

Lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en materia de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes

Luciana B. Scotti*

Leandro Baltar**

Resumen

En este trabajo, el objetivo es analizar la interpretación jurisprudencial proveniente del máximo tribunal argentino de los dos principales tratados en vigor en materia de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes: la Convención de La Haya de 1980 y la Convención Interamericana de 1989 (CIDIP IV). A tal fin, se han seleccionado algunos conceptos y aspectos nodales que suelen generar interpretaciones diversas, incluso contradictorias ante los casos reales. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad, desde su primer fallo en 1995 hasta la fecha, de determinar los alcances de las disposiciones convencionales, a la luz de la Constitución Nacional, de la Convención sobre Derechos del Niño, y de reglas de *soft law* procedentes de los más importantes foros de codificación internacional.

Abstract

The object of this paper is to analyze the interpretation given by the highest Argentinian court to the two main international treaties regarding the international return of boys, girls, and adolescents: The 1980 Hague Convention and the 1989 Inter-American Convention (CIDIP IV). For such purpose, we have selected some concepts and key issues that are generally subject to differing interpretations, and even contradictory in actual cases. Our Supreme Court of Justice, since its first ruling in 1995 and up until today, has had the opportunity to determine the reach of those treaties considering the National Constitution, the Convention on the Rights of the Child, and the soft law rules produced by the most important international codification centers.

Palabras clave

Restitución internacional. Niños, niñas y adolescentes. Evolución jurisprudencial. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

* Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires con tesis sobresaliente, recomendada al Premio "Facultad" (Área Derecho Internacional). Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, USI. Investigadora Categoría I. Directora de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Vicedirectora y Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad. Contacto: lucianasconfigetti@derecho.uba.ar

** Abogado. Magister en Derecho Internacional Privado (UBA). Doctorando en Derecho Internacional (UBA). Becario Doctoral UBACyT. Docente de Derecho Internacional Privado (UBA, UCES, USI) y Derecho de la Integración (UBA). Coordinador de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Autor de artículos y capítulos de libros sobre temas de su especialidad. Contacto: leandrobaltar28@gmail.com

Keywords

International return. Boys, girls, and adolescents. Jurisprudential development. Supreme Court of Argentina.

Sumario

I. Introducción. II. Lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en materia de restitución internacional de NNA. A. La compatibilidad del CH 1980 con la CDN. B. El interés superior del niño como directriz. C. La configuración de la residencia habitual. D. Los alcances del derecho de custodia. E. Interpretación de las excepciones. 1. La integración a un nuevo centro de vida. 2. El grave riesgo. 3. La oposición del NNA y el derecho a ser oído. 4. El consentimiento progenitor. 5. El orden público internacional. F. La protección de la privacidad en los procesos de RINNA. G. El carácter autónomo del procedimiento. H. El retorno seguro. I. La necesidad de una reglamentación procesal. Celeridad del proceso. III. A modo de cierre.

I. Introducción

La restitución internacional de niños, niñas y adolescentes (RINNA) es un proceso por el cual se intenta prevenir y revertir situaciones lacerantes para estos sujetos especialmente vulnerables. Como mecanismo de protección, busca garantizar el respeto a derechos humanos fundamentales y ello implica el retorno de modo rápido y seguro al país en el cual se encontraba la residencia habitual al tiempo del traslado o retención ilícita en otro Estado. Solo de este modo se puede superar la indeseada situación a la que se encuentran sometidos.

Este fenómeno se nos presenta con mayor asiduidad en nuestros días, prácticamente como una modalidad, una suerte de táctica o maniobra para impedir la comunicación del niño con el progenitor no sustractor. Ante esta constante y lamentable vulneración de los derechos de los NNA, los Estados tomaron la iniciativa de instaurar procedimientos con la finalidad principal de ponerle fin a toda ilicitud en respeto a las garantías y derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), texto que goza de jerarquía constitucional en la República Argentina (conforme lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, CN).

Argentina ratificó las dos convenciones internacionales más importantes en la materia las cuales nacen en el ámbito de foros productores de normas de Derecho Internacional Privado (DIPr) con prestigio y trascendencia mundial. En primer lugar, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado aprobó el 25 de octubre de 1980 la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH1980) que a la fecha cuenta con 101 Estados Contratantes, lo cual demuestra su éxito rotundo. Nuestro país aprobó

este tratado por Ley No. 23.857 sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada el 19 de octubre del mismo año. A su turno, en la cuarta Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, celebrada en la ciudad de Montevideo en 1989, se aprobó la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV), vigente entre 14 Estados. Argentina la aprobó el 29 de noviembre del 2000 por la Ley No. 25.358.

A través de estos marcos normativos, generado el conflicto, siempre se busca llegar a un retorno voluntario susceptible de evitar que el NNA se constituya en presa de una situación lacerante de sus intereses ante el conflicto de sus progenitores. Esta solución ideal, no siempre se logra debiéndose iniciar la fase judicial en búsqueda de una autoridad con poder decisorio que ordene o no el retorno, siempre con la directriz del interés superior del niño como visión y punto de referencia.

En términos generales, tanto la Convención de La Haya como la Interamericana regulan los aspectos civiles del traslado o retención ilícitos de los menores de 16 años: prevén una solicitud de restitución del niño y una solicitud para garantizar el efectivo derecho de visita, y contemplan la designación de una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el convenio. Establecen prácticamente los mismos requisitos para la procedencia del reclamo, así como sus excepciones. Las dos convenciones regulan un procedimiento autónomo que se deslinda en dos fases, una voluntaria, ante las autoridades centrales, y otra, contenciosa, ante las autoridades judiciales o administrativas competentes.

Asimismo, algunos Estados celebraron acuerdos bilaterales. Entre ellos, cabe mencionar el Convenio uruguayo-argentino sobre Protección Internacional de Menores, en vigor desde el 10 de diciembre de 1982.

Entre ambos convenios multilaterales, prevalece la CIDIP IV (art. 34), sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria del CLH 1980. Tal es el caso de Venezuela que hizo uso de esta reserva. Además, la CIDIP IV dispone que no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia (art. 35).

A nivel interno, cabe recordar que en Argentina el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) de 2015, en la Sección 8ª, artículo 2642, se dedica al tema procurando el retorno voluntario y seguro del niño, y en su caso del acompañante, al lugar de su residencia habitual.

Sin embargo, en nuestro país, no existe aún un procedimiento diseñado que sea apto para tramitar los pedidos de restitución internacional de menores y, en consecuencia, la jurisprudencia nacional no tiene un criterio uniforme al respecto.

No obstante, se han sancionado leyes procesales provinciales en la materia. En tal sentido, destacan la Ley No. 10419 de procedimiento para la aplicación a los casos de restitución internacional de niños y régimen de visitas o contacto internacional de la Provincia de Córdoba; la Ley No. 3134 del 25 de julio de 2018 sancionada por Neuquén, que establece un procedimiento para la aplicación de los convenios sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y régimen de visitas o contacto internacional. También Entre Ríos cuenta con una acordada que establece el proceso de restitución internacional de menores, aprobado por Acuerdo General No. 13/15 del 19 de mayo de 2015, con entrada en vigencia desde el 1 de junio de 2015; la provincia de Misiones regula el proceso de restitución de menores y restauración del régimen de visitas en los arts. 679 a 695 del Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar; Mendoza incluye en su Código Procesal de Familia y Violencia Familiar (Ley No. 9.20), publicado en el B.O. el 21 de noviembre de 2018, el proceso para la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, y demás cuestiones de Derecho Internacional Privado en las relaciones de familia (arts. 208 y 227).

A nivel nacional, el Poder Ejecutivo ha presentado un proyecto de ley (EXP PE No. 366/18), del cual son antecedentes los proyectos del año 2014 (EXP 5903-D-2014) y del año 2016 (EXP 4738-S-2016). Fue aprobado por el Senado el 17 de julio de 2019. Pero, lamentablemente, ha perdido estado parlamentario antes de ser aprobado por la Cámara de Diputados.

Es importante destacar la labor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha elaborado el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, ante la ausencia de norma procedimental de alcance nacional. Estas reglas de *soft law*, en tanto no son

vinculantes, fueron aprobadas por la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia el 12 de diciembre del 2016 para

brindar a los operadores un instrumento de aplicación directa, para dar respuesta a los casos de sustracción internacional de niños y, en la medida de lo posible, restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida y que fuera turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante.

La aplicación de este Protocolo ha permitido una considerable reducción de los plazos de duración de tales procesos a nivel local, en el orden de “entre seis y ocho meses, incluyendo, según el caso, las vías recursivas y la ejecución de la sentencia”¹.

Diversas provincias han adherido a este Protocolo mediante Acordadas de sus superiores tribunales (entre otras, Entre Ríos, Mendoza, San Luis, Tucumán, Río Negro, Salta).

Más recientemente, en agosto de 2020, la Comisión Nacional de Acceso a Justicia (CNAJ), con el apoyo de la Oficina Regional de la Conferencia de La Haya para América Latina y el Caribe, coordinó la redacción del Proyecto Piloto para la Implementación de la Mediación a la Aplicación de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños. Buscando garantizar el acceso a la justicia, se posiciona a la mediación como un mecanismo susceptible de evitar demoras y padecimientos a las familias promoviendo, al mismo tiempo, soluciones amigables a los conflictos familiares².

Ahora bien, nuestra Corte Suprema, además de elaborar estas reglas no vinculantes, principalmente cumple con una tarea ejemplar a la hora de interpretar las convenciones vigentes.

En efecto, la jurisprudencia argentina ha ido evolucionando positivamente, en líneas generales, desde los primeros casos de pedidos de restituciones internacionales de niños hasta nuestros días. Para ello, ha contribuido en mucho nuestro

¹ Panatti, Marcela Virginia y María Soledad Pennise Iantorno, Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios sobre Sustracción Internacional de niños. Balance a dos años de su aprobación, en: *Revista Jurídica*, 2019, No. 4. Disponible en: <https://bit.ly/3F54Xkq>

² Este Proyecto Piloto ya ha sido utilizado por la Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), en el caso de un niño de cinco años que se encontraba en Argentina para vacacionar con su padre, pero no regresó a Venezuela en el plazo convenido. La madre inició un pedido de restitución internacional y el juzgado a cargo propuso iniciar una mediación en el Centro de Prevención y Resolución de Conflictos. Los mediadores designados condujeron a las partes hacia la firma de un acuerdo, que finalizó con el regreso del niño a su país de residencia habitual.

máximo tribunal. De hecho, numerosas sentencias de instancias inferiores se basan, para decidir estos casos, en los lineamientos consagrados por la Corte.

En términos jurisprudenciales, podemos distinguir dos grandes etapas. El antes y el después lo marca el fallo “*Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela*” conocido como el “caso Daniela”, de 1995³, el primer pronunciamiento de nuestra Corte en un caso de retención ilícita de una niña en nuestro país cuya residencia habitual se encontraba en Canadá. Entre los casos anteriores, encontramos algunos pocos resueltos por instancias inferiores, en los cuales además, los jueces en ocasiones tenían que recurrir a otras normas, por fuera de las disposiciones convencionales de La Haya y de la CIDIP IV, por no encontrarse en vigor⁴.

³ El año no es casual. El CLH 1980 entró en vigencia en Argentina, recién, el 1 de junio de 1991. A su vez, en 1994, la reforma constitucional le reconoce jerarquía supralegal a los tratados en general y consagra la jerarquía constitucional de la Convención sobre Derechos del Niño, entre otros instrumentos de derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN). Por ende, se suscita cuestión federal ante el agravio relativo a la aplicación que los jueces de instancias inferiores han hecho de la Convención de La Haya, reglamentaria del principio del interés superior del niño contenido en un tratado internacional de jerarquía constitucional. A partir de ello, se genera la necesidad de interpretar las normas federales en juego.

⁴ De la primera etapa, destacan entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 7 de abril de 1983 (“*R., S. L. y otro c. B. R., C.*”). En este caso, la actora expresa que su hija —extramatrimonial— fue sacada del país por el demandado en forma subrepticia mientras estaban ambos domiciliados en esta ciudad. Y, en consecuencia, reclama el reintegro de la menor. A fin de establecer la jurisdicción internacional resulta aplicable en el caso el Tratado de Montevideo de 1940. A criterio de la sala, la jurisdicción debe determinarse a la luz de lo dispuesto por el art. 43 del Tratado ya citado. En efecto, según los dichos de la actora, el demandado se habría llevado a la menor subrepticamente al extranjero, por lo que habría cometido un delito civil, al privar a la madre de toda relación con la hija. Asimismo, como —siempre según el relato de la accionante— dicho delito se habría perpetrado en la Capital Federal, cabe concluir que, en virtud de lo preceptuado por el inc. 4º del art. 5º del Código Procesal, en la causa deben entender los tribunales de esta jurisdicción. Por otra parte, si se prescindiera de los aspectos señalados, de todos modos, se llegaría a la misma conclusión, por cuanto habría que aplicar analógicamente lo dispuesto por el art. 59 del tratado en cuestión y la última convivencia efectiva de las partes habría sido en esta ciudad, según lo expuesto por la actora. A mayor abundamiento, sostiene la Cámara que conviene resaltar que, en lo que se refiere a la protección de la relación paterno-filial, corresponde adoptar un criterio generoso en materia de jurisdicción aplicable. De ese modo se defiende mejor el derecho de los menores a no perder su vinculación con ambos progenitores. En otro caso, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 26 de septiembre de 1989 (“*P. H., M. C. c. N. L., E. A.*”), el Tribunal sostuvo que la carencia de previsión expresa en nuestra ley positiva (por entonces) respecto de las medidas a adoptar para la restitución de menores en el ámbito internacional permite utilizar como pauta orientadora las prescripciones del convenio que sobre la materia se suscribiera con la República Oriental del Uruguay en la ciudad de Montevideo el 31 de julio de 1981, aprobado por Ley 22.546, por plasmar normativamente los fundamentos que nutren este delicado tema de minoridad. El agravio vertido en el sentido que, a través de este proceso cautelar, se ha dado exequatur a una sentencia extranjera no puede prosperar a poco que se repare en el contenido de la petición efectuada y el alcance de la decisión recurrida. La sentencia chilena, que en ningún momento dispone la restitución de la menor, fue utilizada por el a quo como un documento extranjero emanado de autoridad pública, que tiene efectos probatorios en nuestro territorio en tanto —como en la especie— esté debidamente legalizado. Este proceso no consistió en una vía errada para otorgar la tenencia provisoria de la niña a la madre, sino en restituir a la misma a su “status quo” anterior, con la celeridad que este tipo de medidas requiere. En el ámbito internacional, procede la restitución de menores no sólo cuando estos hayan sido “secuestrados” de su país de residencia habitual, sino

Nos proponemos en este trabajo, entonces, recopilar de manera sistematizada aquellos lineamientos que, desde aquel “caso Daniela”, resultan fundamentales a la hora de abordar un proceso destinado a analizar y determinar el (posible) retorno de un NNA al Estado de su residencia habitual.

II. Lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en materia de restitución internacional de NNA

De una lectura y análisis de los fallos dictados por la CSJN pueden observarse patrones, pautas o parámetros interpretativos básicos. Puede argumentarse que las diversas instancias son susceptibles de atentar contra la necesaria celeridad que de conformidad a las disposiciones convencionales deben tener los procesos de RINNA, y ciertamente ello generó demoras de años para arribar a una resolución. Sin embargo, en reiteradas oportunidades la CSJN brindó valiosos aportes los cuales permitieron allanar el camino allí en donde se presentaban dificultades. Tomaremos aquellos principales patrones en los cuales nuestro máximo tribunal interpretó tanto la CH1980 como la CIDIP IV.

A. La compatibilidad del CH 1980 con la CDN⁵

Para poder comprender este punto vale destacar que Argentina ratificó la CDN en 1990 y fue recién en 1994 que le otorgó rango constitucional tras el

también en los casos en que se encuentren indebidamente en otro Estado. Se entiende que su presencia es indebida cuando —como en la especie— su permanencia se produce en violación a los derechos de quienes ejercen la patria potestad. Es decir que, no obstante que P. H. pudo haber consentido la salida de su hija del territorio chileno, la no restitución de la misma, pese a su actividad tendiente a lograrla, toma su presencia en nuestro país indebida, sin perjuicio de que su estadía pueda ser legal. La medida cautelar decretada encuentra su mayor fundamento en el hecho de que la menor tiene su centro de vida en la República de Chile; ello surge de la referida sentencia y demás documentación agregada, que no mereciera impugnación posterior. En efecto, es a todas luces inconveniente para el pleno desarrollo de la personalidad de la niña K. el desarraigo que implica ser sacada de su residencia habitual, y de su medio social, alejándola del espacio donde ha comenzado su vida de relación. Por ello, a criterio de este tribunal, ha quedado debidamente acreditada la verosimilitud del derecho que se invocara y lo perjudicial que resulta para la niña la demora en poner fin a este desarraigo, por lo que corresponderá confirmar el decisorio recurrido, sin perjuicio de lo que oportunamente se resuelva en las actuaciones seguidas entre las partes sobre la tenencia.

⁵ Desde el primer caso que llegó a la CSJN en 1995 se planteó la posible incompatibilidad entre el CLH 1980 y la CDN. Si bien está prácticamente zanjada esta cuestión dado que nuestra máxima instancia judicial ha afirmado en incontables oportunidades que ambos tratados resultan compatibles, en los últimos años, doctrinaria y jurisprudencialmente, en instancias inferiores, se pone en tela de juicio la aplicación del CLH 1980, ante una potencial incompatibilidad con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Esto sucede principalmente en aquellos casos donde se invoca violencia física o psicológica contra la madre como causal de excepción a la pronta restitución del niño. Sin embargo, la CSJN aún no ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto.

Pacto de Olivos y la reforma de la Constitución Nacional. Ante esta situación, en varias oportunidades nuestros jueces se enfrentaron a la necesidad de tener que analizar la compatibilidad entre los convenios: por un lado, la CH1980 que ya se encontraba vigente y, por el otro, la CDN que a diferencia de la otra, goza de una superior jerarquía en materia de fuentes⁶. Es necesario recordar que es ampliamente reconocido que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la *ultima ratio* del orden jurídico pues constituye en sí mismo un acto de suma gravedad institucional. Mucho menos, entonces, se puede tomar a la ligera dicha declaración en relación con un tratado internacional, de jerarquía supralegal, y que a lo largo de sus cuarenta años ha permitido resguardar los derechos de muchísimos niños en todo el mundo⁷.

Precisamente, el segundo agravio alegado por la madre en los autos “*Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela*”⁸ se centró en la contradicción entre la CDN y el modo en que los jueces de la causa habían aplicado la CH1980 que, a juicio de la recurrente, importó un total desconocimiento de los principios que en materia de niñez integran el orden público internacional argentino. La CSJN entendió que la CH1980 preserva el interés superior del niño mediante el cese de la vía de hecho. En efecto, concluyó que la jerarquización de intereses —con preeminencia del interés superior del niño— que propugna la recurrente se encuentra respetada en la CH1980. Esta interpretación es mantenida en diversas sentencias. Cabe señalar que, como anticipamos, este fue el primer caso que llegó a decisión de la Corte Suprema en la materia que nos ocupa.

En “*R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo*”⁹ nuevamente se destacó que el procedimiento de restitución inmediata instaurado por el CH1980 se encuentra

⁶ Puede profundizarse en Scotti, Luciana B., Mariana Antón Pérez y Leandro Baltar, Las fuentes en el Derecho Internacional Privado. Cuando una incorrecta fuente desencadena una serie de errores, en: *La Ley*, 27 de diciembre de 2018, No. 7, LA LEY2018-F, 467, DFyP 2019 (febrero), 01/02/2019, 115.

⁷ Scotti, Luciana y Leandro Baltar, La configuración del lugar de residencia habitual en los casos de restitución internacional de niños, en: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2021, Año XIII, No. 3, pp. 36-57. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/4045/2020 y Diario La Ley, Año LXXXV No. 44, Tomo La Ley 2021-B, 1 de marzo de 2021.

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 1995 (“*Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela*”). Este y los demás fallos citados pueden consultarse en: <https://bit.ly/37Nja9u>

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de diciembre de 2010, (“*R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo*”).

inspirado en la regla del interés superior del niño establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño:

...no existe contradicción entre dichas fuentes en tanto ambas propenden a la protección del citado interés superior, y que el CH 1980 parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *status quo* anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos, preservando el mejor interés de aquél mediante el cese de la vía de hecho.

Analizando este mismo punto, pero ya respecto de la CIDIP IV, en los autos “*S. A. G. s. restitución internacional*”¹⁰, se sostuvo el mismo razonamiento al expresar que

los textos internacionales tienen como objetivo fundamental proteger a esos menores y no existe, a criterio del Tribunal (CSJN), contradicción alguna entre la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, en tanto ambos instrumentos —cada uno en su esfera— tienden a la protección del “interés superior del niño”.

B. El interés superior del niño como directriz

Un importante sector de la doctrina afirma que el interés superior del NNA constituye un factor de progreso y de unificación de esta disciplina¹¹. En este sentido, Santos Belandro señala que

el protagonismo de los elementos fácticos del caso concreto para la evaluación del interés superior del menor obliga a modificar el método tradicional utilizado en nuestra disciplina, a la regla de conflicto clásica, considerada abstracta, general, neutra... Su apariencia de abstención ante los problemas de los individuos específicos, permiten visualizarla como asumiendo una actitud solemne, que sólo se afanara por buscar la localización de la relación jurídica privada internacional recurriendo al criterio de la proximidad. Nada más lejos de lo que trasmite el criterio del interés superior del menor... Se trata de un concepto que abre las puertas a un nuevo derecho internacional privado¹².

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20 de diciembre de 2005 (“*S. A. G. s. restitución internacional*”).

¹¹ Cfr. Borras, Alegría, El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado, en: *Revista Jurídica de Catalunya*, 1994, No. 4, pp. 47-122.

¹² Cfr. Santos Belandro, Rubén, El Interés Superior del Menor en el Derecho Internacional Privado, en: <https://bit.ly/3OFvitw> y en: <https://bit.ly/3s2Ak9J>

Coincidimos, asimismo, con Najurieta quien sostiene:

No existe un único concepto abstracto del interés superior del menor de edad. Cada instituto tiene sus prioridades, que están dadas por la operatividad de los derechos fundamentales. Para comprender estos matices es necesario que la autoridad competente aprecie en profundidad las circunstancias del caso y realice los razonamientos que permitirán satisfacer las orientaciones materiales dadas por el legislador¹³.

En “*R. M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo*”¹⁴, de 21 de diciembre de 2010, la CSJN sostuvo que:

...el procedimiento de restitución inmediata instaurado por el CH 1980 se encuentra inspirado en la regla del interés superior del niño establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño —aprobada por la Ley 23.849—, dado que en su preámbulo los Estados firmantes declaran estar “profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”; que no existe contradicción entre dichas fuentes en tanto ambas propenden a la protección del citado interés superior, y que el CH 1980 parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos, preservando el mejor interés de aquél mediante el cese de la vía de hecho.

Asimismo, en “*G. A., D. I. c/ M., J. s/ restitución internacional de menores (vigente hasta 31/7/2015)*”¹⁵, de fecha 11 de septiembre de 2018, ordenó la restitución y para ello afirmó que:

en tales condiciones y teniendo como premisa que el interés superior del niño debe orientar y condicionar las decisiones judiciales en el cumplimiento del CH 1980 y de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y que este se resguarda —esencialmente— con “una solución de urgencia y provisoria” que cese la vía de hecho (Fallos: 328:4511; 333:604; 335:1559; 336:638), esta Corte estima pertinente revocar la decisión impugnada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, hacer lugar a la demanda de restitución.

¹³ Cfr. Najurieta, María Susana, Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, en: *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2016, año 41, No. 93, p. 162.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de diciembre de 2010 (“*R. M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo*”).

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11 de agosto de 2019 (“*G. A., D. I. c/ M., J. s/ restitución internacional de menores [vigente hasta 31/7/2015]*”).

En autos “*E., M. D. c/P., P. F. s. restitución del menor C. D. E. P.*”¹⁶, de 10 de mayo de 2016, la Corte se dirigió a los progenitores invocando el mismo concepto:

dato que, el interés superior del niño debe constituir la preocupación fundamental de los padres, corresponde efectuarles análoga exhortación 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 hijo menor, como también de la relación parental —permanente y continua— con ambos padres que no puede verse lesionada por decisión unilateral de ellos.

C. La configuración de la residencia habitual

A mediados del siglo pasado y hasta nuestros días, se advierte

el intento de superación de las relaciones de contraposición entre nacionalidad y domicilio mediante una conexión integradora de los países partidarios de ambas: se trata de la residencia habitual que ha sido la preferentemente acogida en su ingente obra codificadora por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado... así como por diversos legisladores estatales en las nuevas normas de Derecho internacional privado promulgadas en los últimos años¹⁷.

La doctrina ha indicado que esta noción

se asimila al domicilio de hecho y, por ende, sitúa a la persona en su medio real (elemento objetivo), evitando las estrías normativas provocadas por la calificación del domicilio. Al mismo tiempo, recoge el ánimo de la persona de vivir donde se encuentra (elemento subjetivo). La residencia habitual es, por otro lado, más afín a los constantes desplazamientos propios de nuestro tiempo, que no necesariamente son acompañados por una mutación normativa efectuada por el sujeto que se desplaza¹⁸.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de mayo de 2016 (“*E., M. D. c. P., P. F. s. restitución del menor C. D. E. P.*”).

¹⁷ Rodríguez Benot, Andrés, El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado, en: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, Vol. 2, No. 1, pp. 186-202. Disponible en: www.uc3m.es/cdt, p. 188.

¹⁸ Menicocci, Alejandro, El estatuto de la persona humana: del domicilio y la nacionalidad a la autonomía conflictual y material, en: *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2012, No. XXI, pp. 53-54.

Las Convenciones de la Conferencia de La Haya y las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP) han recurrido, en forma cada vez más creciente, a esta conexión en materias específicas¹⁹.

Sin embargo, ni el CH1980 ni la CIDIP IV califican el concepto de residencia habitual²⁰, pese a que informa a ambos convenios. Tal como señala Najurieta, “destacados autores sostienen que, ante la laguna en la Convención, el concepto de residencia habitual debería definirse de la manera que mejor responda a la justicia del caso”. Sin embargo, en opinión de la autora, “estas interpretaciones desvirtúan la noción de ‘residencia habitual’, que tiene un contenido autónomo uniforme en el contexto de los convenios relativos a niños y niñas elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya”²¹. Acudir a la jurisprudencia, especialmente a la doctrina de la Corte, resulta entonces, fundamental para alcanzar una calificación de este concepto.

En el célebre y ya mencionado, caso “*Wilner c/ Osswald*”²², la CSJN sostuvo que la expresión *residencia habitual* utilizada por la Convención de La Haya “se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y

¹⁹ El primer tratado que opta por la residencia habitual es la Convención que regula la adopción de medidas encaminadas a proteger la persona y bienes del menor (Convenio de 5 de octubre de 1961) en virtud de la cual se sustituye la solución básica del citado texto de 1902 que consistía en someter la tutela a la ley nacional del menor. Otras convenciones que utilizan la residencia habitual como conexión determinante para definir la ley aplicable son el Convenio de 2 de octubre de 1973 que consagra como conexión principal la residencia habitual del acreedor alimentario (art. 4); y como subsidiaria de primer grado la nacionalidad de éste (art. 5). La residencia habitual del acreedor de alimentos, es también la regla general para señalar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias establecida por el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007. Esta conexión también es adoptada en los Convenios sobre sustracción internacional de menores (Convenio de La Haya de 1980); en las cuestiones de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores (Convenio de La Haya de 1996) y en materia de adopción internacional (Convenio de La Haya de 1993).

En el foro de codificación interamericano, la residencia habitual es el criterio rector en la Convención interamericana sobre adopción internacional (CIDIP III, La Paz, 1984), la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV, Montevideo, 1989), la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV, Montevideo, 1989), la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V, México, 1994).

²⁰ En el DIPr de fuente interna argentino, el artículo 2614 CCCN define el domicilio de las personas menores de edad. Señala que éste se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental; si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual.

En el segundo párrafo se ocupa de aclarar una cuestión central en materia de restitución internacional de menores, cual es que los niños no adquieren un nuevo domicilio en el lugar donde se encuentran ilícitamente retenidos por uno de sus padres en violación de los derechos de custodia del otro progenitor.

²¹ Najurieta, María Susana, El interés superior del niño a ser rápidamente restituido a su residencia habitual. Un nuevo aporte jurisprudencial en aplicación de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980, en: *La Ley*, cita online: AR/DOC/7498/2012.

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 1995 (“*Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela*”).

alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores”, tal como lo define el Convenio argentino-uruguayo. En virtud de ello, declara equivocada la interpretación de la apelante, que hace depender la residencia habitual del menor del domicilio de sus padres. Por el contrario, en el caso no se discutió que la menor vivió en Canadá desde su nacimiento hasta el traslado a la Argentina, durante cuatro años, con lo cual se cumplía el requisito de habitualidad. Que la estadía del matrimonio en Canadá no haya sido definitiva o que las autoridades de tal país sólo hubieran autorizado su permanencia por un tiempo limitado hacen a la configuración, o no, del domicilio, pero en nada afectan a la de la residencia habitual; por ende, tales extremos son irrelevantes a los fines de la restitución internacional de menores.

A su turno, en un caso reciente, “*Recurso de hecho deducido por C. R. S. y por sí en representación de su hija menor de edad en la causa V., M. c/S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños*”²³, la CSJN no pudo indagar sobre la permanencia estable en un Estado u otro, ni en los deseos de la propia niña, dada su corta edad. Ante ello, tuvo que averiguar si existía la voluntad común de ambos progenitores en establecer la residencia habitual de su hija. Al respecto, manifestó:

Ni las manifestaciones de los progenitores, ni las declaraciones testificales, como tampoco la documentación acompañada, permiten considerar fehaciente e indubitadamente acreditado que hubiese existido una clara decisión consensuada de abandonar la residencia que la familia tenía hasta entonces y adquirir una nueva en el país extranjero, para que fuese allí donde la niña desarrollase con habitualidad su vida... Por el contrario, los elementos fácticos y probatorios obrantes en la causa y, en especial, las conductas y expresiones de las partes que solo dejan traslucir la visión propia de cada uno de ellos respecto de un mismo hecho, advierten sobre cierta ambigüedad en la intención que habrían tenido al encarar el viaje realizado a Europa, lo que resta entidad a la posible configuración de una firme decisión compartida de mudar la residencia vigente.

En suma, la clave de la decisión residió en la ausencia de configuración de la residencia habitual en el extranjero, en este caso, Francia.

²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de octubre de 2020 (“*Recurso de hecho deducido por C. R. S. y por sí en representación de su hija menor de edad en la causa V., M. c/S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños*”).

D. Los alcances del derecho de custodia

Los convenios exigen para la procedencia de un pedido de restitución que: 1) exista un derecho de custodia atribuido de conformidad con la ley de residencia del menor; 2) ese derecho de custodia haya sido ejercido de manera efectiva al momento del traslado o la retención del menor; 3) el menor tenga la residencia habitual en el Estado requirente de la restitución; 4) el traslado o retención sean ilícitos por violar un derecho de custodia atribuido según la ley de residencia del menor.

A su vez, definen al derecho de custodia como aquel que comprende la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del menor y por lo tanto del traslado del menor. Sin embargo, esta calificación ha generado dudas sobre su alcance en la aplicación a los casos.

En la mayoría de los casos nos encontraremos con supuestos de cuidado, guarda, o de patria potestad compartida, y el traslado o retención, aunque son ilícitos, no configuran un delito (penal) en sí mismos, sino un ejercicio abusivo de los derechos-deberes atribuidos en el marco de la responsabilidad parental.

Además, debemos tener en cuenta que una autorización para salir del país de residencia habitual de los menores no implica, por sí sola, el consentimiento del progenitor otorgante para retener al menor y fijar su nueva residencia en otro país.²⁴

Efectivamente,

...si en un Estado parte la legislación sustancial atribuye la “custodia” o tenencia, o guarda, cualquiera sea el *nomen iuris* de la institución desde la óptica del derecho de fondo a uno de los progenitores pero ese derecho no alcanza para que ese padre conviviente pueda decidir por sí la modificación de la residencia habitual del niño mediante el establecimiento de una nueva residencia en un país extranjero (pues para hacerlo necesariamente debe contar con el consentimiento del otro progenitor o la autorización de una autoridad judicial), entonces, debe concluirse que ese progenitor no tiene la custodia en el sentido uniforme de la Convención (art. 5.a), y si desplaza o retiene al niño

²⁴ El Código Civil y Comercial de la Nación, en el artículo 645 establece los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores, y entre ellos: “c) autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero”.

con el intento de modificar su “centro de vida” comete la infracción que se califica de conducta ilícita, que da lugar al procedimiento de restitución²⁵.

Por su parte, la jurisprudencia extranjera ha sostenido reiteradamente que se habilitará la vía del Convenio de La Haya cuando cualquier persona humana, tribunal, institución u órgano que tenga un derecho a objetar el traslado del menor fuera de la jurisdicción no sea consultada previamente al traslado o se niegue a él. Es suficiente entonces la existencia de la facultad de decidir acerca de la radicación del menor en el extranjero para que se configure la noción de custodia prevista en el convenio²⁶.

En “*B., S. M. c/P., V. A. s/ restitución de hijo*”²⁷, de 19 de mayo de 2010, en el Dictamen de la Procuradora que hizo suyo la CSJN, se examinó el alcance del derecho de custodia en un caso en que existía un acuerdo celebrado entre los progenitores; a cuyo fin, tenía particular relevancia el derecho español vigente al tiempo del desplazamiento, régimen que —a los fines hermenéuticos— debía coordinarse con las reglas que emanan del CH 1980. Sostuvo en aquella ocasión que

la solución de ese problema ha de venir a partir de las normas propias de ese ordenamiento, y no desde el *nomen iuris* escogido por las partes, cuya

²⁵ Najurieta, María Susana, La restitución internacional de menores y el principio del interés superior del niño. Un caso de aplicación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, en: *Jurisprudencia Argentina*, 2006, Vol. I, p. 44.

²⁶ Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha decidido en la causa “*Abbot v. Abbot*” (No. 08-645, decisión del 17 de mayo de 2010), en contra de lo sostenido por las dos instancias precedentes, que el traslado de un menor al extranjero (en la especie, de Chile a los Estados Unidos) en compañía del progenitor que detenta, sin la autorización del otro progenitor, a quien se le había reconocido un derecho de visita y un derecho de autorización para los traslados del menor al extranjero (*ne exeat*), constituye una vulneración del “derecho de custodia” en los términos de la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Con fecha 17 de diciembre de 2008 y en carácter de *amicus curiae* se presentó la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) ante la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso citado, en apoyo del *writ of certiorari* que impulsaba el peticionario. Sobre la interpretación del derecho de custodia advirtió que: “a través de diferentes medios, los Estados parte han dejado en claro que ellos desean una exégesis uniforme de los conceptos centrales del Convenio, teniendo en cuenta su naturaleza autónoma, y de ninguna manera limitada a la comprensión que se daría a una determinada palabra o frase en los asuntos puramente domésticos. Los giros relevantes, deben apreciarse en el contexto en el que son utilizados en el tratado”. Prosigue “la expresión convencional ‘derechos de custodia’ no coincide con ninguna concepción particular de custodia en las leyes nacionales, sino que adquiere su significación desde las definiciones, estructura y propósitos del CH 1980, pues la doctrina y la ley locales, no han de tenerse por decisivas en la determinación del alcance de los vocablos de los que se vale el tratado”. “La comunidad jurídica de Naciones ha alcanzado un amplio consenso respecto de que la previsión *ne exeat* (prohibición dirigida al cuidador primario del niño de sacarlo de la jurisdicción, sin la conformidad del otro progenitor o del tribunal), cae dentro del dominio de la noción convencional ‘derechos de custodia’”.

²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19 de mayo de 2010 (“*B., S. M. c/P., V. A. s/ restitución de hijo*”).

ambigüedad impide al intérprete asumir a priori su real alcance jurídico. Es que los regímenes comparados emplean variedad de voces (guarda, tenencia, custodia, etc.) que puede denotar un mismo significado, o —a la inversa— resultar homónimos (idéntica designación, con diferente contenido). En otras palabras, la mera coincidencia con la denominación utilizada en el CH 1980, no basta para atribuir a la pretensa custodia la dimensión exigida por dicho tratado.

A su turno, en “*R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo*”²⁸, de 21 de diciembre de 2010, la CSJN manifestó que

corresponde reiterar que se ha entendido que la expresión convencional “derecho de custodia” no coincide con ninguna concepción particular de custodia en las leyes nacionales, sino que adquiere su significación desde las definiciones, estructura y propósitos del CH 1980 y que la comunidad jurídica de naciones ha alcanzado un amplio consenso respecto de que la previsión *ne exeat* —prohibición dirigida al cuidador primario del niño de sacarlo de la jurisdicción sin la conformidad del otro progenitor o del tribunal— cae dentro del dominio de la citada noción convencional.

E. Interpretación de las excepciones

La existencia de las excepciones responde a aquello mismo que las convenciones buscan proteger mediante el retorno: el respeto al interés superior del niño. Si bien la ilicitud puede verse configurada, en supuestos especiales y luego de un exiguo y completo análisis del caso en concreto, se llega al punto en el cual ordenar la restitución implica un mayor daño. Con miras a respetar siempre este principio —tomado como una directriz— denegar el pedido de regreso implica cuidar, proteger y velar por ellos cuando quienes debieron hacerlo no lo hicieron.

Así lo expresó Elisa Pérez Vera:

el Convenio reconoce ciertas excepciones a la obligación general asumida por los Estados de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita. En la mayoría de los supuestos, tales excepciones no son más que manifestaciones concretas del principio demasiado impreciso que proclama que el interés del menor es el criterio vector en la materia²⁹.

²⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de diciembre de 2010 (“*R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo*”).

²⁹ Pérez Vera, Elisa, Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en: <https://bit.ly/3KontoQ>, p. 6.

Entre la doctrina internacionalista, podemos citar a Nieve Rubaja para quien

resulta correcto afirmar que las excepciones al principio de restitución deberán ser interpretadas restrictivamente y contemplando las circunstancias particulares de cada caso, para así garantizar el óptimo funcionamiento de estos instrumentos. De otro modo, desvirtuarían su efectividad, aniquilarían la seguridad jurídica que éstos brindan, alterarían la jurisdicción del juez natural de los niños, en definitiva, el Estado requerido incumpliría las obligaciones asumidas internacionalmente y se verían afectados los derechos fundamentales del niño o niña de que se trate³⁰.

Coincidentemente con ello, hemos afirmado que cualquiera de las excepciones debe ser rigurosa, limitada y restrictivamente interpretada³¹.

Nuestro máximo tribunal subrayó en “*Wilner c/ Osswald*”³² que la exigencia de rigurosidad en la interpretación busca proteger el

derecho esencial del niño a no ser desarraigado por una vía de hecho de su medio familiar y social. La Convención parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *status quo* anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos.

Más adelante, en “*R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo*”, de 21 de diciembre de 2010, la Corte ha señalado que las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del CH 1980.

A continuación, analizaremos la interpretación de nuestro máximo tribunal en relación con las principales excepciones en particular.

1. La integración a un nuevo centro de vida

Una de las posibilidades por las cuales la autoridad puede rechazar el pedido de restitución se encuentra en el art. 12 del CH1980 y 14 de la CIDIP IV. Si bien estas disposiciones no se encuentran bajo el título “excepciones” no dejan de serlo si se analiza el sentido y finalidad de su texto.

³⁰ Rubaja, Nieve, *Derecho internacional privado de familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 503.

³¹ Scotti, Luciana B. (Dir), *Restitución Internacional de Menores. Aspectos procesales y prácticos. Derecho comparado*. Buenos Aires, Ed. BdeF, 2014, p. 61.

³² Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 1995 (“*Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela*”).

Estas disposiciones parten de la idea de que la restitución se erige en el principio general, en la directriz a seguir por configurar el mejor modo de respetar el interés superior del niño. El regreso implica acabar con una situación que se presume y se entiende como lacerante de los derechos de todo NNA. En suma, una pronta y rápida reposición al estado anterior minimiza los daños. ¿Por qué restituirlo? Porque en el Estado del cual proviene el pedido (Estado requirente) es el lugar donde el menor tiene su residencia habitual, su centro de vida.

Astutamente, las convenciones prevén un particular supuesto: en aquellos casos en los que, por las circunstancias de hecho a probar, el niño se integró a un nuevo centro de vida, la restitución debe ser denegada por una simple razón: el NNA constituyó una nueva residencia habitual. Pero, esta excepción solo puede prosperar en aquellos supuestos especiales siempre que se presenten dos requisitos: por un lado, solo puede invocarse cuando haya transcurrido el plazo de un año desde que se produjo o se conoció el traslado o la retención y, por el otro, deberá acreditarse la integración.

Lamentablemente no hay una interpretación uniforme a nivel internacional relativa al concepto y alcance de “integración”. Pero el problema no se limita a ello, según como sea interpretado la carga de la prueba se ve influenciada pues de hacer uso de un concepto más amplio y extenso la posibilidad de probar su configuración se encuentra facilitada. En cambio, en aquellos Estados en los cuales se la interprete de modo más restrictivo, la carga de la prueba que el sustractor debe demostrar es claramente más difícil.

En varias oportunidades la Corte sostuvo que la integración conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento de aquel aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo. La estabilidad lograda como consecuencia de un traslado ilícito a otro país por parte de cualesquiera de los progenitores, no es idónea para sustentar una negativa a la restitución.

Así, lo manifestó por ejemplo en “*R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo*”³³, de 21 de diciembre de 2010:

...la integración conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento de aquél, aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo; y que la mera

³³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de diciembre de 2010 (“*R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo*”).

invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o de idioma, no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución, como tampoco resultan suficientes los perjuicios de tipo económico o educativo.

Cabe señalar que la demora en los procesos judiciales, especialmente por la ausencia de una reglamentación a nivel nacional, genera la incertidumbre respecto a la factibilidad o no de poder configurarse esta excepción. En palabras de la Corte en los autos “*G., L. S/ por su hijo G.P., T. por restitución s/ familia p/ rec. ext. de inconstit. – casación*”³⁴:

...no puede ser desconocido para ninguna de las partes ni para quienes tienen el deber de resolver el conflicto, que la permanencia del menor en el Estado requerido ha sido consecuencia de la demora que insumió la tramitación del pleito, atribuible —entre otras causas— a las reiteradas e infructuosas presentaciones realizadas por la demandada que motivaron dos llamados de atención de los jueces. No cabe admitir que el paso del tiempo motivado en las referidas circunstancias pueda dar lugar a la configuración de la excepción pretendida, pues de lo contrario la finalidad del CH 1980 se frustraría por la propia conducta de quien sustrajo o retuvo ilícitamente al menor.

2. El grave riesgo

El obrar de aquel progenitor tachado de ilícito necesariamente genera un daño en el NNA. Esta característica complica la interpretación y alcance de la excepción. Es decir, ya estamos ante una situación dañina que se busca remediar mediante una pronta restitución al Estado donde se encontraba su residencia habitual. Pero si retornar a ese país implica un daño mayor, es el propio interés a proteger quien se convierte en el fundamento a invocar (y probar) para resistir ese regreso. Bajo ningún aspecto debe permitirse que el retorno sea la causal de un superior detrimento en sus derechos.

Siendo una de las excepciones más complejas, especialmente por la dificultad a la hora de determinar su alcance, el problema se nos presenta cuando debe desentrañarse el sentido, alcance, contenido y significado de ella³⁵. La

³⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 2016, (“*G., L. S/ por su hijo G.P., T. por restitución s/ familia p/ rec. Ext. De inconstit. – casación*”).

³⁵ Las dificultades para delinear el alcance de esta excepción motivaron que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado haya aprobado en diciembre de 2019 la Guía de Buenas Prácticas vinculadas con el Artículo 13 (1) (b). Disponible en: <https://bit.ly/3vuaXju>

dificultad se presenta en mantener equilibrada la balanza entre respetar los derechos de los niños y garantizar el derecho de custodia y visita reconocidos, calificados y garantizados por los tratados. ¿Qué debemos entender por grave riesgo? El alcance que se le dé en uno u otro supuesto es determinante. Como vimos, la base a la hora de interpretar todas las excepciones es de modo limitado y restrictivo, pero cuando se incorporan conceptos tan amplios este parámetro se puede volver difícil de seguir.

En este punto, nuevamente citamos el fallo “*Wilner c/ Osswald*”³⁶ en el cual los magistrados entendieron que:

ningún término contenido en el precepto es casual. Las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción (grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico, o situación intolerable), revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a efectos de no frustrar la efectividad de la Convención. . . Está claro que la mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o de idioma, no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución.

Siguiendo con esta línea de pensamiento, en “*R., M.A. c/ F., M.B. s/ Reintegro de hijo*”³⁷, la CSJN vuelve a sostener que

dicha facultad debe ser entendida como una hipótesis que para tomarse operativa requiere que el niño presente un grado de perturbación emocional muy superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres y que esa situación excepcional exige de una situación delicada, que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o de la desarticulación de su grupo conviviente.

En “*F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo*”³⁸, un caso de 2011, la Corte Suprema rechazó la excepción de “grave riesgo” fundada en problemas de salud de la menor retenida, señalando:

Que, sin perjuicio de ello, no resulta ajeno a esta Corte Suprema que la menor T.L., que padece de Síndrome de Down y de una anomalía anorectal severa, se encuentra en la actualidad con el debido cuidado y seguimiento profesional e integrada al medio social en el que vive. Dicha adaptación, lograda a partir de la retención ilícita que este Tribunal considera configurada en el caso, así como las nuevas dificultades en su evolución que podría producir su

³⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 1995 (“*Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela*”).

³⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de diciembre de 2010 (“*R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo*”).

³⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8 de noviembre de 2011 (“*F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo*”).

traslado, no resultan óbice para la aplicación del CH 1980, pues de las constancias de la causa surge acreditado que durante la estadía de T.L. en la República del Perú en el período 2006/2007, su padre F.R. se preocupó y ocupó de la salud y del desarrollo educativo de su hija, al brindarle la misma asistencia psicoterapéutica.

Posteriormente tuvo la oportunidad de expedirse en el caso “*Q., A. e/ C., M. V. y otro s/ reintegro de hijo*”³⁹, de 25 de octubre de 2016, donde retomó su doctrina expresando que esta excepción debe interpretarse de modo armónico con la finalidad propia del instrumento convencional, como consecuencia de ello quien la invoque debe demostrar los hechos en que se funda y esa demostración requiere, ineludiblemente, de una prueba concreta, clara y contundente acerca de la existencia de ellos. De esta manera, los magistrados expresaron que “el simple temor, las sospechas o los miedos que puedan llevar —en el mejor de los casos— a una presunción sobre su ocurrencia, de ninguna manera importan una ‘demostración’ que habilite, sin más, la operatividad de la excepción en juego”.

La situación económica o financiera de los progenitores en el Estado en el cual el NNA tenía su residencia habitual también fue considerada en la jurisprudencia al ser un factor invocado para argumentar la configuración de esta excepción. La CSJN, el 10 de mayo de 2016, en los autos “*E., M.D. c. P., P.F. s. restitución del menor C. D. E. P.*”⁴⁰ la consideró para confirmar la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero y así ordenar la restitución a la ciudad de Tarragona —España— a pedido del padre. Así, expresó que no constituyen razones válidas para rehusar la restitución del niño los posibles problemas económicos que pudiese estar atravesando el progenitor que impulsó el retorno de su hijo. Concluyeron encomendando al magistrado arbitrar con premura todos los medios que tenga a su alcance para lograr un retorno seguro del niño y, eventualmente, también el de la madre.

3. La oposición del NNA y el derecho a ser oído

La propia CDN dispone la obligación en cabeza de los Estados parte de garantizar el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten a los niños. Ante ello, tienen que ser escuchados en todo procedimiento

³⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 25 de octubre de 2016 (“*Q., A. e/ C., M. V. y otro s/ reintegro de hijo*”).

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de mayo de 2016 (“*E., M.D. c. P., P.F. s. restitución del menor C. D. E. P.*”).

judicial o administrativo, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, donde el factor edad y madurez es una condición a ser valorada por la autoridad (conf. art 12).

En consonancia con ello, tanto la CH1980 como la CIDIP IV establecen la posibilidad de negarse a ordenar la restitución cuando se comprueba que el propio menor se opone a la restitución, siempre que haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. Esta excepción también generó disparidad de interpretaciones desde varios puntos de consideración. Por un lado, ante cada oposición por parte del NNA surge el interrogante de determinar cuál es el peso que le debe atribuir la autoridad.

Cierto es que la consideración de esta excepción se ha revalorizado significativamente a la luz del derecho del niño a ser oído y a participar en el procedimiento de restitución, consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en los arts. 24 y 27 de la Ley Nacional de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescente No. 26.061, art. 707 CCCN, y concordantes.

En suma, tal como afirma María Susana Najurieta,

la escucha del niño obliga a la autoridad pública a tomar con seriedad sus manifestaciones y a ponderarlas a la luz del art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, en forma circunstanciada al objeto de la decisión — una demanda de restitución y no la resolución de la custodia, como derecho de fondo—, y con plena conciencia de que el derecho del niño comprende también el derecho a ser informado de las razones por las cuales se ha soslayado su opinión en la toma de la decisión⁴¹.

En cuanto al modo en que debe escucharse al NNA, la doctrina de la CJSN en el caso “*Wilner c/ Osswald*”⁴² marcó una clara postura a seguir. En dicha sentencia se entendió la carencia de carácter imperativo respecto de consultar directamente la voluntad de la niña. De esta manera, si bien el art. 12 de la CDN impone a los Estados la obligación de garantizarle el derecho a ser oído, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, consideraron satisfecho este requerimiento dada la intervención del Asesor de Menores en ambas instancias. En lo que hace a la opinión del menor, la Corte

⁴¹ Najurieta, María Susana, La escucha del niño y su importancia desde la óptica del acceso a la justicia en el marco de las convenciones internacionales relativas a la infancia, en: *RDF*, 17 de mayo de 2018, No. 84, p. 217.

⁴² Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 1995 (“*Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela*”).

señaló que en el marco del CH 1980, su ponderación no pasa por indagar la voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores, y que el convenio, por su singular finalidad, no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado, sino que la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia o cuidado, sino al reintegro al país de residencia habitual

Más recientemente, en los autos “*A. G., L. I. c/R. M., G. H. s/restitución internacional de menores*”⁴³, la Corte concluyó que no cabe adherir a una sumisión irrestricta respecto de la opinión que pudiese haber expresado el infante. La posibilidad de negar el regreso fundado en ese supuesto particular solo se abre frente a una voluntad cualificada dirigida al reintegro al país de residencia habitual que no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio genuino e irreductible a regresar. Bajo este razonamiento, para la configuración de esta excepción los magistrados establecieron que se exige la existencia de una situación delicada que exceda el natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente. Entonces, entienden que la mera invocación genérica del beneficio del niño, o los perjuicios que pueda aparejarle el cambio de ambiente o de idioma, no bastan. En efecto, expresamente indican que:

Aun cuando en las entrevistas las niñas manifestaron su deseo de permanecer viviendo en la localidad de Bernal ...tales declaraciones no tienen entidad suficiente para sustentar la excepción en cuestión. No ponen de manifiesto una resistencia u oposición irreductible a regresar a España fundada en serios motivos que así lo autoricen, sino solo una simple preferencia respecto de continuar residiendo en el lugar en donde expresan se encuentran integradas y sin poder precisar si desearían vivir con su madre.

4. El consentimiento del progenitor

Existiendo un derecho de custodia compartido, la ilicitud quedará saneada si quien invoca la restitución consintió o aceptó el traslado o retención. De este modo, no podríamos hablar de una verdadera actitud reprochable pues, conforme la calificación vista respecto a este derecho, la determinación de la residencia habitual del NNA se desprende de ella.

⁴³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de octubre de 2021 (“*A. G., L. I. c/R. M., G. H. s/restitución internacional de menores*”).

No hay dudas que la excepción es aplicable cuando la víctima principal aceptó clara y explícitamente un cambio duradero en la residencia del niño en cuestión. Siempre, vale la pena recordar, que la carga de la prueba recae en el progenitor sustractor. El problema se presenta en considerar su configuración ante el silencio o aquiescencia.

En “*R., M.A. c/F., M.B. s/ reintegro de hijo*”⁴⁴ se expresó que:

tampoco puede considerarse que la autorización conferida por el padre a efectos de que la madre tramitara la nacionalidad argentina del niño M. A. R. implique el consentimiento necesario para permanecer con el menor en la República Argentina más allá del plazo de cinco meses que oportunamente le otorgara para viajar al país, dado que no resulta razonable inferir que el demandante conociese los requisitos exigidos para dicho trámite, ya que el mismo es chileno con ciudadanía norteamericana.

Por su parte, en “*G. A., D. I. c/M., J. s/ restitución internacional de menores (vigente hasta 31/7/2015)*”⁴⁵, de 11 de septiembre de 2018, en un caso en el cual el padre, con domicilio en Perú, optó por transitar el proceso judicial en Argentina para mantener una comunicación permanente con su hijo, la CSJN consideró que esa conducta no podía entenderse como una aceptación voluntaria al cambio de residencia habitual del niño. Sostuvo:

el hecho de que el padre se encuentre residiendo en nuestro país no permite modificar la decisión a la que se arriba mediante este pronunciamiento. Ello así, pues, por un lado, la documentación agregada por ambas partes da cuenta que se trata de una residencia temporaria o permanencia transitoria y, por el otro, el recurrente así también lo destaca a fs. 356/359 señalando expresamente que ha “decidido intentar permanecer junto a [su] hijo, temporariamente, hasta que este proceso judicial se resuelva” y a que no desiste de su reclamo de restitución.

5. Orden público internacional

El art. 20 del CLH 1980 dispone que la restitución podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esta norma es consecuencia de la conciliación entre dos posiciones contrapuestas dentro de la Conferencia. Algunos delegados eran partidarios de incluir una cláusula de

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de diciembre de 2010 (“*R., M.A. c/F., M.B. s/ Reintegro de hijo*”).

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11 de septiembre de 2018 (“*G. A., D. I. c/ M., J. s/ restitución internacional de menores [vigente hasta 31/7/2015]*”).

orden público internacional, que funcionara como límite a la aplicación del derecho extranjero, mientras que otros entendían que un instituto como este no debía incorporarse a una convención de esta naturaleza.

El art. 25 de la CIDIP IV es más concreto al momento de circunscribir el orden público internacional a los principios reconocidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos: “La restitución del menor, dispuesta conforme a la presente Convención, podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño”.

Son pocos los casos en los cuales se rechaza un pedido de restitución exclusivamente en virtud de esta excepción.

El informe Pérez-Vera nos ilustra sobre la real dimensión de esta cláusula, con miras a resaltar su naturaleza excepcional, al advertir que su operatividad exige algo más que una incompatibilidad entre el retorno y el derecho fundamental invocado, y a instar a los tribunales para que hagan de ella un uso equilibrado.

En “*Wilner c/ Osswald*”⁴⁶, la CSJN afirmó que:

la tensión entre los principios del orden público interno de un Estado contratante y el sacrificio que es lícito exigir al padre desposeído por las vías de hecho, en aras del interés del niño, se resuelve en el precepto contenido en el art. 20 de la Convención de La Haya... El texto... fue incorporado en la reunión final de octubre de 1980, como solución de compromiso para evitar que la introducción de una cláusula —o de una reserva— por la que el Estado requerido pudiese invocar los principios de su legislación en materia de derecho de familia para oponerse a la restitución, frustrara o vaciara de contenido el sistema instaurado.

F. La protección de la privacidad en los procesos de RINNA⁴⁷

La justicia no se mantuvo ajena a la lamentable exposición de la vida privada de los NNA y procuró corregir estas perniciosas conductas de los progenitores que se suman a las que dieron lugar al proceso de restitución internacional

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 1995 (“*Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela*”).

⁴⁷ Puede profundizarse en Scotti, Luciana B. y Leandro Baltar, Interés superior del niño y Derecho a la privacidad en los casos de Restitución Internacional, en: A. Aguilar Guzmán, E. Benites Estupiñan, L. Scotti, P. Sorokin (Coords.), *La privacidad como Derecho Humano Contribuciones para la promoción de una nueva agenda bioética*, Guayaquil, Dirección de Publicaciones de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, pp. 241-254. Link de descarga: <https://bit.ly/3OPmnFS>

en sí mismo. Para los padres y madres puede ser tentador exhibir la intimidad de sus propios hijos para fundar sus posiciones y avalar su accionar. Sin embargo, los letrados que defienden a una u otra parte, no deberían cegarse y dejarse llevar por las intenciones, muchas veces apasionadas e incluso egoístas, de los progenitores. En última instancia, nuestro deber es velar por el interés de estos niños, que se encuentran atravesando una situación, que los somete a una vulnerabilidad acentuada en relación con la que les es inherente por su propia condición de niños, niñas o adolescentes.

En este sentido, y en los autos “*Recurso de hecho deducido por C. R. S. y por sí en representación de su hija menor de edad en la causa V., M. c/S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños*”⁴⁸, en el que la propia madre expuso la historia que se encontraba atravesando mediante una publicación —que circuló digitalmente— titulada: “Mi casa es aquí”⁴⁹, replicado en otros sitios⁵⁰, dando detalles y su versión de la historia de la cual no puede accederse siquiera leyendo la propia sentencia, la CSJN se vio en la obligación de indagar y, en alguna medida, juzgar la conducta de los progenitores (en especial, de la madre) en cumplimiento de su función primordial de garante de los derechos fundamentales, en este caso, el de intimidad y privacidad de los niños que se hallaba avasallado por las actitudes adoptadas por los propios padres. La jerarquía constitucional de tales derechos justifica sin dudas tal exhortación. En efecto, los magistrados de la Corte reivindicaron el derecho a la intimidad y expresaron en la sentencia un “llamado de atención” diciendo:

... ante la existencia de notas periodísticas en diversos portales de internet que exponen hechos o circunstancias de la vida de la niña N. L. S. V. y de la disputa familiar que en autos se trata, a los efectos de evitar agravar el conflicto generado, corresponde **instarlos a que se abstengan de exponerla públicamente** —por cualquier medio— a fin de resguardar su derecho a la intimidad” (el resaltado nos pertenece).

No fue la primera vez que la CSJN se encontró ante la necesidad de instar a las partes que analicen sus actos y así evitar la producción de daños. Similar situación aconteció en “*V., D. L. s/ restitución de menores – ejecución de*

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de octubre de 2020 (“*Recurso de hecho deducido por C. R. S. y por sí en representación de su hija menor de edad en la causa V., M. c/S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños*”).

⁴⁹ Ver: <https://bit.ly/3EZoBOH>

⁵⁰ Ver: <https://bit.ly/3vqXF7h>

*sentencia*⁵¹. Según dio cuenta el Tribunal de Gran Instancia de Montpellier, Francia, la progenitora y su actual pareja expusieron públicamente el conflicto parental en diferentes redes sociales de internet, publicando toda clase de fotografías, notas y opiniones en las que se vieron involucrados los menores en cuestión. En efecto, una búsqueda superficial en Internet revela una cantidad importante de notas periodísticas dedicadas al caso, con tratamiento dispar y opiniones de diversa naturaleza.

Ante todo ello, la Corte Suprema reivindicó el derecho a la intimidad y a la vida privada de los niños, en los siguientes términos:

Que... dado que la consideración primordial del interés superior del niño orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos... a los efectos de evitar agravar el conflicto generado y los perjuicios que éste ocasiona a los menores, corresponde exhortar a los progenitores a que se abstengan de exponer públicamente hechos o circunstancias de las vidas de G.V. y E.L.V. a fin de resguardar el referido derecho a la intimidad de los niños, y a prestar colaboración en los términos de la sentencia apelada.

Más allá de confirmar la orden de restituir a los niños a Francia, el lugar donde tenían su centro de vida inmediatamente antes de la retención ilícita; los magistrados se vieron en la obligación de indagar y en alguna medida, juzgar la conducta de los progenitores, en especial, de la madre, en cumplimiento de su función primordial de garante de los derechos fundamentales, en este caso, el de intimidad y privacidad de los niños que se hallaba avasallado por las actitudes adoptadas por sus padres.

G. El carácter autónomo del procedimiento

Hoy resulta sumamente claro comprender que el proceso de RINNA no implica llevar adelante un juicio de valor respecto de cuál progenitor se encuentra en mejor situación para asumir la responsabilidad y obligaciones legales, mucho menos para determinar obligaciones alimentarias.

La primera vez que la CSJN se refirió en este sentido fue, nuevamente, en “*Wilner c/ Osswald*”⁵². Dentro de los agravios presentados por la apelante se

⁵¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16 de agosto de 2011 (“*V., D. L. s/ restitución de menores – ejecución de sentencia*”).

⁵² Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 1995 (“*Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela*”).

encontraba la negativa de la Cámara de Apelaciones en valorar la sentencia que fue dictada por la justicia de Ontario (Canadá). Recordando brevemente los hechos, ante la retención ilícita de la madre en nuestro país, el padre obtuvo en el extranjero sentencia que le atribuyó la custodia de la niña. Ante ello, la madre considera que ese proceso la colocó

en estado de indefensión con grave lesión a la garantía del debido proceso, puesto que ha soslayado la verificación de los requisitos necesarios en jurisdicción argentina para el reconocimiento de una decisión extranjera y, en los hechos, esa prescindencia ha implicado dar efecto a un pronunciamiento dictado por un juez incompetente.

La postura de la Corte fue contundente al considerar que este razonamiento “revela desconocimiento de la materia debatida en el presente litigio”. Así, pusieron énfasis en que no se trata de la ejecución de una suerte de medida cautelar dictada en un proceso judicial, sino de un procedimiento autónomo respecto del contencioso de fondo, que se instaura a través de las llamadas Autoridades Centrales de los Estados contratantes. Dicho procedimiento se circunscribe al propósito de restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida, que fue turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante. Concluyen que la circunstancia de haberse resuelto aquello en la ciudad de Ontario es irrelevante a los fines de este litigio.

En “*E., M. D. c. P., P. F. s. restitución del menor C. D. E. P.*”⁵³, de 10 de mayo de 2016, la CSJN insistió en que:

resulta conveniente recordar que la decisión de restituir al niño al lugar de residencia anterior al desplazamiento, poniendo fin a una situación irregular, no implica resolver que el infante deberá retornar para convivir con su progenitor, ni supone quitarle la guarda a la madre (conf. Fallos: 336:97, 638 y 849). Las circunstancias particulares de cada caso cuya valoración estará a cargo del juez de la ejecución, determinarán la forma, el modo y las condiciones en que deberá llevarse a cabo el retorno, procurando siempre decidir por aquéllas que resulten menos lesivas para el niño.

Añade:

las cuestiones atinentes al incumplimiento de sus deberes parentales (alimentos, visitas), tampoco revisten incidencia en el caso para desestimar el pedido de restitución. Lo debatido en autos se trata de una solución de urgencia y provisoria, cuyo ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado

⁵³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de mayo de 2016 (“*E., M. D. c. P., P. F. s. restitución del menor C. D. E. P.*”).

o retención ilícita. Dichos aspectos, deberán, eventualmente, ser ponderados al resolver sobre la custodia o guarda del menor, materia que corresponde a las autoridades competentes del estado de residencia habitual del menor (conf. art. 16 del CH 1980).

H. El retorno seguro

Muchos de estos casos complejos en los cuales existe cierto temor respecto al futuro del niño una vez de regreso en el país de su residencia habitual al tiempo del traslado o retención ilícitos, se podrían encausar debidamente adoptando medidas para su retorno seguro a través de la cooperación entre todas las autoridades involucradas.

Tal como afirma Pérez Manrique: "...aún acreditado el riesgo, por ejemplo, en casos de violencia doméstica, debe verificarse que en el país de residencia habitual ese riesgo no puede ser controlado o evitado. Si así fuera, igual procedería la restitución"⁵⁴.

Por ende, en estos supuestos, los jueces deben ordenar la restitución, pero tomando los debidos recaudos y confiando en la colaboración que a tales fines brindarán las autoridades del Estado requirente.

En dicha inteligencia, se pronuncia Goicoechea cuando advierte que sería muy distinto resolver la situación tomando en cuenta que en el otro Estado también existe un juez y/o una autoridad administrativa, que va a velar por la protección del niño⁵⁵.

En efecto, ha surgido una práctica en diversos Estados Contratantes del Convenio de La Haya para que las órdenes de restitución estén sujetas al cumplimiento de determinados requisitos o compromisos específicos. A fin de asegurar que tales medidas de protección sean ejecutables, se le puede exigir al solicitante que registre estas medidas en términos idénticos o equivalentes en el Estado de

⁵⁴ Pérez Manrique, Ricardo, El interés superior del niño en el Convenio de La Haya de 1980. Orientaciones para su interpretación, en: *Derecho de Familia*, 2012, No. 56, p. 241.

⁵⁵ Goicoechea, Ignacio, 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. Una perspectiva latinoamericana, en: *Boletín de los Jueces de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, 2005, Tomo X, pp. 24-30. Disponible en: <https://bit.ly/3vRPVKs>

residencia habitual del menor. Por lo general se hace referencia a estas órdenes replicadas como “restitución segura” u “órdenes espejo”⁵⁶.

Durante la preparación para la Quinta Comisión Especial para la Revisión de noviembre de 2006, la Oficina Permanente redactó un informe titulado: “Ejecución de las órdenes fundadas en el Convenio de La Haya de 1980 - hacia principios de buenas prácticas” (Documento Preliminar No. 7 de octubre de 2006). La Comisión Especial de 2006 promovió el respaldo de los principios de buenas prácticas expresados en el informe, que servirían, además, como una Guía de Buenas Prácticas sobre Cuestiones de Ejecución⁵⁷.

En dicha Guía, se establece que el tribunal que considere la restitución de un niño deberá recibir, a través de las Autoridades Centrales o de otros canales apropiados, información relacionada con las medidas de protección y los servicios disponibles en el Estado requirente, cuando sea necesario para garantizar la restitución segura del niño.

Además, la Guía indica que las autoridades de los Estados requirente y requerido (es decir, el tribunal ante el cual tramita la solicitud de restitución, ambas Autoridades Centrales y, cuando corresponda, los tribunales del Estado requirente) deberán comunicarse lo antes posible durante el proceso de restitución con la intención de realizar los arreglos prácticos y jurídicos necesarios para la restitución segura del niño.

La mencionada Guía añade que, en el curso del proceso de restitución, podrá tomarse necesario obtener una orden de “puerto seguro” (o una orden espejo de medidas de protección tomadas provisionalmente en el Estado donde tramita el proceso de restitución) para garantizar que el niño sea restituido a un ambiente seguro.

En relación al aspecto que nos ocupa, debemos subrayar que el artículo 2642 del Código Civil y Comercial de la Nación prevé que el juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso

⁵⁶ Véase, entre otros, Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs, 24 September 1999, Family Court of Australia (Brisbane) [Cita INCADAT: HC/E/AU 294]; Re W. (Abduction: Domestic Violence) [2004 – Reino Unido] EWHC 1247, [2004] 2 FLR 499 [Cita INCADAT: HC/E/ UK 599]; Re F. (Children) (Abduction: Removal Outside Jurisdiction) EWCA Civ. 842, [2008 – Reino Unido] 2 F.L.R. 1649 [Cita INCADAT: HC/E/UK 982]; Sonderup v. Tondelli 2001 - Sudáfrica (1) SA 1171 (CC) [Cita INCADAT: HC/E/ZA 309]; Central Authority v. H. 2008 - Sudáfrica (1) SA 49 (SCA) [Cita INCADAT: HC/E/ZA 900].

⁵⁷ Disponible en <https://bit.ly/3vTEZvV>

seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión.

Dicho artículo también procura la cooperación de nuestros jueces ante pedidos de autoridades competentes extranjeras o de parte legitimada en miras a tomar medidas anticipadas protectorias ante el inminente ingreso al país de un niño, y eventualmente del adulto que lo acompaña, cuando corran algún tipo de riesgo o pudieran sufrir una amenaza en sus derechos.

Ahora bien, cabe advertir que tal como señala la Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13(1)(b),

la dificultad principal de algunos tipos de mecanismos para implementar las medidas de protección adoptadas a los efectos de lograr la restitución segura del menor (p. ej.: compromisos, órdenes espejo y de puerto seguro) consiste en que no estén previstas o no sean susceptibles de ejecución en el Estado al que se restituirá al menor, y por lo tanto, no lo protejan eficazmente tras la restitución a ese Estado. Sin embargo, el artículo 11 del Convenio de 1996 —si este Convenio está en vigor en ambos Estados— dispone un mecanismo para resolver este problema⁵⁸.

En efecto, el Convenio 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 complementa y refuerza el Convenio de 1980 en determinados aspectos. Lamentablemente, dicha convención no se encuentra en vigor aún en la República Argentina.

En lo que aquí concierne, el Convenio de 1996 contiene disposiciones que pueden ser de asistencia cuando una autoridad judicial o administrativa desea ordenar la restitución de un niño en virtud del Convenio de 1980, pero condicionada a que se fijen determinadas medidas urgentes y necesarias para garantizar la restitución segura del niño y garantizar la protección ininterrumpida del niño en el Estado contratante requirente (hasta tanto las autoridades en el Estado contratante puedan actuar a los fines de proteger al niño).

En suma, en cualquier caso, siempre será necesario que los tribunales y las autoridades interesadas cooperen mutuamente para establecer el arco jurídico y los arreglos prácticos destinados a la restitución, preferentemente antes de que se

⁵⁸ Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Doc. prel. No. 3 de junio de 2017, Publicaciones de la HCCH, p. 35.

dicte la orden de restitución, pero definitivamente antes de que la ejecución se lleve a cabo.

En la jurisprudencia de la CSJN, destacan en este punto, el fallo “*W., D. c/ S. D. D. W. s/ demanda de restitución de menor*”⁵⁹, en el que hizo saber al juez de 1° instancia que, al momento de efectuar la ejecución de la orden de restitución, tome las precauciones necesarias para un retorno menos lesivo buscando minimizar los eventuales riesgos permitiéndole para ello adoptar las medidas que estime conducentes y no importen planteos dilatorios que tiendan a postergar sin causa su cumplimiento.

Siguiendo esta línea, cinco años después en los autos “*G., L. s/ por su hijo G.P., T. por restitución s/ familia p/ rec o ext. de inconstit*”⁶⁰, la CSJN exhortó al juez de grado a adoptar y cumplir, de manera urgente y dentro de las próximas seis semanas de dictada la sentencia las medidas que en el texto detallan, sin perjuicio de otras que estime pertinentes. Entre ellas enumera el requerir la colaboración de la jueza de enlace integrante de la Red Internacional de Jueces de La Haya, para que intervenga en el caso a fin de facilitar las comunicaciones directas entre los jueces de los Estados involucrados y, de manera específica, ponga en conocimiento del juez italiano ante quien tramita la causa que resolvió sobre la tenencia, los antecedentes fácticos y procesales del caso e informes de los profesionales que obran en el expediente, con el objeto de que dicho magistrado pueda tomar conocimiento de la opinión manifestada por el menor y del grado de vinculación con el progenitor requirente. Sumado a ello, ordena la intervención de la asistencia de profesionales del área psicológica y la presencia de los defensores oficiales intervinientes. Finalmente, le encomienda al juez de la causa que los requerimientos que se le pudieran formular durante la ejecución de la sentencia sean evaluados y resueltos con la celeridad.

I. La necesidad de una reglamentación procesal. Celeridad del proceso

Lamentablemente Argentina no cuenta con una normativa a nivel nacional que regule e instaure un proceso especial de restitución. Esta carencia genera

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de noviembre de 2011 (“*W., D. c/ S. D. D. W. s/ demanda de restitución de menor*”).

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 2016 (“*G., L. s/ por su hijo G.P., T. por restitución s/ familia p/ Rec o Ext. de Inconstit.*”).

consecuencias negativas en varios sentidos, entre ellos la demora en la solución se vuelve uno de los principales problemas a resolver, que incluso genera responsabilidad internacional del Estado.

La principal traba, y que generó la pérdida de estado parlamentario del último proyecto hace poco tiempo, radica en su naturaleza procesal y la facultad reservada por las provincias respecto al Estado Nacional. Hemos mencionado ya la existencia de normas procesales con ámbito de aplicación provincial que han sido aprobadas en los últimos años.

Este vacío normativo viene cosechando críticas desde la doctrina especializada, incluso la propia CSJN en los autos “*G., L. s/ por su hijo G.P., T. por restitución s/ familia p/ Rec o Ext. de Inconst.*”⁶¹, de 27 de diciembre de 2016, exhortó 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 del CH 1980 y coadyuve al cumplimiento de las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribirlo.

Manifestaba la Corte en dicha oportunidad:

más allá del caso en particular, las demoras en el trámite del proceso y el incumplimiento en exceso del plazo fijado por el CH 1980 son una característica constante en cada una de las causas sobre restitución internacional de menores en las que esta Corte ha intervenido. Esto perjudica el normal desenvolvimiento del proceso dado que lo desnaturaliza al afectar en forma directa su finalidad, cual es garantizar la restitución inmediata del menor a su lugar de residencia habitual (arts. 1 apartado a, 2, 11 y 12 del CH 1980). Además, provoca un mayor distanciamiento entre el niño y el entorno que tenía en el país de residencia habitual y, viceversa, genera un principio de arraigo en el país requerido, al tiempo que conduce a que en el procedimiento los interesados efectúen planteos ajenos a su objetivo que dificulten la decisión final de la causa y el retorno del menor.

Por estas consideraciones,

y de la experiencia recogida en los últimos tiempos en oportunidad de intervenir en esta clase de asuntos, esta Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende imperioso exhortar 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 del CH 1980 y permita cumplir con las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribir dicho convenio.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 2016 (“*G., L. s/ por su hijo G.P., T. por restitución s/ familia p/ Rec o Ext. de Inconst.*”).

La Procuradora, en casos anteriores, ya había sugerido que se haga saber a las autoridades correspondientes la conveniencia de considerar el dictado de normativa específica en materia de competencia y procedimientos, que permita aportar una solución a este tipo de conflictos, con la mayor celeridad posible⁶².

Sobre este punto, ya hemos puesto de relieve la importante labor de la Corte Suprema que aprobó el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, ante la ausencia de norma procedimental de alcance nacional.

III. A modo de cierre

Nuestro máximo tribunal ha sido consecuente en la correcta interpretación de los convenios en vigor de los que la República Argentina es parte. Se advierte una jurisprudencia uniforme y coincidente, que respeta las normas internacionales, garantiza el interés superior del niño y resguarda la responsabilidad internacional del Estado.

En la mayoría de los fallos, la Corte se pronunció a favor del inmediato retorno de los niños involucrados. Esta tendencia se encuentra en sintonía con las sentencias de tribunales inferiores.

Solamente en dos casos, la decisión del máximo tribunal optó por un criterio diferente. En “*R., M. A. c. F., M. B. s. reintegro de hijo*”, de 22 de diciembre de 2015, la CSJN no ordenó la restitución inmediata, dado que estimó necesario supeditarla a un proceso de comunicación entre el padre y su hijo (siendo que no había habido encuentros de ningún tipo entre ellos), a llevarse a cabo en la República Argentina por un periodo de tres meses, con participación activa de la magistrada de grado, del defensor de menores, de un equipo interdisciplinario y de los representantes de las Autoridades Centrales de ambos países, así como desarrollarse en un espacio físico que los especialistas estimen conveniente, pudiendo, incluso, recurrirse en un primer momento a nuevos métodos modernos.

Este caso ya había tenido un pronunciamiento de la Corte ordenando la restitución de fecha 21 de diciembre de 2010. Ante la falta de ejecución de dicha decisión, el padre solicitó que se emplase a la jueza de primera instancia a evaluar

⁶² Punto XVII del Dictamen de la Procuradora, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19 de mayo de 2010, (“*B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo*”). Punto IX del Dictamen de la Procuradora, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 9 de noviembre de 2010 (“*G., E. W. c/ A., V. A. s/ reintegro de hijo*”).

que los requerimientos que se le formulen guarden correspondencia con la urgencia del proceso y a que imprima celeridad al pleito a fin de que se cumpla, en forma inmediata, con la restitución dispuesta en la sentencia, restituyéndose al niño a su centro de vida, con o sin su madre.

La CSJN, ante este pedido, estimó que, debido a la conducta y las resoluciones adoptadas por todos los adultos responsables con participación en el caso, ya no puede cumplirse con la restitución inmediata, so pena de colocar al infante en situación de vulnerabilidad que los tribunales de justicia no deben admitir. De hecho, el niño, finalmente, no pudo ser restituido.

Más recientemente, en “*V., M. c/S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños*”, de 22 de octubre de 2020, fue rechazada la demanda de restitución, revocando el fallo de segunda instancia que ordenaba el retorno, con el fundamento de que no se podía establecer que la residencia habitual de la niña de muy corta edad se encontraba en Francia. Sin perjuicio de ello, la sustractora había invocado violencia de género, argumento que no fue analizado por la CSJN.

Sin lugar a dudas, es de destacar el importante rol que tiene nuestra Corte Suprema de Justicia en la acabada comprensión del fenómeno y en la búsqueda de soluciones conforme con los convenios internacionales en vigor. Desde el primer caso, ha marcado los estándares o lineamientos básicos que todo tribunal debería tener a la vista a la hora de pronunciarse en un pedido de restitución de menores.

Sin embargo, podemos interrogarnos acerca de la eficacia, e incluso, sobre la justicia de tales pronunciamientos arribados al cabo de años desde la conducta ilícita del progenitor sustractor. Ciertamente es que esta realidad no es responsabilidad de nuestro máximo tribunal sino, en gran medida, de los dilatados plazos en que transcurre el procedimiento en instancias anteriores, y en particular de nuestro Poder Legislativo Nacional, que no ha dictado normas procesales para la prosecución del trámite judicial que debe seguirse ante un caso de restitución internacional de un niño.

En suma, la excesiva prolongación del trámite para la efectiva restitución del niño al lugar donde tenía su centro de vida es una manifiesta violación a los convenios en la materia, pero principalmente lo es en lo que respecta al interés superior del menor.

Consideramos que hasta que no se realice en nuestro país una reforma procesal a través de la incorporación de un procedimiento propio y especial, los jueces deberán extremar las medidas para hacer cumplir los postulados de las convenciones, de modo que se logre una decisión con celeridad y urgencia propias de un mecanismo de restitución. En efecto, nuestros jueces deben procurar, guiados por el supremo interés del niño, soluciones satisfactorias que cumplan con la finalidad de los textos convencionales a los que Estados como la República Argentina, en buena hora, se han obligado “reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo”, tal como reza el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.