual, en las que participen todos los agentes involucrados en el proceso de restitución internacional, teniendo en cuenta las situaciones que dieron lugar a las denuncias y causas judiciales mencionadas y hasta tanto el tribunal mexicano competente resuelva las cuestiones de fondo.

La CSJN ordenó medidas de protección provisionales hasta tanto el tribunal de la residencia habitual con competencia en la materia tome conocimiento de la sentencia y resuelva las cuestiones de fondo aplicando su propio derecho, algunas de las cuales habían sido propuestas por el progenitor:

-Previas: hacer saber de la sentencia a todas las autoridades intervinientes en las diferentes causas judiciales de ambos países y asegurar que el progenitor no va a entablar acciones judiciales en contra de la progenitora que le impidan el ingreso al país, así como solventar los gastos de viaje de la progenitora y la niña.

-Al momento del retorno: contemplar las recomendaciones realizadas por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya para abordar los problemas que se presentan debido al COVID-19, con motivo de la situación de emergencia sanitaria existente a nivel mundial (Guía de Herramientas para el Convenio HCCH sobre Sustracción de Niños de 1980 en tiempos de COVID-19).

-Posteriores: asegurar que una vez efectivizado el retorno a la residencia habitual, la niña permanezca con la progenitora y se establezca un régimen comunicacional provisorio con el progenitor y su familia extensa hasta que el tribunal mexicano trate la cuestión; asegurar provisoriamente, a cargo del progenitor, vivienda para la progenitora y la niña, cercana a su domicilio para facilitar el contacto y comunicación con ambos progenitores; y establecer una cuota alimentaria y atención de la salud a favor de ambas. Finalmente, hizo propicia la ocasión para recordar que el interés superior de NNA es principio rector de los convenios sobre restitución internacional y debe anteponerse a los intereses subjetivos de los progenitores. De este modo, precisó:

Debe constituir la preocupación fundamental de los progenitores, corresponde exhortarlos a fin de que obren con mesura en el ejercicio de sus derechos y, en particular, a que cooperen estrechamente en la etapa de ejecución de sentencia en la búsqueda de una solución amistosa que no se oriente en la satisfacción del interés subjetivo de cada uno, sino en el respeto tanto del bienestar y la integridad de su hija [...]

como también de la relación parental –permanente y continua- con ambos padres, que no puede verse lesionada por la decisión unilateral de uno de ellos.

En este cometido, corresponde asimismo ratificar la decisión adoptada por los jueces de la causa en punto a que las partes se abstengan de exponer públicamente –por cualquier medio, incluso informáticos– hechos o circunstancias de la vida de la niña, a fin de resguardar su derecho a la intimidad.¹³

3. La violencia doméstica contra NNA y/o el progenitor sustractor¹⁴ como especie del género “grave riesgo”

Tanto el CH 1980 como la CIDIP IV se gestaron en una época en la que los Estados aún no eran conscientes de la complejidad y efectos que produce la violencia doméstica en NNA, por lo que no contemplaron estos supuestos en ninguna de sus disposiciones, previeron la colisión entre el interés superior del NNA y los derechos subjetivos del progenitor sustractor.

Por ello, ante la ausencia de una causal de oposición hecha a medida, conforme lo establece el informe Pérez Vera,¹⁵ resulta aplicable el artículo 13.b. de la CH 1980, que dispone: “el interés del menor a no ser desplazado de su residencia habitual [...] 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”.

Para aplicar e interpretar la causal de oposición, la violencia doméstica debe ser conceptualizada “en su sentido más amplio [que] incluye no solo situaciones de violencia física sino también situaciones de violencia psicológica”¹⁶ y que “sea experimentada por el niño como observador, o como víctima directa; [y cómo] afecta probablemente su desarrollo emocional, psicológico, físico, educacional y sexual quizás de manera irreparable.”¹⁷

En consecuencia, conforme lo señaló la Conferencia de La Haya en su guía de buenas prácticas respecto del artículo 13,

13 CSJN, *Fallos* 345:358, considerando 18.

14 El término “progenitor sustractor” se utiliza como sinónimo del progenitor que ha “sustraído” o “retenido” ilícitamente a un NNA, con independencia del género.

15 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>

16 Chamberland, J. (2005). “Violencia Doméstica y la Sustracción Internacional de Menores”. *Boletín de los Jueces. Enfoque especial: El Convenio de La Haya de 19 de octubre 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*. LexisNexis Butterworths – HCCH. X, 44. Recuperado de <https://www.hcch.net/upload/autumn2005s.pdf>

17 Conf. Gillen, J. (2006). “La seguridad del niño a su retorno. El Convenio de La Haya y la violencia doméstica –¿amigos o enemigos?– un punto de vista desde el *common law* respecto de las interpretaciones del artículo 13(1) b) del Convenio de La Haya en el contexto de la violencia doméstica”. *Boletín de los Jueces. Enfoque especial: El Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores – 25 años*. LexisNexis Butterworths – HCCH. XI, 19. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/b3f445a5-81a8-4ee8-bc42-720c6f31d031.pdf>

[L]as alegaciones de grave riesgo que surgen como consecuencia de la violencia doméstica pueden adoptar diversas formas. El padre o madre sustractor puede alegar que existe un grave riesgo de daño directo debido al maltrato físico, al abuso sexual o a otro tipo de maltrato dirigido al niño. También puede alegarse que el grave riesgo resulta de la exposición del niño a violencia doméstica infligida por el padre o madre privado del niño al padre o madre sustractor. En algunos casos, el grave riesgo para el niño puede estar basado también en el daño que puede llegar a sufrir el padre o madre sustractor a manos del padre o madre privado del niño tras la restitución, incluso cuando dicho daño pueda perjudicar significativamente la capacidad del padre o madre sustractor de cuidar al niño.¹⁸

Estos supuestos serán analizados más adelante, pues a continuación se establecerán los presupuestos del grave riesgo en general.

3.1. Presupuestos del “grave riesgo”

Siempre que se funde la oposición de grave riesgo en la existencia de violencia doméstica se aplican los criterios y principios de interpretación del “grave riesgo” en general.

A partir de lo señalado por la CSJN en el fallo materia de análisis, la Conferencia de La Haya, la doctrina y diversos fallos jurisprudenciales, entre los que resaltan los de los Tribunales de Inglaterra y Gales,¹⁹ se puede concluir que los principios a utilizar para interpretar el grave riesgo son: a) la interpretación del grave riesgo debe hacerse de manera restrictiva y contextualizada en el interés superior del NNA, a fin de no desvirtuar la finalidad de los convenios; b) la carga de la prueba recae en la persona o institución, que se opone a la restitución; c) el riesgo para el NNA debe ser grave; es decir, la palabra “grave” califica el riesgo y no al daño, el cual debe ser real y serio; d) en cuanto al nivel del daño, debe tratarse de una “situación intolerable” para el NNA en determinadas circunstancias; e) se debe realizar un análisis prospectivo del peligro grave; y f) los miedos y ansiedades del progenitor a cargo del menor sobre la restitución se deben basar en criterios objetivos de riesgo para él, que sean de tal intensidad probable que, en caso de devolución, puede afectar la crianza del niño hasta el punto de volverse intolerable para él.

Dada la abundante literatura que existe en torno a estos conceptos, se procederá a analizar los presupuestos específicos que se deben verificar en el marco de los casos de violencia doméstica.

¹⁸ Id., nota 12, p. 38.

¹⁹ MacDonald, Justice (2018). “Article 13 Exceptions – Return and Best Interests of the Child in the Jurisdiction of England and Wales”. The Judges Newsletter on International Child Protection. Special focus, The 20th Anniversary of the International Hague Network of Judges (IHNJ). XXIII / Winter 2018- Spring 2019, 17/22. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/dff2cb7c-ed66-4408-a892-2af15c664d58.pdf>

3.1.1. Grave riesgo para el NNA

Con frecuencia, la violencia doméstica se funda en hechos de violencia entre los progenitores, por lo que la sola prueba de la existencia de la violencia en el ámbito familiar no configura la causal.

En consecuencia, debe establecerse que la violencia u otra forma de abuso específico afecta al NNA. De lo contrario, la oposición será rechazada y, en todo caso, corresponderá a los tribunales del Estado de la residencia habitual adoptar las decisiones tendientes a proteger al progenitor víctima de violencia doméstica.²⁰

Tal como lo señalara la Conferencia de la Haya,²¹ son tres las formas que puede adoptar la violencia doméstica para que se considere un grave riesgo para NNA:

- a. Grave riesgo de daño directo dirigido al NNA. Si el daño ha sido infringido directamente al NNA y ya existen pruebas, estas deben ser aportadas por el progenitor sustractor y, en todo caso, es común que los tribunales del Estado requerido –tal como lo hizo la CSJN en el fallo en análisis– declare la admisibilidad de nuevos medios probatorios, teniendo en cuenta el objeto del proceso y la urgencia requerida para determinarlo (por ejemplo, la Cámara Gesell).
- b. Grave riesgo resultante de la exposición del NNA a violencia doméstica infligida por el progenitor privado del NNA al progenitor sustractor. Se configura cuando el NNA es testigo de la violencia infligida a uno de los progenitores por parte del otro. En este sentido, en el caso *Souratgar v. Fair* se afirmó que “sostener que las pruebas de conflicto no matrimonial serían suficientes para denegar la restitución, sin una proyección clara y convincente de grave riesgo de daño para el niño, ampliaría indebidamente la aplicación de la excepción del artículo 13(1)(b) y socavaría el objetivo del Convenio”.²²
- c. El grave riesgo para el NNA puede estar basado también en el daño que puede llegar a sufrir el progenitor sustractor a manos del progenitor privado del NNA tras la restitución. Este supuesto es uno de los más difíciles de interpretar y acreditar en el marco de un proceso de restitución internacional. Sin embargo, en el caso *Anderson v. Central Authority* el tribunal, pese a que ordenó la restitución, estableció pautas interpretativas, tales como que se debe reconocer la interrelación y la importante interdependencia entre una madre y su niño que han vivido en una situación de violencia durante cierto tiempo y que la situación del niño será vitalmente afectada por la situación de su madre. Siempre que la conducta del padre tuviese un grave efecto en la madre, no hay impedimento para la aceptación de una defensa fundada en el artículo 13 (1) b), pese a que el padre no hubiese efectuado violencia alguna directamente contra el niño.²³

20 Conf. Court of Appeal of New Zealand (11/06/1996). “Anderson v. Central Authority for New Zealand”. INCADAT reference: HC/E/NZ 90. Recuperado de <http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0090.htm>

21 Id., nota 12, p. 38.

22 United States Court of Appeals for the Second Circuit (13/06/2013). “Souratgar v. Fair”. INCADAT reference: HC/E/US 1240.

23 Id., nota 20.

En consonancia con lo anterior, otros fallos han rechazado la restitución por considerar encontrar acreditado que la “violencia a la madre afectaba gravemente al niño”²⁴ y el progenitor reclamante presentaba características peligrosas para el niño al momento de ser restituido,²⁵ aunado a la incapacidad o falta de disposición del Estado de la residencia habitual de brindar las medidas de protección requeridas por ambos.

Como ha quedado establecido, en todos los casos se deben analizar los supuestos de violencia doméstica según su naturaleza, frecuencia e intensidad, así como las probabilidades y efectos adversos que producen en NNA tras la restitución al Estado de su residencia habitual; es decir, con carácter prospectivo.

3.1.2. El carácter “prospectivo” de la excepción de grave riesgo

Este es un requisito de procedencia del grave riesgo e implica, tal como lo estableció la CSJN, que el análisis del riesgo se haga mirando al futuro; es decir, prediciendo si la violencia doméstica existirá o no al restituir inmediatamente al NNA. Por ello, la valoración del riesgo con carácter prospectivo presenta algunas dificultades para el tribunal del Estado requerido que no siempre cuenta con las herramientas y pruebas que le permitan realizar tal valoración.

Sin embargo, con fundamento en lo expuesto en el fallo *LRR v COL*,²⁶ se puede concluir que, al interpretar el riesgo, este debe ser considerado partiendo del supuesto en que el NNA fuera inmediatamente a su Estado de residencia habitual; es decir, que el tribunal del Estado requerido está obligado a hacer una predicción basada en la evidencia. Asimismo, no se requiere certeza sobre la predicción, sino que el tribunal esté convencido de que un riesgo justifica la descripción cualitativa de “grave”; sin hacer una valoración moral de las razones que tuvo el progenitor que sustrajo o retuvo al NNA.

En consecuencia, al analizar el grave riesgo originado en violencia doméstica, lo que se debe predecir es si al ordenarse el retorno inmediato del NNA a su residencia habitual de inmediato será expuesto a un conflicto familiar que comporte para el NNA una situación intolerable para él.

3.2. Medidas de protección provisionales dictadas por la Autoridad del Estado requerido

En la sentencia en análisis se acreditó la existencia de violencia doméstica anterior a la retención ilícita. Sin embargo, el análisis de los hechos del caso, los elementos y el análisis prospectivo del grave riesgo

24 Conf. Family Court of Australia (5/11/2010). “Harris v. Harris”. INCADAT Reference: HC/E/AU 1119.

25 Conf. Corte Suprema de Justicia de Uruguay (03/08/2012). Solicitud conforme al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores - Casación, IUE 9999-68/2010”. Referencia INCADAT: HC/E/UY 1185. Recuperado de <https://www.incadat.com/es/case/1185>

26 Conf. Court of Appeal of New Zealand (06/03/2020). “LRR v COL”. INCADAT Reference: HC/E/NZ 1451.

condujeron a que la CSJN concluyera que no se configuraba la causal de oposición en los términos del artículo 11.b. de la CIDIP IV y a ordenar la restitución inmediata de la niña.

Además, la Corte ordenó “adoptar y cumplir, de manera urgente” una serie de medidas previas y para el momento del retorno, tendientes a garantizar el retorno seguro de la niña y la progenitora sustractora, por encontrarse acreditada la existencia de violencia doméstica.

Sin embargo, ni la CIDIP IV ni la CH 1980 contienen disposiciones que reconozcan formalmente la validez de medidas de protección adoptadas por el tribunal requerido que garanticen la seguridad de NNA y de la persona que alega ser víctima de violencia, ni mecanismo alguno que permita garantizar que se hagan efectivas tales medidas en la residencia habitual del NNA.²⁷ Por ello, surgen algunas cuestiones que deben ser analizadas.

La primera cuestión es la legitimidad para dictar las medidas, pues tal como lo considera parte de la doctrina,

[e]l procedimiento es inseguro en cuanto ciertas jurisdicciones (particularmente aquellas jurisdicciones de tradición de derecho civil) consideran que no tienen competencia para emitir tales órdenes; además, el procedimiento es considerablemente engorroso y costoso en cuanto las partes deben dirigirse no solamente a las autoridades judiciales del Estado de refugio sino también a las autoridades judiciales del Estado de residencia habitual del niño.²⁸

Este aspecto fue considerado por la Conferencia de La Haya en la cuarta reunión de la comisión especial de la CH 1980. Al analizar la obligación de asegurar la restitución sin peligro del menor se concluyó que

[d]entro de los límites fijados por los poderes de sus Autoridades centrales y por los sistemas de protección jurídica y social en sus países, los Estados contratantes reconocen que las Autoridades centrales tienen una obligación en virtud del artículo 7 h de asegurarse de que los órganos de protección de la infancia estén alertados en determinados casos en los que la seguridad del menor se ponga en cuestión, de tal forma que puedan actuar para proteger el bienestar del menor en el momento de la restitución, hasta que se haya hecho valer la competencia del tribunal apropiado.²⁹

27 En otros sistemas jurídicos se ha regulado, por ejemplo, según el artículo 11, apartado 4 del Reglamento Bruselas II bis, el tribunal no puede negarse a la restitución si está convencido de que pueden hacer los arreglos adecuados para asegurar la protección del niño y, en casos de violencia familiar, también del progenitor a su regreso a la residencia habitual.

28 *Id.*, nota 16.

29 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado - HCCH, Oficina permanente (2001). “Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (22-28 de marzo de 2001). Recuperado de https://assets.hcch.net/upload/concl28sc4_s.pdf

En otras palabras, se puede fundar la competencia del tribunal o autoridad administrativa del Estado requerido en el artículo 7.h de la CH 1980.

Sin embargo, considero que también se deriva de los artículos 4, 7.c y h, 21 y 26, apartado 4 del CH 1980,³⁰ que conforman un marco regulatorio que faculta y obliga a los tribunales y autoridades administrativas del Estado requerido a adoptar todas las medidas de protección tendientes a asegurar el retorno seguro de NNA a su residencia habitual. Y si retorna en compañía del progenitor sustractor, se deben ampliar estas medidas y garantizar el bienestar y retorno seguro de ambos hasta que la competencia del tribunal de la residencia habitual haya sido convocada y ejercida en debida forma.

La segunda cuestión es determinar si las medidas de protección deben ser otorgadas de oficio o a pedido de parte. En muchos casos, el progenitor reclamante al momento de solicitar la restitución ofrece y acredita que está dispuesto a cumplir las garantías necesarias para el retorno seguro del NNA y del progenitor sustractor que alega haber sido víctima de violencia. En otros, nada dice al respecto.

Por ello, en casos como *Baran v. Beaty*, el tribunal del Estado requerido concluyó que es un requisito de procedencia de las medidas provisionales de protección que el progenitor reclamante las proponga al momento de solicitar la restitución o contestar la oposición fundada en el grave riesgo originado en violencia doméstica.³¹

En el caso que aquí se comenta, la CSJN tuvo especial consideración aquellas medidas propuestas por el progenitor reclamante, ordenándolas y, de acuerdo con las particularidades del caso, procedió a ordenar otras que consideró pertinentes.

La realidad es que el ofrecimiento de garantías por parte del reclamante facilita la obtención de soluciones amigables y, en muchos casos, el retorno rápido y voluntario del progenitor sustractor y del NNA, quienes usualmente alegan tener miedo y carecer de las garantías suficientes para su retorno.

En consecuencia, corresponde al tribunal y/o autoridad administrativa del Estado requerido determinar su procedencia de oficio o a pedido de parte.

La tercera cuestión es que el procedimiento de restitución está diseñado para ser sencillo, sin realizar un análisis del fondo de asuntos tales como el derecho de custodia y el derecho de visitas, por lo que la adopción de estas medidas puede obligar a quien juzga a explorar la situación fáctica de las partes, entre ellas, las razones que llevaron a uno de los progenitores a sustraer o retener indebidamente al niño, con las dificultades y retrasos que ello implica y pudiendo, incluso, desvirtuar el instituto. Para que esto no ocurra, los operadores deben tener en cuenta los plazos que establecen los tratados y actuar de forma expedita.

30 Hague Conference on Private International Law. "Transfrontier Access/Contact and the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. A Preliminary Report". février / February 2001. Prel. Doc. No 4. Recuperado de <https://assets.hcch.net/upload/abd2001pd4e.pdf>

31 Conf. United States Court of Appeals for the 11th Circuit Level Appellate Court (09/05/2008). "Baran v. Beaty". INCADAT reference: HC/E/US 1142. Recuperado de <https://www.incadat.com/download/cms/files/2017-05/ID1142%20-%20Full%20text%20-%20EN.pdf>

La cuarta cuestión es la posibilidad de hacer exigibles las medidas provisionales de protección en jurisdicciones extranjeras, principalmente, en el Estado de la residencia habitual del NNA. Si el Estado de la residencia habitual no cuenta con instituciones y centros de protección contra la violencia doméstica o si se demostrare que tales instituciones no fueran capaces de ayudar de manera adecuada al progenitor víctima de violencia doméstica y al niño, no sería procedente ordenar medidas de protección posteriores a la restitución y, en consecuencia, se configuraría la causal de “grave riesgo”.³²

En este sentido, se ha señalado que,

[s]i hay evidencia convincente de que la restitución expondría al niño a un riesgo grave de una situación intolerable, el tribunal requerido debe considerar si se pueden implementar medidas de protección en el Estado requirente para proteger al niño de ese riesgo. Estas medidas pueden tomar la forma de órdenes dictadas (o por dictar) por los tribunales del Estado requirente, por iniciativa del progenitor privado o como resultado de la cooperación judicial en relación con la solicitud. Pueden tomar la forma de compromisos asumidos por el progenitor dejado atrás, si el tribunal está convencido de que esos compromisos son exigibles y serán efectivos en la práctica [...] La evaluación del riesgo y de la efectividad de las protecciones sugeridas contra ese riesgo siempre debe enfocarse en el caso específico. No es apropiado hacer suposiciones acerca de la efectividad de las medidas de protección en el Estado requirente para proteger a un niño contra un riesgo grave que de otro modo se ha hecho evidente.³³

En la práctica, que las autoridades estén habilitadas para asegurar el respeto de tales órdenes depende de la seriedad y herramientas con que cuenta el Estado de la residencia habitual y, dado que no hay disposiciones formales, las medidas de protección ordenadas por la autoridad del Estado requerido son reconocidas por cortesía y confianza internacional.

Desde la perspectiva del derecho internacional privado, el Estado de la residencia habitual debe cumplir con las medidas provisionales ordenadas por el Estado requerido en virtud de tratados sobre cooperación,³⁴ del principio de reciprocidad y, particularmente, los tribunales y autoridades administrativas argentinas están obligadas a brindar cooperación cuando la residencia habitual del NNA esté en su territorio (conf. artículos 2611 y 2642 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Finalmente, las medidas adoptadas por el juez que ordena la restitución expiran cuando los jueces de la residencia habitual traten la cuestión de la violencia doméstica con seriedad y dispongan de las herramientas necesarias para proteger a las víctimas.³⁵ Lo anterior “significa que el Estado requirente

32 Conf. District Court of The Hague (22/02/2018). “X. (the mother) against Y (the father)”. INCADAT reference: HC/E/NL 1391. Recuperado de <https://www.incatat.com/download/cms/files/2019-01/id1391-full-text-en.pdf>

33 Id., nota 26, p. 55, traducción propia.

34 Por ejemplo, el Convenio de La Haya de 19 de octubre 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 (no ratificado por Argentina, ni México), en sus artículos 11 y 12 faculta al Estado donde se encuentra el niño a adoptar todas las medidas de protección que considere pertinentes hasta que la autoridad del Estado de la residencia habitual del niño reconozca y adopte las medidas exigidas por la situación.

35 Id., nota 16.

resolverá imparcialmente las cuestiones relacionadas con la custodia y el bienestar del niño que regresa”,³⁶ pues se considera que el foro de la residencia habitual del niño es el más adecuado para determinar los méritos de bienestar y resolver cualquier disputa que pueda surgir, por lo que se hace necesaria la aplicación rigurosa de los mismos.

En el caso objeto de análisis, la CSJN aclaró que las medidas de protección posteriores tendrán vigencia

hasta tanto el juez competente dicte un pronunciamiento al respecto, luego de tomar conocimiento de la presente resolución, de las causas penal y de violencia familiar y de género, y de los diferentes incidentes civiles originados por el conflicto, tramitados en este país.

En consecuencia, “la aplicación de esta excepción está reservada a situaciones de corte grave e insoluble, que sean imposibles de evitar mediante la adopción de medidas de protección”.³⁷

En conclusión, acreditada la existencia de violencia doméstica y no habiéndose configurado la excepción de “grave riesgo”, se amplía el concepto de “retorno seguro” de NNA, que incluye la adopción de medidas de protección provisionales establecidas por el tribunal del Estado requerido a favor de NNA y del progenitor sustractor, que aspiran a mejorar el bienestar de NNA.

Las medidas de protección provisionales son un requisito esencial para que se ordene la restitución del NNA a su residencia habitual y obedecen a la confianza en el otro sistema de protección, basadas en el deber de cooperación de las autoridades administrativas y judiciales.

4. El interés superior del niño y los derechos subjetivos de los progenitores

En el caso en análisis, desde que el progenitor reclamante presentó el pedido ante la Autoridad Central de México hasta que la CSJN ordenó la restitución y adopción de las medidas de protección provisionales transcurrieron más de dos años.

Vale preguntarse: ¿se protegió debidamente el interés superior de la niña? O, por el contrario, ¿la cantidad de acciones intentadas por la progenitora sustractora, tendientes a impedir el retorno de la niña a su residencia habitual, someterla a valoraciones físicas y psicológicas, impedirle y/o dificultar el contacto

³⁶ Fisher, S. (2007). “Restitución del menor sin peligro. Las conclusiones de la Quinta reunión de la Comisión Especial sobre la excepción de grave riesgo. Un punto de vista disidente”. Boletín de los Jueces. LexisNexis Butterworths - HCCH, XII, 35. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/b0dd4b8e-13d2-4428-9f2d-ce49b39f3542.pdf>

³⁷ Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno de Uruguay (19/07/2019). “Real Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de Noruega - de L.F., L.Y.S - Restitución internacional de menor”. Referencia INCADAT HC/E/UY 1529. Recuperado de <https://www.incadat.com/es/case/1529>

con el progenitor reclamante (pormenorizadas en el apartado 2.1.), entre otras, no constituyen en sí mismas una nueva lesión del interés superior de la niña?

Aun cuando la Convención sobre los Derechos del Niño no sea expresamente mencionada en los fallos de los tribunales y sea posterior a la CH 1980 y la CIDIP IV, el principio del “interés superior del niño”, incorporado en su artículo 3, es la base sobre la cual se funda el sistema de cooperación en materia de restitución internacional de NNA.

Es conveniente, entonces, calificar el “interés superior del niño” en el marco de los procesos de restitución internacional, interpretarlo en sentido amplio y juntamente con la CDN y también con la CADH.³⁸

Dicho lo anterior, en el marco de los convenios, el interés superior del NNA se concreta así: a) derecho no ser trasladado o retenido ilícitamente fuera de su residencia habitual;³⁹ b) todas las cuestiones de fondo, tales como el derecho de guarda o custodia, se resuelven ante el juez de su residencia habitual; c) derecho a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias; y d) obtener la rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional.

El objetivo principal de los mecanismos establecidos por los convenios para proteger el mejor interés de NNA es la restitución inmediata a su residencia habitual.

Como se ha analizado a lo largo del presente artículo, los pedidos de restitución internacional de NNA enmarcados en situaciones de violencia doméstica hacen que surja la colisión entre el interés superior del NNA, en los términos expuestos, y los derechos subjetivos del progenitor sustractor, quien en su calidad de víctima de la violencia doméstica demanda del Estado requerido y del Estado de la residencia habitual protección para el NNA y para sí. En situaciones en que los derechos de los NNA confronten con los de los adultos, deben primar los de los primeros.

En la práctica, el grave riesgo como causal de oposición originado en violencia doméstica es una manifestación concreta del principio del interés superior del NNA, que debe ser interpretado en forma restrictiva conforme lo expuesto y faculta a los tribunales y autoridades de los Estados requeridos para adoptar medidas de protección provisionales que permitan preservar los derechos de los progenitores, pero con supremacía del interés superior del NNA que debe retornar a su residencia habitual.

La causal de oposición “grave riesgo” no debe convertirse en una herramienta tendiente a dilatar injustificadamente el procedimiento, desvirtuando el sistema y vulnerando el interés superior del NNA.

5. Conclusiones

La ausencia de disposiciones específicas para los supuestos de violencia doméstica motiva la aplicación de la causal de oposición contenida en los artículos 11.b de la CIDIP IV y 13.b de la CH 1980, que

38 Principalmente, los artículos 9.1, 9.2, 9.3 y 18 de la CDN y los artículos 17 y 19 de la CADH.

39 El término “residencia habitual” se califica como el “centro de vida” de NNA. Conf. CSJN, *Fallos* 334:913.

debe ser interpretada atendiendo las particularidades que presentan estos casos y la imperante necesidad de mantener la supremacía del interés superior del NNA por sobre los derechos subjetivos de los progenitores, principalmente de aquel que es víctima de la violencia doméstica y demanda protección.

Por ello, siguiendo la línea de interpretación de la CSJN en el fallo en análisis, de la Conferencia de La Haya, la doctrina y la jurisprudencia internacional, se puede concluir que son tres los supuestos de violencia doméstica que constituyen “grave riesgo” que afecta al NNA: a) grave riesgo de daño directo dirigido al NNA; b) grave riesgo resultante de la exposición del NNA a violencia doméstica infligida por el progenitor privado del NNA al progenitor sustractor; y c) que el grave riesgo para el NNA puede estar basado también en el daño que puede llegar a sufrir el progenitor sustractor a manos del progenitor privado del niño tras la restitución.

Una vez que se han verificado los requisitos del grave riesgo cobra especial relevancia el análisis prospectivo del mismo, pues las pruebas aportadas por el progenitor sustractor al momento de oponerse a la restitución debe generar en el tribunal un grado de convencimiento tal que le permita predecir que a la inmediata restitución del niño a su residencia habitual se configurará nuevamente uno de los supuestos de violencia doméstica y el grave riesgo para el niño y/o el progenitor sustractor.

Finalmente, en los supuestos de violencia doméstica en el seno familiar del NNA, se faculta a los tribunales y autoridades administrativas del Estado requerido a adoptar las medidas de protección provisionales que considere pertinentes tendientes a lograr el “retorno seguro” del NNA y del progenitor sustractor, imponiendo a las autoridades del Estado de la residencia habitual del NNA la obligación de acatarlas hasta que las autoridades de dicho Estado resuelvan el fondo de las cuestiones y adopten las medidas pertinentes, teniendo en cuenta la violencia doméstica.