

# ELETRÔNICOS

Direito Internacional sem Fronteiras

## LA EXCEPCIÓN DE GRAVE RIESGO A LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS Y LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS VI

*The Grave Risk Exception to the International Restitution of Children and the Guide to Practices VI*

### Luciana B. SCOTTI

Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración, de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires – UBA. Doctora de la UBA con tesis sobresaliente, recomendada al Premio “Facultad”. E-mail: < lucianascotti@derecho.uba.ar >. ORCID: < <https://orcid.org/0000-0003-0341-9184> >.

### Leandro BALTAR

Profesor de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración, en la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires – UBA. Doctorando en Derecho Internacional, en la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires – UBA. E-mail: < leandrobaltar@derecho.uba.ar >. ORCID: < <https://orcid.org/0000-0001-8848-246X> >.

**RESUMEN:** La Restitución Internacional de Niños surgió como respuesta por parte de los Estados para hacer frente a situaciones lacerantes de aquellos sujetos más vulnerables. Como mecanismo de protección, se instauró un proceso tendiente a garantizar el respeto a sus derechos humanos fundamentales, ello implica el retorno de modo rápido y seguro. Pero como sucede en todas las áreas del derecho, los principios siempre tienen excepciones. Buscando un punto de equilibrio, los textos convencionales cuentan con un abanico limitado de supuestos que, de suceder, permiten a las autoridades administrativas o judiciales rechazar la restitución. El problema lo encontramos en la interpretación dada a cada una de ellas, especialmente, en la de “grave riesgo”. Si bien hay un consenso universal en cuanto su interpretación restrictiva, no lo hay en cuanto a su alcance y contenido. En el presente trabajo, mediante el uso del método analítico - descriptivo – comparativo, analizamos las diversas directrices plasmadas en la Guía de Buenas Prácticas, la cual viene a traer luz entre tanta confusión. Para cumplir con ello, nos remitimos en reiteradas ocasiones a

las interpretaciones que la doctrina y la jurisprudencia brindaron durante años sobre esta excepción, comparándolos con lo dispuesto en la Guía buscando llegar a un punto de equilibrio. De todo este análisis, concluimos, de conformidad con la Guía, en favor de una restrictiva interpretación de esta excepción en cada caso en concreto, en clave de garantizar los derechos fundamentales de los niños.

**PALABRAS CLAVE:** Restitución internacional de menores. Excepciones. Grave riesgo. Guía de Buenas Prácticas.

**ABSTRACT:** The International Restitution of Children arose as a response by the States to face the lacerating situations of those most vulnerable subjects. As a protection mechanism, a process was established to guarantee respect for their fundamental human rights, which implies the return in a fast and safe way. But as in all areas of law, principles always have exceptions. Seeking a balance point, the conventional texts have a limited range of assumptions that, if they occur, allow the administrative or judicial authorities to reject the restitution. The problem is found in the interpretation given to each of them, especially in that of “serious risk”. Although there is a universal consensus regarding its restrictive interpretation, there is not a consensus regarding its scope and content. In the present work, through the use of the analytical - descriptive - comparative method, we analyze the various guidelines set forth in the Guide to Good Practice, which comes to shed light on so much confusion. To comply with this, we repeatedly refer to the interpretations that doctrine and jurisprudence provided for years on this exception, comparing them with the provisions of the Guide seeking to reach a point of balance. From all this analysis, we conclude, in accordance with the Guide, in favor of a restrictive interpretation of this exception in each specific case, in order to guarantee the fundamental rights of children.

**KEY WORDS:** International child abduction. Exceptions. Grave risk. Guide to Good Practice.

## 1 INTRODUCCIÓN

La restitución internacional de niños se nos presenta con mayor asiduidad, es por ello que la doctrina manifiesta estar ante una situación convertida en una modalidad, en una suerte de táctica o maniobra para impedir la comunicación del niño con el progenitor no sustractor.

Generado el conflicto, siempre se busca llegar a un retorno voluntario susceptible de permitir al menor poder evitar ser la presa de una situación lacerante de sus intereses por el conflicto de sus progenitores. Este final ideal, aunque el mejor escenario es evitar la ilicitud, no siempre se logra debiéndose iniciar la fase judicial en búsqueda de una autoridad con poder quien determine ordenar o no el retorno, siempre con la directriz del interés superior del niño como visión y punto de referencia.

En ese punto, estamos ante una situación gobernada por el conflicto y el desequilibrio. Estar en una instancia judicial implica entender un desacuerdo en los progenitores y ello hará que quien intente resistir el pedido formulado por quien ve afectado su derecho de custodia invoque y utilice todas y cada una de las herramientas dadas y permitidas por las convenciones para convencer al juez y así rechace la solicitud.

El problema se nos presenta cuando debe desentrañarse el sentido, alcance, contenido y significado de cada una de ellas. La 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.

Las excepciones solo deben ser consideradas conforme el detalle y la enumeración que las convenciones indican, no se permiten incluir alguna otra distinta a ellas. Pero su alcance es más difícil de limitar, cuando un magistrado tiene la obligación de analizar si las pruebas aportadas por el sustractor son lo suficientemente convincentes para activar alguna de ellas se enfrentan a la compleja labor de mantener la esencia del procedimiento autónomo sin violar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y, al mismo tiempo, proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA). Veremos, entonces, como la teoría es puesta en práctica.

## **2 LAS EXCEPCIONES EN LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES**

La existencia de las excepciones responde al mismo objetivo que la finalidad principal (el expedito 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 donde ordenar la restitución del menor 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 esos niños cuando quienes debieron hacerlo no lo hicieron.

El riesgo, como sucede siempre que se reconocen escapes a una regla general, es que sean tergiversadas o mal interpretadas perdiéndose el norte a seguir. En este punto se indica que

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 trate (RUBAJA, 2012, p. 503).

Desde el informe explicativo, la tendencia se encuentra centrada en la interpretación restrictiva de las excepciones. Así fue explicado por la Dra. Elisa Pérez-Vera al afirmar que ellas deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado (Pérez-Vera, 1981, p.10). Solo de esta manera, menciona la autora del informe, se logra evitar que una sistemática invocación de las excepciones puede lograr el colapso de todo el convenio al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado (Pérez-Vera, 1981, p.10). La Guía de Buenas Prácticas VI de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (CLH) toma este punto de partida aclarando que esta consideración es la que permite evitar la

transformación del proceso de restitución en uno de custodia, labor que le corresponde al juez de la residencia habitual del NNA.

Un punto sobre el cual no hay duda y hasta mencionarlo puede ser reiterativo, pero en algunos casos lo que abunda no daña, es recordar que la carga de la prueba recae sobre aquél que invoque a las excepciones (CLH, 2020, p, 31). Ante ello, la autoridad – en principio – no podría analizar de oficio la configuración de ellas si no fueran invocadas.

La invocación no es suficiente. Además de alegar la configuración es requisito esencial aportar pruebas claras y convincentes de todo lo que se alega, incluso al punto de considerarse un estándar de convicción de la prueba “más allá de toda duda razonable”. Será la autoridad quien tiene la palabra final, levantar la mano y traer una o todas las excepciones no implique que ellas se configuren, debe llevarse adelante un cuidado y limitativo estudio de ellas.

Siendo un proceso especial nos preguntamos qué sucedería si los magistrados toman conocimiento o detectan la existencia de una posible configuración de la excepción ¿pueden o deben investigarla de oficio? En la Guía se manifiesta de modo tangencial que, si un tribunal de oficio reúne información o pruebas, o si la persona u organismo que ha presentado la solicitud de devolución no participa activamente en el procedimiento, el tribunal debe estar convencido de que la carga de la prueba para establecer la excepción ha sido cumplida por la parte que se opone a regresar (CLH, 2020, p. 36). Entonces, si tomamos esta interpretación, aquella información primera se pone en jaque: ya no podemos negar de manera rotunda la posibilidad de que la excepción que rechace la restitución solo sea a pedido de parte.

Es correcto plantear como principio que la autoridad no debería inmiscuirse allí donde las partes no lo hicieron, si no se invocó alguna excepción no es labor del juez suplir esa función pues permitiría desvirtuar la autonomía y especialidad del proceso. Sin embargo, la exposición del NNA a un daño sobre el cual se tomó conocimiento

aunque no fuera debidamente invocado o probado, impediría ordenar el retorno. Distinto razonamiento tendríamos si el análisis de la excepción fuera, por ejemplo, la existencia o no de un consentimiento al traslado o retención.

La apreciación es otro punto a analizar. La Guía señala la importancia de limitar la investigación del tribunal solo a asuntos en disputa que sean directamente relevantes a la cuestión del retorno (CLH, 2020, p. 36) donde el tribunal solo acepte pruebas relevantes evitando que la recopilación de información y la producción de pruebas causen demoras indebidas (CLH, 2020, p. 57). Siguiendo esta línea, el Protocolo de Actuación aprobado por la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina (CSJN) establece que debe admitirse solamente prueba tendiente a acreditar los presupuestos de los convenios y demostrar las excepciones expresamente previstas en los mismos. Para ello, recomiendan fijar un plazo lo más acotado posible el cual en ningún caso podrá exceder de los quince días.

### **3 LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS: PARTE VI: ARTÍCULO 13(1)(B)**

El obrar de aquel progenitor tachado de ilícito necesariamente genera un daño en el NNA, es la razón que motivó el origen del proceso destinado a luchar contra el acto lacerante de sus derechos e intereses. Esta característica complica la interpretación y alcance de la excepción. Es decir, ya estamos ante una situación dañina para el niño 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 de proteger quien se convierte en el fundamento a invocar (y probar) para resistir ese regreso. Bajo ningún aspecto debe permitirse al retorno ser la causal de un superior detrimento en sus derechos.

En el inciso b del artículo 13 de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH1980) encontramos receptada esta situación

permitiendo a la autoridad denegar la restitución cuando ella “lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”. Por su parte, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV) la recepta en el inciso b del artículo 11 con similar redacción.

¿Qué debemos entender por grave riesgo? El alcance que se le dé en uno u otro supuesto es determinante. 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. Interpretar en qué supuestos un potencial daño tenga la magnitud suficiente para llegar a activar la excepción dependerá de un análisis restrictivo y limitativo de cada caso en concreto.

Cada autoridad debe prestar suma atención a todas las situaciones sin que ello la lleve a caer en un análisis del fondo del asunto, pues debe recordarse la esencia del carácter autónomo del procedimiento. El límite es tan ínfimo que en muchas situaciones los propios magistrados se vieron tentados en excederse llevando adelante un juicio de valor sobre las aptitudes o no de los progenitores respecto del derecho de custodia, así llamado por las convenciones.

Siempre se habla de la existencia del “grave riesgo” como una única excepción. Sin embargo, en la Guía se menciona que su configuración puede separarse en tres aspectos los cuales el propio texto del convenio recepta:

- un grave riesgo de que la devolución exponga al NNA a daños físicos;
- un grave riesgo de que la devolución exponga al NNA a daños psicológicos;
- un grave riesgo de que la devolución colocaría al NNA en una situación intolerable.

La distinción es realizada con la finalidad de comprender que cada tipo se puede plantear de forma independiente y ello es suficiente para justificar la configuración de la excepción. Dicha aclaración es especialmente mencionada pues destacan que, pese

a ser supuestos separados, estos tres tipos de riesgo a menudo se emplean juntos y los tribunales no siempre han distinguido claramente entre ellos en sus decisiones (CLH, 2020, p. 31).

Manteniendo la finalidad del convenio, retoman la calificación de ‘grave’ que debe configurarse para que la excepción se vuelva operativa. En este sentido, expresan que el término ‘grave’ califica el riesgo y no el daño al niño, éste debe ser real y alcanzar un nivel de gravedad tal que se caracterice como ‘grave’ (CLH, 2020, p. 34). En este punto, recordemos el siempre citado fallo de la CSJN “Wilner Eduardo Mario c. Osswald María Gabriela” de 1995 donde los magistrados, siguiendo esta línea de pensamiento, 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”.

#### **4 ALGUNAS CONSIDERACIONES ESPECIALES TRATADAS EN LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS**

La Guía mantiene una estructura y extensión similar a sus antecesoras, incluso su contenido es mucho más amplio de lo que puede esperarse por medio de una simple lectura de su título. Es decir, si bien buscar aportar una ayuda al momento de interpretar el grave riesgo, se pueden encontrar breves párrafos sobre temas conexos y relacionados.

Buscando no caer en un resumen de ella, evitando reiteraciones innecesarias pues la Guía es sumamente clara en su contenido y siendo que sobre el tema la doctrina

ya le dedico trabajos relevantes en varias oportunidades, deseamos destacar aquellos puntos elegidos como principales, que tantos dudas o discordancias se planteaban tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, analizando como fue entendido por los jueces y como hoy es visto por la Guía.

#### **4.1. La Guía como una fuente Soft Law**

Al momento de explicar las fuentes del DIPr, la doctrina se refiere a la particularidad de tropezarse con una pluralidad: internacionales, regionales, nacionales, supranacionales. En todas ellas, dependiendo el caso el Estado cumple un rol de mayor o menor importancia (SCOTTI, 2019, p. 49). Tal como lo señala Dreyzin de Klor:

el DIPr. reconoce diversas dimensiones de producción normativa con una consiguiente dispersión, hecho que no solamente afecta a nuestro país, sino que es una de las características puntuales del DIPr contemporáneo (DREYZIN DE KLOR, 2015, p. 39).

Por un lado, encontramos el *hard law*, integrado por toda norma de derecho de origen estatal y vinculante: los tratados internacionales, los códigos y las leyes especiales son ejemplos de ello. En la otra cara de la moneda encontramos las reglas de *soft law* las cuales se caracterizan por su falta de obligatoriedad, uniformidad, justiciabilidad, sanciones y estructuras de ejecución (SCOTTI, 2019, p. 49). Estas son referidas como un 'derecho blando' cuya naturaleza tiene la particularidad de no tener coactividad porque emana de instituciones sin capacidad normativa (DREYZIN DE KLOR, 2015, p. 41). Pero esta carencia de coactividad no debe quitarle mérito e importancia, pues las normas de *soft law* son acatadas y de allí que, aunque se pueda discutir su legitimidad; las más de las veces, no se puede negar su eficacia (SCOTTI, 2019, p. 49).

Esta Guía de Buenas Prácticas, como sus anteriores<sup>1</sup>, deben ubicarse dentro de esta última categoría. Es su propio texto quien pone en énfasis su función manifestando que

nada en esta Guía puede interpretarse como vinculante para las Partes Contratantes de la Convención de 1980. La buena práctica descrita en esta Guía es puramente de carácter consultivo y está sujeta a las leyes y procedimientos relevantes, incluidas las diferencias debidas a la tradición legal (CLH, 2020, p.18).

Recordemos que en este mismo sentido la CSJN aprobó<sup>2</sup> el mencionado ‘Protocolo de Actuación para el funcionamiento de los Convenios de sustracción internacional de niños’ el cual tiene por objeto ser un “un instrumento que permita dar una respuesta adecuada, oportuna y eficiente a los casos de sustracción internacional, facilitando el acceso a la justicia de los niños víctimas” el cual es calificado como un instrumento de *soft law* (ALL y RUBAJA, 2017).

#### **4.2. La violencia dentro del “grave riesgo”**

Uno de los mayores debates que comenzó a acumular planteos y diferencias en la doctrina y jurisprudencia se centró en los supuestos de violencia doméstica o familiar. En estas situaciones lamentables la ruptura familiar, y como consecuencia de ella la producción del traslado o retención ilícita, se produce por actos de violencia sobre alguno de los progenitores del NNA, especialmente en la madre, o sobre el niño.

La violencia familiar y su vinculación con esta excepción es un problema detectado hace tiempo. El Juez Principal del Tribunal de Familia de Nueva Zelanda expresó en el 2007 en el Boletín de los Jueces (CLH, 2007, p. 26) una notoria situación en cuanto a las razones que generan estos ilícitos. Buscando la fuente de los

<sup>1</sup> Parte I: Práctica de las Autoridades Centrales, Parte II: Medidas de ejecución, Parte III: Medidas preventivas, Parte IV: Ejecución, Parte V: Mediación.

<sup>2</sup> Aprobada en el marco de la reunión anual de la Comisión Nacional de Acceso a Justicia del día 28 de abril de 2017.

desplazamientos, destacó para ese entonces que los padres sustractores ya no llevan adelante estas acciones para vencer el derecho de custodia del otro progenitor, cada vez más buscan escapar de una situación infeliz e incluso violenta.

Nos preguntamos, ¿qué sucede en aquellos casos donde se invoque y pruebe la existencia de algún tipo de violencia doméstica o familiar de quién pide la restitución respecto de quien cometió el traslado o retención ilícita? Esta cuestión fue sometida a consideración en los tribunales de todo el mundo encontrando una variedad en interpretaciones. Distinto podría entenderse el supuesto donde los actos de violencia eran expuestos por sobre el menor, donde el riesgo físico estaría –en principio- latente.

Una primera posibilidad de razonar sería separar las cuestiones. La existencia de esta violencia entre los progenitores no reuniría la gravedad suficiente para activar la excepción. Bajo este pensamiento, se entiende al retorno como el regreso del menor al Estado de su residencia habitual, es decir, el progenitor sustractor junto a los menores regresarán juntos y vivirán separados de aquel que ejerza la violencia hasta tanto un tribunal –el que era internacionalmente competente- trate los problemas familiares incluidos los del pasado o posibles abusos futuros. Incluso, bajo el prospecto del ‘retorno seguro’ y el pedido de medidas tendientes a buscar una cooperación entre las autoridades para evitar la ruptura con este progenitor, puede sostenerse que podría acompañarse a la orden de regreso de los niños y tramitar –como hubiese correspondido desde el momento inicial- alguna medida de seguridad o apoyo ante las autoridades competentes. Bajo la idea del procedimiento autónomo respecto del contencioso de fondo, ante este tipo de supuestos la jurisdicción de la cual se retiró ilícitamente al niño es quien cuenta con la capacidad y con el deber de tomar todas las medidas para proteger a toda la familia incluidas las denuncias de abuso y emitir las órdenes necesarias, considerar lo contrario se traduce como un incremento en el daño al interés superior del menor. Entonces, de admitirse las acciones de violencia –constatadas o simplemente invocadas- respecto de padre requirente se estaría llevando

adelante en un Estado incompetente un juicio ajeno a la esencia del procedimiento de restitución.

Una diferente visión implica considerarla en un sentido un poco más amplio, pese a continuar afirmando que todas las excepciones deben interpretarse de modo restrictivo. Aunque pueda parecer una contradicción, no lo es. La preocupación se centra en lo poco sensible que es la Convención respecto de las necesidades de las madres que, para escapar de situaciones de abuso, deciden huir generando la sustracción o retención ilícita del menor. Se quiere extender la interpretación que se le dio durante los primeros años de la vigencia de la convención a la calificación de “grave”. De esta manera se busca en los tribunales una visión más amplia de los riesgos de daños que corre un niño al regresar a un Estado donde un progenitor ejerza este tipo de actos. Para sostenerlo así entienden que en aquellos supuestos cuando un NNA atestigua situaciones de violencia, retornar sería ponerlo en riesgo grave por estar expuesto a daños físicos o psicológicos o estar colocándolo en una situación intolerable. De esta manera, imponer el retorno del menor implicaría hacerlo junto al progenitor sustractor (aunque no necesariamente) quien tendría que volver al país donde sufrió actos lacerantes y perjudiciales y así tener que vivir en un lugar donde psicológicamente considere que su vida corre peligro.

Afianzando esta postura podemos ver como se intenta argumentar, desde un plano si se quiere más psicológico, que los abusadores conyugales en serie también pueden ser abusadores de niños y que restituir al menor implicaría someterlo a una situación de riesgo a sufrir futuras lesiones físicas o psicológicas<sup>3</sup>. La Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del CH1980 señaló que existen correlaciones entre la exposición de un niño a la violencia doméstica, ya sea directa o indirecta, y la infancia contemporánea y los problemas posteriores en la vida adulta. Tales problemas pueden

---

<sup>3</sup> Conf. “Callicut v. Callicut, 2014 MBQB 144” Referencia INCADAT HC/E/CA 1363.

incluyen tasas más altas de comportamientos agresivos y antisociales y temerosos e inhibidos entre los niños, competencia social más baja y tasas más altas que el promedio de ansiedad, depresión, síntomas de trauma y problemas de temperamento (CLH, 2011).

En las Conclusiones y Recomendaciones correspondientes a la Quinta Reunión de la Comisión Especial se percibió que la interpretación del artículo 13 1b se volvió irracionalmente inflexible, especialmente cuando se aplica a casos delicados. Haciendo una interpretación de esta excepción, ya se ha señalado como en el año 2011 durante la Sexta Reunión de la Comisión Especial la violencia doméstica se presentó en la mesa como uno de los temas en discusión concluyendo que las denuncias de violencia doméstica y el posible riesgo para el menor deberían ser examinadas de manera apropiada y rápida a los efectos de la excepción de grave riesgo (SCOTTI, 2018). La presión fue tanta, incluso se mantuvo un año después en la segunda parte de la Reunión, que se instó a tomar alguna medida para instaurar una interpretación uniforme del grave riesgo.

Esto desencadenó en la aprobación en el año 2017 durante la Séptima Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños, del Proyecto de Guía aprobado como Documento Preliminar N° 3. La tendencia desde esta mirada doctrinaria se inclina claramente en una postura clara en considerar a la violencia doméstica como susceptible de activar la excepción, ya sea experimentada por el niño como observador o como testigo de ella por afectar su desarrollo emocional, psicológico, físico, educacional y sexual de modo irreparable (GILLEN, 2006, p. 19).

La existencia de factores de violencia, como fue destacado anteriormente, se presentó siempre como un complejo supuesto a la hora de analizar si ello configura o no la excepción. En el caso “Arthur & Secretary, Department of Family & Community

Services and Anor FamCAFC 111”, del 29 de junio de 2017, el Tribunal de Apelaciones de Australia ordenó la restitución a Nueva Zelanda debiendo analizar las dos excepciones planteadas por la madre. En cuanto a la configuración del grave riesgo, destaca que no corresponde al Estado donde se encuentra ilícitamente el niño investigar cuales son los mejores intereses, pero planteada la excepción, requiere que los tribunales hagan algún tipo de investigación y predicción que inevitablemente involucrará alguna consideración de los intereses del niño. Ante estos supuestos, señala que el texto de la CH1980 no requiere certeza en el daño, sino que basta la configuración de la persuasión de existir un riesgo capaz de justificar la descripción cualitativa de “grave”. Es decir, el riesgo basta que sea relevante no limitándose al daño que ocurriría. La alzada debió analizar los argumentos de la madre expresados en la apelación a la orden de restitución centrados, particularmente, en un interesante análisis. La recurrente sostuvo el error en no considerarse configurada la excepción, sobre todo por la situación de las medidas indicadas por la magistrada. Cuando se ordenó el retorno al Estado de la residencia habitual se hizo sujeto del cumplimiento de ciertas “condiciones” que, para ella, presuponen la existencia de un riesgo. El Tribunal rechazó -acertadamente- este argumento indicando que posee la capacidad de establecer las condiciones en el retorno, algo por nosotros conocido como “el retorno seguro”. Esas condiciones -dicen los magistrados foráneos- podrían asegurar, al menos en espera de que un Tribunal de Nueva Zelanda se ocupe de esas cuestiones de manera interlocutoria, que a su regreso haya un alojamiento adecuado para la madre y el niño, un apoyo financiero adecuado y las garantías adecuadas, si fuera necesario, en relación con el mantenimiento de la protección frente a cualquier interacción o comunicación entre los padres. Si fuera necesario, se podría invitar al padre a proporcionar o asegurar esos asuntos como condición para el retorno. Dicho ello, expresó una interesante reflexión: “Para que no haya ninguna sugerencia de que los problemas no se entiendan, acepto que la violencia familiar puede tener un impacto

devastador en las víctimas. Acepto que las víctimas pueden ser y, a menudo, se vuelven vulnerables y con frecuencia tendrán dificultades para acceder a los servicios. En muchos casos estarán tan desestabilizados como para ser incapaces de defender y hacer valer sus derechos de manera consistente y de presentarse como testigos creíbles. Acepto que para las víctimas que ya están marginadas por la ruptura de las estructuras familiares extendidas y las discapacidades, como las dificultades de aprendizaje o los problemas de salud mental, los problemas se exacerban. La violencia familiar grave es un delito. Por lo general, es una conducta cobarde y vergonzosa y, como se alega aquí, es directamente antitética al orden civilizado de las cosas donde los fuertes deben proteger a los débiles y los socios deben apoyar y no brutalizarse o humillarse unos a otros. Pero, hay una distancia entre esas proposiciones y el hallazgo de un grave riesgo, y mucho menos el descubrimiento de un hecho de violencia familiar por circunstancias ambiguas y controvertidas. Circunstancias que un tribunal competente ha encontrado que no respaldan tal hallazgo, aunque en un estándar de evidencia más estricto” (INCADAT HC/E/AU 1357).

En “S., D. el R., L. M. s/ reintegro de hijo y alimentos”, nuestra CSJN tomó en consideración la gravedad de las declaraciones efectuadas por la demandada y referidas por la adolescente a profesionales que intervinieron en la causa en cuanto a la existencia de comportamientos inadecuados y violentos por parte del progenitor - quien pidió la medida- pero ordenaron de todos modos la restitución pues la decisión de retornar las tres menores al lugar de residencia anterior al desplazamiento, poniendo fin a una situación irregular, no implica resolver que las niñas deberán retornar para convivir con su padre. En el año 2005, el mismo máximo tribunal argentino se expidió en el caso “S. A. G. s. restitución internacional”, donde consideró - de igual manera que la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba- no acreditada la supuesta violencia ejercida el progenitor de la niña, los informes periciales sobre los progenitores, su personalidad y su capacidad

para asumir el rol de madre o de padre no aportaron datos que permitieran abrir juicio sobre si la restitución podría exponer a la niña a un grave peligro físico o psíquico. Como consecuencia, y ante la falta de demostración del grado de certeza que es menester para la configuración de la excepción, confirmó la resolución de restituir a la niña a la República del Paraguay (CSJN, 20/12/2005). La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) ordenó la restitución a Reino Unido en “P., C. c. S. B. d. P., M. s. exhortos y oficios” pese a las alegaciones de la demandada acerca de la cotidiana conducta violenta del progenitor contra ella. Para los magistrados no fue suficiente esta alegación para eludir la consecución del objeto y fin del convenio expresando “por su tenor, apreciado en conjunción con las medidas de seguridad dispuestas, aquéllas carecen de significación en los términos convencionales para tener por acreditada la excepción y justificar así una actuación de la progenitora reñida con toda apetencia de justicia, constituida por el traslado ilícito de su hijo desde su residencia habitual a otro país”. En un caso más reciente, con bastante impacto en los medios gráficos<sup>4</sup>, el Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y de Familia N° 1, de Villa Carlos Paz resolvió en “Comunicación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s. restitución internacional de menores solicitada por A. M. G”, la restitución de dos niñas el 22 de octubre de 2018 a Nueva Zelanda, pese a la invocación por parte de la progenitora sustractora de haber recibido violencia física y psíquica por parte del padre, quien invocara oportunamente el pedido de retorno. En sus argumentos sostuvo que volver a un Estado donde sus hijas no pertenecen por el poco tiempo vivido en aquel territorio implicaría una sanción para ella quien, además de las situaciones vividas, regresó al país de origen y reencauzó de inmediato la vida de sus hijas a la normalidad,

---

<sup>4</sup> Ver: “El centro de vida al otro lado del Océano: Un juez de Córdoba ordenó la restitución internacional de dos niñas argentinas a Nueva Zelanda. Fue el caso de una pareja que se fue a vivir al país oceánico pero la madre se volvió con las niñas. La Justicia comprobó que el centro de vida estaba allí “cuando su madre dispuso el traslado de las mismas a nuestro país” en <http://www.diariojudicial.com/nota/81937> (última consulta 27.11.18).

las escolarizó y les dio un espacio amoroso y de contención, junto a la familia extendida, incluyendo la abuela paterna. De ordenarse el regreso, entendía, que se estaría ante un grave caso de discriminación en virtud del género obligando a la mujer a someterse a los designios patriarcales y violentos del hombre. El juez desacreditó todos estos reclamos. Para así resolver tomó en consideración primordial los informes psicológicos presentados donde se ponía en evidencia la libertad de expresión de las menores y concluyó que de ordenarse el regreso las niñas no sufrirían el desapego de su madre porque ella está habilitada para regresar a aquel país, ejercer los derechos que tiene como madre y requerir el apoyo de la justicia para exponer las situaciones de violencia que dice haber padecido.

¿Qué indica la Guía de Buenas Prácticas VI a este respecto? Como primera medida, establecen una definición sumamente amplia del término ‘violencia’ al decir que ella puede

(...) abarcar una variedad de comportamientos abusivos dentro de la familia, incluidos, por ejemplo, tipos de abuso físico, emocional, psicológico, sexual y financiero. Puede estar dirigido hacia el niño (‘abuso infantil’) y / o hacia la pareja (a veces denominado ‘abuso conyugal’ o ‘violencia de pareja íntima’) y / u otros miembros de la familia (CLH, 2020, p. 9).

Parte de la consideración de entender que la evidencia de la existencia de una situación de violencia doméstica, en sí misma, no es suficiente para establecer la existencia de un riesgo grave para el niño (CLH, 2020, p. 58). Sin embargo, siendo cada caso especial por el modo en que se configuran, en aquellos supuestos donde la violencia representaría la configuración de la excepción, los tribunales deben considerar la adecuación y efectividad de las medidas destinadas a protegerlos. De esta manera, si en el país de la residencia habitual la protección legal y policial se encuentran disponibles para ayudar a las víctimas, la tendencia se inclina en ordenar la restitución. Ahora bien, dichas medidas pueden ser consideradas como insuficientes,

por ejemplo, cuando el acusado de estos actos haya violado repetidamente las órdenes de protección, y de ese modo poner al niño en grave riesgo y así rechazar el retorno (CLH, 2020, p. 38).

La posición parece inclinarse en considerar que la existencia de algún acto de violencia no implica una configuración automática de la excepción. En este hilo de pensamiento entienden que, si bien los incidentes pasados de violencia doméstica o familiar pueden, dependiendo de las circunstancias particulares, ser probatorios sobre la cuestión de si existe un riesgo grave, no son *per se* determinantes del hecho de que no existen medidas de protección efectivas para proteger al niño del riesgo grave (CLH, 2020, p. 27). Reafirman esta postura al entender que las medidas de protección se consideran con mayor frecuencia en situaciones en las que el daño declarado implica abuso infantil o violencia doméstica.

#### **4.3. El no retorno del – supuesto – sustractor**

Otro de los supuestos conflictivos proviene del propio retorno. En varias ocasiones podemos ver como quien intenta resistir la restitución invoca la configuración de la excepción bajo la pantalla del posible daño a provocar por regresar al Estado de residencia habitual del menor cuando el sustractor no desea o no puede regresar generándose así una ruptura nueva en la familia. Entonces, corresponde analizar si en aquellas ocasiones donde el progenitor no tiene la intención de volver junto al NNA, sea como una suerte de presión a la autoridad o por problemas legales en el Estado requirente, y se genera una discontinuidad de los lazos del niño con el padre o madre que cometió el ilícito, se encuentra configurado un daño psicológico o la exposición a una situación intolerable. Situación especial a considerar se da cuando el progenitor sustractor no retorna, sea por deseo o por imposibilidad, fundando la causa en la existencia de una acción o enjuiciamiento penal en el Estado de la residencia habitual.

Una interpretación interesante de destacar se dio en el caso “5A\_936/2016, Ile Cour de droit civile, arrêt du 30 janvier 2017” resuelto por el Tribunal fédérale, Ile Cour de droit civile del Estado de Suiza como consecuencia del pedido de restitución proveniente de Reino Unido - Inglaterra y Gales. La restitución fue ordenada en junio de 2017, entre varios de los argumentos esbozados por la madre, la configuración del grave riesgo fue invocada por considerar que ella no podía retornar al Estado de la residencia habitual implicando separarla de los niños (2 y 3 años). Los magistrados hicieron varias apreciaciones al respecto, entre ellas destacan que el criterio del daño intolerable al país de origen concierne al niño y no a los padres. Esto significa que el retorno puede llevar, dependiendo de las circunstancias, a una separación entre el niño y el progenitor autor del ilícito pero esta separación no constituye una razón para el rechazo del retorno. A esta interpretación hacen una excepción: cuando se está ante bebés y niños pequeños -al menos hasta la edad de dos años- donde la separación de la madre es en cualquier caso una situación intolerable. En el caso, la negación de la madre de retornar se fundó en el riesgo de un posible enjuiciamiento penal lo cual no es suficiente por no desprenderse del expediente del caso que indudablemente estaría expuesta a la detención (INCADAT HC/E/CH 1352).

En nuestro país, en el mencionado caso “W.D. c. S.D.D.W. S/ demanda de restitución de menor” la CSJN concluyó que la negativa de la demandada a volver con su hijo al Estado requirente no fue fundada en causal alguna que la inhabilite para retornar a Alemania como tampoco demostró la imposibilidad de vivir en ese país con el menor. De esta manera, la restitución fue ordenada (SCOTTI, 2016, p. 195). El 11 de septiembre de 2018 en los autos “G. A., D. I. c/ M., J. s/ restitución internacional de menores” la Corte mantuvo esta postura ordenando la restitución a Perú exhortando al juez de grado a extremar las medidas a su alcance a fin de procurar que el retorno del niño se cumpla en forma urgente, sin que una eventual negativa de la madre a acompañar a su hijo obste a su cumplimiento.

¿Qué señala la Guía de Buenas Prácticas VI a este respecto? Partiendo de un análisis jurisprudencial, se demuestra que los tribunales rara vez han confirmado la configuración de la excepción en los casos en que el o la sustractora no puede o no quiere regresar al Estado de residencia habitual del niño. Incluso interpretan que, si el progenitor sustractor afirma no poder regresar con el niño al Estado de residencia habitual debido a su situación económica difícil o insostenible, por ejemplo, porque su nivel de vida sería más bajo o porque no podrá encontrar empleo en ese país o se encuentra en circunstancias extremas, no será suficiente ello para emitir una orden de no devolución (CLH, 2020, p. 40).

La inclinación pareciera considerar que la ‘negativa inequívoca a regresar’ no es lo suficientemente grave. Podemos entender ello al expresar que, a pesar de que el retorno de los padres con el NNA protegería al menor de todo daño, cualquier intento de introducir medidas de protección o arreglos para facilitar el regreso del padre puede resultar ineficaz ya que el tribunal no puede, en general, obligar al padre a regresar (CLH, 2020, p. 47). Entonces, si esto permite que la excepción se configure, se lograría crear una situación potencialmente dañina y consolidar una situación de hecho ilícita. En este sentido, pueden tomarse las palabras de la Family Court of Australia at Brisbane que en 1999 en el caso “Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs”, entendió que el hecho de que la madre enfrentaba un dilema incómodo (pues no quería retornar a Sudáfrica por estar en período de lactancia de una beba recién nacida junto a la negativa de retornar por quien fuera su actual pareja) no conducía a la conclusión de que ordenar la restitución expusiera a la menor a un grave riesgo de daño, máxime cuando dicha situación era algo que ella misma había generado (INCADAT HC/E/AU 294).

Pese a ello, en la Guía se menciona la factibilidad de que esta situación pueda generar algún efecto en el NNA, en ese punto entienden que el foco debe ponerse en las medidas de protección susceptibles de adoptarse para abordar el grave riesgo, pues

en muchos casos la adopción de alguna decisión puede levantar y superar el obstáculo. En aquel supuesto donde los obstáculos que pesan sobre el progenitor sustractor no puedan ser salvados o superados aún así insisten en la restitución, descartando que esto implique llegar a constituir la restitución, pues instan a considerar y evaluar otras posibles medidas como, entre ellas, que el niño al regresar a su residencia habitual sea cuidado por otra persona hasta tanto allí se tome una determinación de respecto de la custodia (CLH,, 2020, p. 53). En esta línea de pensamiento, podrá solicitarse como medida de protección previa a la orden de retorno que los procedimientos de custodia se lleven a cabo tan pronto como sea posible (CLH, 2020, p. 44).

Ahora bien, cuando la negativa se funda en la existencia de alguna causa penal en el país de la residencia habitual la cual fue generada como consecuencia del traslado o retención ilícita del NNA, allí la situación es entendida de modo especial. En este punto, en la Guía se expresa que esta situación capaz de llevar a una separación de ese padre puede crear un riesgo grave para el niño. Para ello, se plantea que el tribunal puede considerar buscar información sobre el estado de una orden de arresto o procedimientos penales pendientes, así como sobre la posibilidad de que la orden o los cargos sean retirados. Por ejemplo, el progenitor requirente o las autoridades del Estado de residencia habitual del niño pueden garantizar que no van a iniciar un proceso penal u otro, o al menos no arrestar a quien cometió el ilícito, si es posible. El retiro de los cargos pendientes o, cuando corresponda, de una orden de detención puede asegurarse con la asistencia de las autoridades penales o judiciales, incluido, cuando corresponda, mediante comunicaciones judiciales directas, si esto está permitido en el Estado requerido y en el Estado de residencia habitual (CLH, 2020, p. 67).

Lo cierto es, y como se afirma en la Guía, si se logran retirar los cargos o, en su caso, la orden de detención, el supuesto impedimento para el regreso del progenitor deja de existir y allí se vuelve al punto inicial: el grave riesgo no queda configurado,

caso contrario se estaría permitiendo crear una situación que sea potencialmente dañina para el niño, y luego confiar en ella para establecer la existencia de un grave riesgo para el niño. Ahora bien, coincidimos en sus acertadas palabras en cuanto a que si no pueden ser retirados corresponderá evaluarse la posible configuración de un grave riesgo resultante de una posible separación, por sí mismos no reúnen la entidad suficiente, pero son un punto a investigar.

#### **4.4. La situación económica como “grave” riesgo**

También podemos encontrar como otro supuesto de difícil determinación aquellos casos donde la posición financiera de alguno de los progenitores se encuentre afectada, es decir, tener que retornar pone tanto al niño como quien generó el ilícito en una situación de falta de medios financieros. ¿Puede considerarse como grave riesgo cuando económicamente en el Estado de la residencia habitual no tienen algún tipo de estabilidad o ayuda? ¿Merece tener en consideración la debilidad monetaria como una causal para evitar el regreso del menor, incluso cuando ella fue el motor que generó desde el inicio la movilización internacional de las partes?

La situación económica o financiera de los progenitores en el Estado donde el menor tenía su residencia habitual también fue considerada en la jurisprudencia. 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.” la utilizó como fundamento 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. Bajo esta línea de pensamiento, 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. Terminan encomendando al magistrado a 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.

En un delicado caso, la CSJN revocó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ordenando la restitución en 2011 a Perú en los autos “F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo” (CNCiv., Sala L, 14/04/2010). La particularidad se dio debido a que una de las menores ilícitamente retenida padece de Síndrome de Down y de una anomalía anorectal severa, al momento de instaurarse la acción se encontraba con el debido cuidado y seguimiento profesional de manera local. Para conceder el retorno tomó como punto crucial la labor de cooperación de las Autoridades Centrales exhortándolas a ayudar acerca de la asistencia jurídica, financiera y social, y de todo mecanismo de protección existente en el Estado requirente. De esta manera ordenó a la Autoridad Central argentina informar a su contraparte en el Perú acerca de la salud psicofísica, el tratamiento médico y la asistencia educativa que estaba recibiendo la citada niña en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos de asegurar la continuidad de dichas acciones terapéuticas con la debida asistencia de profesionales de la materia, y con el objeto de evitar un retroceso en el estado actual de la menor.

Pero esta postura no cuenta con una interpretación uniforme, en “E. H. M. c. B. M. S. s. exhorto” se resolvió de manera contraria al rechazar la restitución por considerar configurado el grave riesgo. Sustentaron su decisión al corroborar que el padre estaba desempleado y no contaba con una vivienda que garantice las condiciones de dignidad necesarias para que el menor crezca con plena salud física y psíquica.

Analizando este punto, en la Guía se expresa que el análisis debe centrarse en si las necesidades básicas del niño pueden satisfacerse en el Estado de residencia habitual. Siendo ello un posible riesgo en caer en un proceso que atente la desnaturalización del proceso autónomo, señala que el tribunal no debe embarcarse en una comparación entre las condiciones de vida que cada padre (o cada Estado) puede ofrecer. Esto puede ser relevante en un caso de custodia posterior, pero no tiene

relevancia para un análisis de la excepción en cuestión. Así las cosas, establecen que, cuando las condiciones de vida más modestas y/o el apoyo al desarrollo más limitado en el Estado de residencia habitual no son suficientes para establecer la excepción de riesgo grave. Si el padre de acogida afirma no poder regresar con el niño al Estado de residencia habitual debido a su situación económica difícil o insostenible, por ejemplo, porque su nivel de vida sería más bajo, no podrá encontrar empleo en ese país o se encuentra en circunstancias extremas, esto generalmente no será suficiente para emitir una orden de no devolución (CLH, 2020, p. 40).

#### **4.5. La salud del niño**

Las situaciones de riesgo físico son quizás las menos cuestionables, pues la factibilidad del grave riesgo se encuentra mucho más latente y apreciable. Otra situación especial ronda aquellos planteos donde el NNA padece de alguna enfermedad y deba ser sometido o continuar con algún tratamiento.

Uno de los emblemáticos casos fue llevado adelante por el Tribunal de Apelaciones de Ontario, Canadá. En “Pollastro v. Pollastro, 45 R.F.L. (4th) 404 (Ont. C.A.)”, de 1999, el progenitor pidió desde California (EEUU) la restitución del niño de 6 meses como consecuencia del traslado ilícito llevado adelante por su madre. En las pruebas presentadas para intentar resistirse al retorno se sugirió respecto del padre la existencia de problemas con las drogas y el alcohol, de poseer carácter violento y que periódicamente atacaba y la acosaba físicamente. El tribunal llevó adelante un profundo análisis de la situación, valoraron las pruebas de las cuales se reflejaban una incapacidad del padre para controlar su temperamento u hostilidad. Ante ello, ordenar el retorno significaría también el regreso de la madre, la única que demostró ser confiable para la crianza del niño, a una situación que la compromete. Teniendo en cuenta que gracias a la pronta edad del niño hay una vinculación con la madre, quien estaría viviendo en una situación lacerante, volver a California coloca al niño en una situación intolerable. Sumado a ello, entendieron que la hostilidad del padre, su

irresponsabilidad y comportamiento irracional era peligroso, si bien nunca físicamente violento con su hijo, si tuvo arrebatos de genio cuando su esposa estaba con él. Su seguridad está seriamente en riesgo si es forzado para volver a la misma volatilidad que causó que su madre se fuera con él en primer lugar. Él y su madre serían retirados del santuario de su familia en Canadá, y obligado a regresar a California, donde el potencial de violencia es abrumador. Esto expone el niño a la posibilidad sería de daño psicológico y / o físico sustancial y, además, crea un grave riesgo de que sea puesto en una situación intolerable. En una decisión unánime, la Corte de Apelaciones desestimo la decisión del juez de primera instancia y dejó sin efectos la orden para el retorno (INCADAT HC/E/CA 373).

No podemos dejar de recordar lo resuelto por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil con fecha 14 de septiembre de 1995 en los autos “S. Z. A. A. c. A., D. D. s. exhorto” (CNCiv., sala I, 14/09/1995). Para rechazar la restitución solicitada por su padre, los magistrados vieron por configurado el grave riesgo por su activismo religioso y por reconocer encontraste condenado a muerte por los árabes y musulmanes fanáticos teniendo temor por su vida, situación que le impedía desplazarse hacia Argentina. Entonces, afirmaron que el menor estaba expuesto a un riesgo a raíz de las actividades desarrolladas por éste. Quizás, a nuestro modo de ver, lo llamativo de la sentencia se halla en las palabras expresadas casi llegando al final donde buscaron, de un modo sutil, llamar la atención a la progenitora diciendo “...la madre no deberá ver en lo que se resuelve un premio a su comportamiento ilegítimo”.

Buscando una claridad en este punto, en la Guía se interpreta que se establecerá un riesgo grave solo en situaciones en las que un tratamiento es o sería necesario con urgencia y no está disponible o accesible en el Estado de residencia habitual o donde la salud del niño no lo permita viajar de regreso a este Estado (CLH, 2020, p. 62).

#### **4.6. La ruptura de la familia**

Particular situación se genera cuando, al ordenar el retorno, se abre la puerta a una posible separación de hermanos generándose una ruptura en la familia. Dejamos fuera de este supuesto el análisis del progenitor sustractor que se niega a regresar por haberlo analizado especialmente. La Guía brinda distintos escenarios de cómo esta situación puede configurarse: es posible que uno de los hermanos se oponga a regresar y el tribunal acepte ello para rechazar la restitución, o cuando el tribunal determina que un niño es removido o retenido injustamente pero respecto de su hermano no se ha presentado una solicitud de devolución o para él Convenio no se aplica (por ejemplo, donde el niño ha alcanzado la edad de 16 años) o el progenitor no tiene derechos de custodia respecto a ese niño (CLH, 2020, p. 48).

La situación es sumamente especial y ello genera el interrogante: ¿la separación de los hermanos constituye un grave riesgo? Partiendo de que la separación de los hermanos puede ser difícil y perjudicial, la Guía marca la necesidad de entablar en enfoque individual y ello para evitar se convierta en un análisis de ‘mejores intereses’ (CLH, 2020, p. 48).

En principio, se establece que la separación de los hermanos como resultado de la no devolución de un niño no suele dar lugar a una determinación de riesgo grave para el otro niño. Entienden de este modo pues de lo contrario se permitiría a cualquier progenitor crear una situación que sea potencialmente dañina para el niño, y luego confiar en esa situación para reclamar un riesgo grave. Ello no implica en un rechazo automático, deben las autoridades considerar cada caso en concreto, los tribunales deben ser especialmente cautelosos al evaluar el reclamo para no permitir que los padres se beneficien de una situación resultante de sus acciones o comportamiento. Además, suponen el caso donde la separación de los hermanos no necesariamente tiene como resultado la ausencia de contacto entre ellos, existen medios que pueden garantizar el contacto.

En el caso “B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo” (CSJN, 19/05/2010) la Corte suprema argentina revoca la sentencia apelada dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, y en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se ordena la restitución de los menores T.A.B. y N.A.B. a la ciudad de Rubí, Provincia de Barcelona, España. La particularidad del caso es que respecto del menor J.A.B., quien había llegado a los 16 años de edad al momento de dictar sentencia, no correspondía aplicarse la Convención de la Haya por estar fuera de su aplicación material y no ordenó su restitución.

## 5 EL RETORNO SEGURO: ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Estar ante un proceso, sea voluntario o judicial, donde lo que está en discusión es la restitución de un NNA como consecuencia de un traslado o retención ilícita ya tiene en su esencia un daño, es decir, ya se gestó por la razón que fuera, alguna lesión en ese sujeto al cual le deben una máxima protección por ser su deber natural y jurídico. Claramente ese daño no tiene la entidad suficiente para negar una restitución y en reiteradas oportunidades la justicia se expresó en ese sentido, nos remitimos a lo expresado anteriormente en cuanto a la calidad de ‘grave’ que debe contener la excepción para configurarse.

Ahora bien, tanto sea cuando se determine la no configuración de alguna excepción o, contrariamente, cuando sea ella se encuentre corroborada por hechos sucedidos en el pasado, el planteo surge en determinar si la adopción de alguna medida adecuada es susceptible de eliminar todo riesgo grave. En este punto, existe una tendencia actual compartida por varios Estados en que las órdenes de restitución se lleven adelante siempre que se cumplan requisitos o compromisos destinados a garantizar medidas de protección que se entienden como necesarias. La doctrina bautizó a estas medidas como “órdenes espejo” o, en inglés, *Mirror Orders*.

Entonces, ¿adoptar medidas en el marco del retorno para volverlo seguro elimina la posibilidad del grave riesgo? ¿Qué medidas deben tomarse ante la restitución de un NNA? Respondiendo ello, y partiendo de una calificación amplia pues explican que el término debe entenderse en términos generales como medidas disponibles para abordar un riesgo grave (CLH, 2020, p.10), la Guía indica que las acciones a adoptar pueden ser de una gran variedad: acceso a servicios legales, asistencia financiera, asistencia para vivienda, servicios de salud, refugios y otras formas de asistencia o apoyo a víctimas de violencia doméstica, así como respuestas de la policía a través de sistema de justicia criminal (CLH, 2020, p. 34). Ahora bien, señalado ello también expresan que estas medidas no deben imponerse como algo natural y deben tener una duración limitada.

Un ejemplo, ya mencionado anteriormente, pero entendemos es valioso reiterarlo, lo encontramos cuando analizando los comportamientos e incidentes pasados de violencia doméstica o familiar y la posibilidad de ello configurar un grave riesgo concluyen no ser suficientes por sí mismos para determinar el hecho de que no existen medidas de protección efectivas para proteger al niño del grave riesgo. Sostienen esta tesitura al decir que, incluso cuando el tribunal determina que hay evidencia o información suficiente que demuestre elementos de daño potencial o de una situación intolerable, sin embargo, debe considerarse debidamente las circunstancias en su conjunto y entre ellas si existen medidas de protección adecuadas cuya implementación permitan proteger al niño del riesgo grave (CLH, 2020 p. 31). Entonces, cuando tribunal esté convencido de que la evidencia presentada o la información reunida, incluso con respecto a las medidas de protección, establecen un riesgo grave es cuando no está obligado a ordenar la devolución del niño, lo que significa que queda a discreción del tribunal ordenar el retorno (CLH, 2020, p. 32).

La adopción de una medida de seguridad tiene una mayor importancia o un mayor lugar cuando la invocación del grave riesgo tiene como fuente la existencia de

una denuncia de violencia, pues la adopción en este caso de medidas de protección se vuelve necesarias. Tal como afirma Pérez Manrique:

(...) aún acreditado el riesgo, por ejemplo, en caso 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 (PÉREZ MANRIQUE, 2012, p. 241).

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.

Esto no implica que la adopción de una medida de seguridad elimina el riesgo de modo completo. Cada caso es especial y dependerá de estar convencidos de ello pues la seguridad de los NNA es el deber primordial. En *Achakzad v. Zetaryalai* los jueces de Estados Unidos notaron que la toma de compromisos no sería suficiente ante el comportamiento futuro del padre requirente. En los hechos, los magistrados destacaron que el padre había mostrado un desprecio por el sistema judicial al mentir a través de sus pruebas, alentar a su familia a mentir y al violar las órdenes judiciales (INCADAT HC / E / CA 1115). Un caso sumamente complejo merecedor de ser destacado por como nuclea varios de los conceptos desarrollados, se planteó en el año 2004 ante la High Court (Family Division) de Inglaterra: “*Re W. (Abduction: Domestic Violence)* EWHC 1247”. La solicitud de restitución fue incoada por el progenitor para obtener el regreso de la niña de 9 años a Sudáfrica. La relación entre los progenitores padecía de grandes conflictos de violencia de carácter bilateral, incluso existieron muchas denuncias de violencia en contra de la madre por parte del padre y muchos procedimientos judiciales en distintas jurisdicciones respecto del cuidado de la menor. Durante el proceso, la madre invocó la configuración del grave riesgo como excepción. Si bien manifestó que confiaba en los tribunales de Sudáfrica para dictar buenas

decisiones basadas en el bienestar, argumentó que la menor resultaría dañada de continuar expuesta a la conducta del padre para con ella pues se afectaría la aptitud de la madre de cuidar a la niña dañándola psicológica y emocionalmente al ver a la madre ante una presión constante.

La jueza de primera instancia concluyó que la violencia familiar por parte de un padre a una madre no era en sí misma suficiente para activar la excepción del grave riesgo, para así decidir entendió que la angustia de la madre no era relevante sobre todo ante una falta de prueba real de una grave aflicción para la menor. Pero no debe ponerse tintes de despreocupación o de irrelevancia en la situación a la decisión, todo lo contrario. Fue la propia magistrada quien manifestó en la propia sentencia la preocupación por la poca consideración real del impacto de la violencia doméstica sobre una familia por más loable que sea el principio de que los menores no deban ser sustraídos unilateralmente de su lugar de residencia habitual. Puntualmente expresa: “Estoy preocupada de que la Ley esté desatendiendo aquellos casos en que existen denuncias de conductas opresivas porque las Autoridades no permiten que el Juez de primera instancia considere en forma adecuada los efectos psicológicos a largo plazo sobre la esposa y el menor que han vivido en circunstancias traumáticas y violentas y están siendo restituidos al país de origen –aun cuando se trate de hogares separados”. En ese marco, decide ordenar la restitución sujeta a compromisos extensivos y muy estrictos que el padre estaba obligado a registrar ante el Tribunal Superior de Sudáfrica antes de que la menor fuera enviada de vuelta. Un año más tarde, y habiendo confirmado esta sentencia oportunamente apelada, el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra observó que la orden de devolución se había emitido correctamente, sujeta a una serie de condiciones estrictas, pero no se habían cumplido, por lo tanto la orden de devolución debería ser anulada (INCADAT HC/E/UKe 599).

Citamos este caso pues demuestra como de manera correcta deberían resolverse situaciones semejantes donde la violencia familiar o doméstica es susceptible de

generar la configuración del ‘grave riesgo’ como excepción y de cómo, mediante las órdenes espejo, puede buscarse superar este conflicto.

Otra forma de encauzarse un retorno seguro se da mediante la toma de medidas llamadas “practical arrangements”. La Guía se refiere a ellos destacando aquellos supuestos donde los tribunales que ordenan el retorno inmediato del niño pueden establecer disposiciones prácticas para facilitar la implementación del regreso (CLH, 2020, p. 35), muchas veces son los propios progenitores quienes voluntariamente acceden a ellos lo cual es visto como un signo de buena fe. Un ejemplo de ello podemos verlo en la sentencia de restitución del caso “Habimana v. Mukundwa” dictada por el juez de 1° Instancia de Canadá dónde se ordenó que el padre pagara el pasaje aéreo de la madre y los hijos; que desocupe la casa matrimonial; pague voluntariamente todos los gastos razonables de la madre y los hijos necesarios para satisfacer sus necesidades físicas y médicas diarias hasta que ellos negocien un acuerdo de manutención o el Tribunal de Familia de Hong Kong otorgue una indemnización por cónyuge e hijos (INCADAT HC / E / CA 1420).

No debe pensarse que estos compromisos solo deben asumirse por quien pide la restitución, a ambas pueden ser sujetos de exigencias en este punto pues la finalidad es asumir compromisos que puedan eliminar los obstáculos innecesarios y así reestablecer de la forma más eficaz posible la situación de bienestar para el NNA.

En “W., D. c/ S. D. D. W. s/ demanda de restitución de menor” (CSJN, 22/11/2011), la Corte argentina hace 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, en los autos “G., L. s/ por su hijo G.P., T. por restitución s/ familia p/ rec o ext. de inconstit” (CSJN, 27/12/2016), los jueces del máximo tribunal exhortaron 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.

## 6 CONCLUSIONES

El funcionamiento de las excepciones, determinar su configuración, no es tarea sencilla y ello no solo proviene de la dificultad en su interpretación. La finalidad de ellas -rechazar la restitución- la vuelven sumamente sensibles.

En cualquier caso, debe siempre tenerse en miras que la interpretación es sumamente restrictiva. Son, además, taxativas: no pueden agregarse otras o fundarse en otras. Al mismo tiempo, la autoridad está obligada a manejarse con cuidado para que ellas no se conviertan en la regla general eclipsando así la finalidad propia de este procedimiento: la restitución. Ello puede denotarse de la propia Guía pues se mantiene la finalidad reflejada en cada una de las normas de la Convención: el interés superior

del niño se logra mediante una pronta restitución del NNA al Estado de su residencia habitual.

Al mismo tiempo, cuando sean invocadas por quien intenta resistir el regreso, no debe admitirse desvirtuar la esencia del procedimiento y, garantizando la defensa en juicio, las autoridades tienen que tomar las medidas necesarias para no caer en dilataciones que perduren en el tiempo. Mantener el procedimiento autónomo y actuar con celeridad es lo que debe primar, pues lamentablemente en algunas ocasiones podemos ver como quienes invocan alguna excepción solo pretenden forzar a los jueces a abrir procesos que demoren el dictado de la sentencia y así consoliden una situación de hecho.

Antes de que un tribunal aplique alguna de las excepciones debe contar indefectiblemente con evidencias y pruebas suficientes para establecer como lo más adecuado y beneficioso para el NNA el no retorno.

No cabe dudas ni discusiones en cuanto a que la existencia de violencia doméstica o familiar es un factor sumamente determinante, no solo por constituirse en el motor que impulsa a uno de los progenitores junto a sus hijos a buscar protección en otras jurisdicciones, sino también porque es posible que una restitución pudiera ponerlos en grave peligro. Sin embargo, ello no implica desacreditar o desconocer la posibilidad de exigir en el Estado de la residencia habitual el cumplimiento de importantes compromisos mediante las “ordenes espejo”. En este sentido entendemos que la Guía se inclina y compartimos el razonamiento.

Todo examen de la excepción de riesgo grave requiere, y así la Guía lo indica, incluir el análisis y consideración, de ser necesario y apropiado, la disponibilidad de medidas de protección adecuadas y efectivas en el Estado de residencia habitual susceptibles de contrarrestar el daño y, de este modo, poder proceder con el retorno.

En otro orden de ideas, compartimos la interpretación en cuanto a que la dependencia de beneficios económicos estatales u otro tipo de apoyo institucional no

constituye en sí mismo un riesgo grave. Solo circunstancias muy excepcionales pueden conducir a un riesgo grave para el niño.

En suma, la Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13 (1) (b), cuyo conocimiento y consideración se convertirá en una significativa herramienta para todos los operadores jurídicos, ya sean jueces, defensores o asesores de menores, autoridades centrales, el abogado del niño, letrados y profesionales en general, a la hora de interpretar esta disposición excepcional, se añade así, a un corpus *de soft law*, cada vez más completo, que tenemos en materia de restitución internacional de menores gracias principalmente a la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

## BIBLIOGRAFÍA

ALL, Paula M; RUBAJA, Nieve. “Argentina: Algunas reflexiones sobre el Protocolo de actuación para el funcionamiento de los Convenios de sustracción internacional de niños”, en Cartas Blogatorias, disponible <https://cartasblogatorias.com/2017/05/18/argentina-algunas-reflexiones-sobre-el-protocolo-de-actuacion-para-el-funcionamiento-de-los-convenios-de-sustraccion-internacional-de-ninos/>. Día de acceso: 23 de abril de 2020.

CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (2007), El Boletín de los Jueces sobre la Protección Internacional del Niño - Tomo XII / Primavera-Verano, disponible en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=4152>. Día de acceso: 23 de abril de 2020.

CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (2011), Documento preliminar Domestic and family violence and the article 13 ‘grave risk’ exception in the operation of the hague convention of 25 october 1980 on the civil aspects of international child abduction: a reflection paper, Disponible en <https://assets.hcch.net/docs/ce5327cd-aa2c-4341-b94e-6be57062d1c6.pdf>. Día de acceso: 23 de abril de 2020.

CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de Buenas Prácticas, La Haya, Países Bajos. 2020. Disponible en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6740> Día de acceso: 23 de abril de 2020.

DREYZIN DE KLOR, Adriana. **El derecho internacional privado actual**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Tomo I, Ed. Zavalía, 2015. 340 p.

GILLEN, John (2006), “El Convenio de La Haya y la violencia doméstica – ¿amigos o enemigos? – un punto de vista desde el common law respecto de las interpretaciones del artículo 13(1) b) del convenio de la haya en el contexto de la violencia doméstica” en Boletín de los Jueces sobre la Protección Internacional del Niño - Tomo XI. Disponible en <https://assets.hcch.net/upload/news2006s.pdf>, Día de acceso: 23 de abril de 2020.

PÉREZ-VERA, Elisa. Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention. 1981. Disponible en <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2779>. Día de acceso: 23 de abril de 2020.

PÉREZ MANRIQUE, Ricardo. El interés superior del niño en el Convenio de La Haya de 1980. Orientaciones para su interpretación. Derecho de Familia, **Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia**, Buenos Aires, p. 235-241, nº 56, 2012.

RUBAJA, Nieve. **Derecho internacional privado de familia**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012. 672 p.

SCOTTI, Luciana B. Restitución internacional de niños: avances hacia una razonable interpretación de la excepción de grave riesgo. **DFyP**, Buenos Aires, p 14-32, nov 2019. Cita Online: AR/DOC/2999/2019. 2019.

SCOTTI, Luciana B. Autonomía del procedimiento en la restitución, las excepciones y la prueba, los ensayos y los errores provocados por la falta de reglas procesales propias,

en La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación en materia de restitución internacional de menores, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2016. 371 p.

SCOTTI, Luciana B. **Manual de Derecho Internacional Privado**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2018. 1133 p.

SCOTTI, Luciana B. La excepción de 'grave riesgo' en la restitución internacional de niños. **El Derecho**, Buenos Aires, p. 1- 6, nov. 2018.