

El interés superior del niño y los derechos de la mujer en la excepción de grave riesgo del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en casos de violencia doméstica

The child's best interests and women's rights in the grave risk exception to the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in domestic violence cases

Por Martina Marina Traveso

Resumen: el presente trabajo analiza el abordaje que se le ha dado hasta la fecha a las alegaciones de violencia doméstica en el marco de procedimientos de restitución internacional de niños tramitados al amparo del Convenio de La Haya de 1980. Asimismo, pretende dimensionar la crucial importancia que reviste un análisis exhaustivo de dichas alegaciones por parte de los jueces y las autoridades centrales, atento a la extrema gravedad que caracteriza a la violencia doméstica y de género, las cuales socavan el bienestar y la salud psicofísica de todos los niños y madres afectados. Atento a la internacionalidad del instrumento jurídico abordado, el tema se abordará desde una perspectiva internacional, pero se situará en Argentina, con mayoría de información y ejemplos del derecho argentino.

Palabras clave: daño físico y psicológico; derecho a ser oído; grave riesgo; interés superior del niño; restitución internacional de niños; situación intolerable; violencia de género; violencia doméstica.

Abstract: this paper examines the approach so far taken on domestic violence allegations in the matter of international return proceedings administered under the 1980 Hague Convention. It is aimed at making readers realize the paramount importance that a thorough analysis of such allegations by judges and central authorities bears, given the seriousness of both domestic and gender violence, which impair the well-being and health of all children and women affected. Considering the international nature of the referred legal instrument, the approach to the topic shall also be international, yet mostly supplemented with information and examples from Argentina.

Key words: child's best interests; domestic violence; gender violence; grave risk; international child abduction; intolerable situation; physical and psychological harm; right to be heard.

Fecha de recepción: 30/05/2022
Fecha de aceptación: 26/05/2023



El interés superior del niño y los derechos de la mujer en la excepción de grave riesgo del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en casos de violencia doméstica

Por Martina Marina Traveso*

I. Introducción

El presente trabajo aborda la aplicación de la excepción de grave riesgo del artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980¹ de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en casos de violencia doméstica.

En primer lugar (secciones II y III), se explica qué se entiende por violencia doméstica, así como la relación de género/especie y la superposición con la violencia de género y el maltrato infantil y se exponen las consecuencias nocivas que estas violencias acarrearán para los niños y sus madres.

En segundo lugar (secciones IV y V), se introduce el tema de la restitución internacional de niños en el marco del Convenio de La Haya de 1980, explicando los objetivos y el funcionamiento de dicho Convenio, con inclusión de qué se entiende por interés superior del niño y, en esa línea, se aborda el funcionamiento del art. 13(1)(b) (excepción de grave riesgo).

En tercer lugar (secciones VI y VII), se explica cómo la violencia doméstica incide en la excepción del art. 13(1)(b) y se aborda el tratamiento que se le ha dado en casos tramitados al amparo del Convenio.

En cuarto lugar (secciones VIII y IX), se incluye un desarrollo de los distintos instrumentos internacionales que rigen la materia y cómo se armonizan los derechos de la mujer y del niño, en el pertinente diálogo de fuentes.

* Abogada y Traductora Pública de Inglés (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). ORCID: 0009-0002-8848-5331. Correo electrónico: martinamtraveso@gmail.com. Un especial agradecimiento a Nieve Rubaja, Emilia Gortari Wirz, Florencia Castro e Ignacio Goicoechea, por todo el conocimiento compartido en el marco de las reuniones del equipo de sumariantes de INCADAT de LATAM. Las opiniones vertidas en este artículo son enteramente personales.

¹ En adelante, “Convenio de La Haya de 1980” o, simplemente, “Convenio”.

Por último (sección X), se brinda un análisis y opinión personal sobre el abordaje de estos casos, con inclusión de ejemplos en los que el desenlace fue fatal.

II. Violencia doméstica o familiar

La definición legislativa del término “violencia doméstica” o “familiar” varía según el Estado. A modo de ejemplo, en Argentina, si bien la ley nacional no brinda una definición, sí la podemos encontrar en la ley de violencia familiar de la Provincia de Buenos Aires (Ley 14.509/12), que, en su art. 1, la define como: “(...) toda acción, omisión, abuso, que afecte la vida, libertad, seguridad personal, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, de una persona en el ámbito del grupo familiar, aunque no configure delito”.

En el ámbito supranacional, dentro del interamericano, los instrumentos de derechos humanos vigentes no brindan una definición al respecto. Fuera de la región, el Consejo de Europa ha definido a la violencia en la familia como:

“(...) todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima”².

En términos generales, esta problemática cubre un abanico de diferentes comportamientos abusivos que tienen lugar en el seno familiar, como el abuso o maltrato físico, emocional, psicológico, espiritual, sexual y/o económico, o las relaciones de sometimiento y negación/destrucción del otro o de poder asimétrico.

Los maltratos que acontecen dentro de los hogares pueden estar dirigidos hacia los niños³ (maltrato o abuso infantil), hacia la pareja (violencia en una relación íntima de pareja/conyugal) o hacia otros miembros de la familia. Desafortunadamente, la violencia doméstica se encuentra ampliamente generalizada. Es una problemática transversal y compleja, que se matiza según la cultura y la clase social.

² Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, 11 de mayo de 2011.

³ En adelante, se hará referencia a “el niño/los niños”, en pos de la brevedad, pero el término debe entenderse como abarcativo de niños, niñas y adolescentes.

Cobra distintas formas en los hogares familiares donde se encuentra presente y, en ese sentido, puede ir desde un único incidente aislado hasta un patrón sostenido y recurrente. En este último caso, los patrones pueden presentar similitudes. Un típico ciclo de violencia ocurre en el siguiente orden: (1) hay una fase de creación de tensión con ataques menores; (2) hay un incidente grave con una escalada de violencia; y (3) hay una fase de reconciliación o “luna de miel”, en la cual el perpetrador, es decir, quien ejerce la violencia, pide perdón y promete no volver a ser violento, a la vez que la víctima intenta creer esas afirmaciones, sintiéndose incluso responsable por el bienestar psicológico del maltratador.

La víctima de violencia, en términos generales, se siente indefensa, atrapada en ese ciclo, y cree que la situación no es susceptible de modificación, que no se puede revertir. Además, las víctimas pueden tener miedo de abandonar al perpetrador por temor a la violencia de represalia, es decir, aquellos maltratos que recibirían por parte de la persona que las violenta en caso de decidir alejarse de ella.

III. Relación entre la violencia doméstica, la violencia de género y el maltrato infantil

Corresponde aclarar que la violencia doméstica es una especie de la violencia de género o violencia contra la mujer y del maltrato infantil (relación género-especie). A falta de mejores palabras, resulta apropiado citar la meridiana explicación de Juana de los Ángeles Toledo Larrea (2015, pp. 30-31) respecto de esta relación:

“la violencia de género es la manifestación de las relaciones sociales, económicas y culturales históricamente desiguales entre mujeres y hombres, es un fenómeno de enorme calado que afecta no sólo a la integridad física de las mujeres sino al reconocimiento de su dignidad. Conculca sus derechos fundamentales y socava el principio básico de igualdad entre hombres y mujeres consagrado en los tratados de derechos fundamentales. En este sentido la violencia de género se ejerce sobre la mujer en los distintos ámbitos de la vida, tanto en esfera pública como privada, manifestándose como malos tratos, violación, acoso sexual, acoso laboral, mutilación genital femenina, matrimonios forzosos. Esta violencia de género se puede ejercer en el ámbito doméstico y sobre las personas que conviven con el agresor. En este caso nos encontramos ante una subespecie de la violencia de género, cuál es la ejercida por el hombre en la esfera familiar, la cual podemos denominar como violencia doméstica”.

Este trabajo no pretende generalizar, pero resulta imposible soslayar el hecho de que, en la amplia mayoría de los casos, la víctima de la violencia doméstica/familiar es la mujer y no el hombre⁴, en el marco de una relación heteropatriarcal. Si la relación ya fue terminada, generalmente se habla de “violencia de género”, mientras que, si la relación sigue vigente y la pareja violenta y la víctima conviven, se habla de “violencia doméstica”. Si bien es cierto que el término violencia doméstica no implica necesariamente un sujeto pasivo femenino, en el plano fáctico, la violencia doméstica se superpone con la violencia de género, ya que, tal como se mencionó, habitualmente, el agresor es la pareja (o expareja) hombre.

En la dinámica más recurrente, la mujer es la receptora directa de la violencia transcurrida en el seno familiar. No obstante ello, se ha encontrado una correlación de entre el 30 % y el 60 % entre la violencia doméstica y la violencia física ejercida contra los niños⁵. De este modo, es posible inferir que hay un alto grado de correlato entre la violencia de género y el maltrato infantil en el seno familiar. Así, los niños que tienen una familia en la que ocurren incidentes de violencia doméstica entre los adultos corren un mayor riesgo de resultar expuestos a un daño físico y a todos los otros tipos de daño que se desencadenan por la violencia ejercida contra ellos, que se encuentran detallados más abajo.

El femicidio y el infanticidio están vinculados de manera tal que “en aproximadamente un cuarto de los casos en que el hombre agresor mata a la mujer con quien tiene una relación de pareja, también mata a sus niños” (Zorza, 2000) De ello podemos deducir que hay una relación de naturaleza inmediata entre la violencia de género y el maltrato infantil. A modo de ejemplo, en un estudio realizado por Neil Websdale de la Universidad

⁴ Las mujeres son las víctimas en el 95 % de los incidentes de violencia doméstica denunciados según *A Report of the Violence against Women Research Strategic Planning Workshop*, auspiciado por el Instituto Nacional de Justicia de los Estados Unidos de América, en colaboración con el Departamento de Salud y Servicios Humanos de dicho país. Si bien este monitoreo es de larga data (1995) y corresponde a una jurisdicción extranjera, en Argentina podemos observar el mismo fenómeno. Véanse los Informes Estadísticos de la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Más específicamente, el más reciente, correspondiente al cuarto trimestre del año 2022, que fue publicado en el mes de abril de 2023, expone que un 76 % de las personas afectadas en el marco de las denuncias realizadas ante dicha oficina son mujeres.

Disponible en <https://www.ovd.gov.ar/ovd/archivos/ver?data=7283>.

Nótese que esta Oficina solo recaba casos dentro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁵ Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 (...) y del Convenio de 1996 (...), Doc. Prel. N.º 3 de junio de 2017, Anexo 1, pág. 14, párr. 24, nota al pie 28.

de NorthEastern (1999), se constató que en el 52,6 % de los casos de homicidio infantil por parte de un padre en los que ambos padres se encargaban de los niños, la mujer fue golpeada antes de que el niño fuera asesinado y que, en general, los niños son víctimas en el 26 % de los homicidios domésticos. La violencia doméstica, perpetrada por uno o ambos padres (de forma unilateral o recíproca), siempre configura un riesgo potencial para el niño, incluso cuando este, en principio, no sea el destinatario directo de la violencia⁶.

Además del riesgo de muerte en casos extremos (por ejemplo, en Argentina, la Casa del Encuentro informó que, en la última década, 120 niños han sido asesinados en el marco de un femicidio vinculado, es decir, aquel que comete un hombre deliberadamente para provocar sufrimiento y culpa a la mujer que quiere dañar —violencia vicaria—, y también aquél ocurrido accidentalmente por interponerse en la línea de fuego dirigido contra la madre)⁷, resulta imperioso tener presente el daño causado a los niños expuestos a violencia doméstica. Tal como se expresa en el párrafo anterior, dicho daño es susceptible de configurarse incluso aunque ellos no sean los destinatarios directos de la violencia.

En un estudio del año 2005 realizado por la Organización Mundial de la Salud sobre violencia doméstica en 10 países, se señaló que la violencia ejercida contra la mujer tiene unas repercusiones mucho mayores que el daño inmediato causado. Tiene consecuencias devastadoras para las mujeres víctimas y un efecto traumático para los terceros que la presencian, en particular los niños. Estas observaciones son respaldadas por las ciencias sociales⁸, que demuestran las correlaciones existentes entre la exposición de los niños a

⁶ Véase Informe de la OVD, CSJN, intitulado “Niñas, niños y adolescentes afectados por situaciones de violencia doméstica 2020- 2021” publicado en noviembre de 2022. Se registra un total de 6.805 niños afectados (solo en la localidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). 7 de 10 tenían menos de 11 años, 8 de 10 fueron agredidos por sus progenitores y un 73 % de las personas denunciadas fueron varones (ver desglose de tipo de vínculo según edad del niño afectado; a saber, filial, fraternal, de pareja, parentesco de hasta 4° grado y otros, pág. 28). Surge que en el 47 % de los casos, el niño cohabitaba con la persona denunciada. Se constataron lesiones en 214 niños, de los cuales más de la mitad, un 55 %, “tenía antecedentes de lesiones físicas producto de situaciones de violencia anteriores”. Es importante destacar que la frecuencia de los episodios de violencia fue diaria o semanal en el 58 % de los casos y que un 48 % de las situaciones fueron evaluadas por los Equipos Interdisciplinarios de la oficina como de altísimo y alto riesgo. Disponible en <https://www.ovd.gov.ar/ovd/archivos/ver?data=6905>.

⁷ Véase también el Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina de la Oficina de la Mujer de la CSJN, 2021, págs. 111-117. Se registran 10 femicidios vinculados de hijos e hijas a cargo de la víctima durante el año 2021. 5 eran menores de edad y 5 se encontraban entre los 18 y 20 años. <https://om.csjn.gob.ar/consultaTalleresWeb/public/documentoConsulta/verDocumentoById?idDocumento=115>.

⁸ Véase, por ejemplo, Sepúlveda Gara de la Torre (2006).

la violencia doméstica, ya sea como víctimas directas o indirectas, y distintos problemas que se manifiestan durante la infancia, así como patologías que se sobrevienen posteriormente, en la vida adulta. Las consecuencias de la violencia doméstica se padecen a lo largo de la vida y no solo en el momento o la época de vivencia de la(s) agresión(es).

Algunos de los problemas en los que puede resultar la violencia doméstica para sus víctimas, entre ellas los niños, incluyen, a mero título enunciativo: una probabilidad más alta que el promedio de evidenciar comportamientos agresivos, antisociales, temerosos e inhibidos, sufrir de habilidades sociales deficientes, ansiedad y/o depresión, padecer síntomas de traumatismos y problemas de temperamento—la violencia reproduce más violencia. Cabe agregar que se ha constatado que el nivel de daño en el niño víctima de violencia familiar varía según la presencia o ausencia de otros factores, tales como el abuso de sustancias por parte de uno de los padres y la presencia de una persona u organismo que proteja al niño. Dichos factores adicionales actúan como agravante o atenuante del riesgo de sufrir daños.

En la Guía de Buenas Prácticas para Jueces de Australia en Casos de Violencia Doméstica y Familiar⁹, por ejemplo, se señala que “casi el 70 % de las mujeres que tenían niños a su cuidado cuando sufrieron violencia por parte de una expareja expresó que los niños presenciaron dicha violencia, la vieron o la escucharon”. Sin embargo, los niños no deben ser necesariamente testigos directos o presenciales de la violencia para estar expuestos a ella o sufrir sus consecuencias.

Para dimensionar este problema no deben utilizarse eufemismos ni abstracciones. Las situaciones a las que los niños pueden llegar a tener que enfrentarse a causa de la violencia desplegada en el ámbito doméstico, incluso cuando no sean destinatarios directos de esta última, son variadas e incluyen las siguientes: intentar detener la violencia o defender a quien es víctima de ella; ser amenazado, lastimado o insultado por el agresor, quien mediante ese mecanismo intenta controlar o intimidar a la víctima (en la mayoría

⁹ *National Domestic and Family Violence Benchmark*, Australia (traducción propia). Original en inglés disponible en: <https://dfvbenchmark.aija.org.au/contents>

Recurso digital de acceso libre diseñado para magistrados, funcionarios, empleados de la justicia y litigantes de ese país por la Profesora Heather Douglas con el apoyo de la Procuraduría General australiana, el Instituto para la Administración de Justicia y las Universidades de Queensland y Melbourne.

de los casos, tal como se vio, la madre del niño) usando al niño como instrumento o teniéndolo de rehén; ser culpado por la violencia (por el agresor o por la víctima); ser forzado a mirar o participar, o a espiar a uno de los padres; presenciar la violencia; ver las heridas físicas de la madre víctima; ser descuidado, olvidado u abandonado como consecuencia de la violencia; tener que dormir durante los episodios de violencia, o simular que se duerme, escuchar las peleas desde otra habitación de la casa y tener que tomar medidas para evitar verse afectado, tales como subir el volumen de la música o cubrirse los oídos con las almohadas para no escuchar, irse de la casa y caminar en la calle (incluso a altas horas de la noche o de madrugada); ser testigos del daño o la destrucción de muebles, juguetes y otras pertenencias familiares; ser testigos del daño a las mascotas de la casa, o darse cuenta que una mascota ha sido regalada, lastimada o asesinada; experimentar las secuelas o repercusiones de la violencia (por ejemplo, teniendo que pedir ayuda, hacer llamados de emergencia, presenciar el arresto de un padre o el interrogatorio de la policía, asistir al padre agresor o a la madre víctima o curar sus heridas, interactuar con el agresor, saber que uno de sus padres es acosado y violentado, lidiar con su propio trauma, estrés emocional y heridas, asumir el cuidado de miembros de la familia, faltar a la escuela, ser sacados de su casa y de su comunidad porque en ellas no estaban seguros, ser aislados o excluidos, perder amigos); ser llevados a la pobreza o a vivir en la calle como consecuencia de la violencia económica del agresor; crecer en un ambiente estresante sin estabilidad ni seguridad algunas y crecer sin ejemplos o modelos de adultos adecuados, entre otras.

Los ejemplos que anteceden se mencionan a efectos de exponer un panorama que permita apreciar la gravedad y los riesgos que la violencia doméstica representa para los niños, cuyo interés superior (concepto desarrollado en la sección IV) debe salvaguardarse.

Asimismo, si la madre sufrió violencia durante el embarazo, es probable que el bebé sufra las consecuencias de tal violencia en el futuro, puesto que el trauma se transmite durante la gestación, además de que es transgeneracional (Pollak, 2002; Simón Rueda, López Taboada & Linaza Iglesias, 2000). El agresor puede utilizar un amplio espectro de estrategias para debilitar o destruir la relación de la madre con sus hijos y, dependiendo de la edad de estos últimos, puede agredir a la víctima en frente de sus hijos para infun-

dirles miedo a estos últimos o una sensación de que su madre es débil o incapaz de protegerse a sí misma y/o a ellos. El agresor puede desacreditar las capacidades como madre de la víctima, acusándola de ser mala madre e, incluso, puede “entrenar” a sus hijos para que ellos también la violenten, aislándola aún más de posibles redes de contención, cuidado, ayuda y escape.

Las conductas referidas se relacionan con el síndrome de la mujer golpeada (*battered woman syndrome*)¹⁰ y, prolongadas en el tiempo, estas violencias corrosivas y de manipulación pueden constreñir y controlar todos los aspectos de la vida diaria de las víctimas y sus hijos, disminuyendo así su sentido de realidad (anestesia emocional) y su capacidad de actuar de forma competente y asertiva. La violencia, eventualmente, puede dañar totalmente la salud y el bienestar físico, emocional y mental de una mujer y también de un niño.

La exposición de un niño a la violencia doméstica a cualquier edad puede resultar en una miríada de consecuencias psicológicas, conductuales y físicas negativas, tales como depresión, ansiedad, síntomas de trauma, nada menos que deterioro cognitivo, dificultades de aprendizaje y problemas en la escuela, baja autoestima, trastornos de pánico, conflictos con los pares, soledad, mayor riesgo de alcoholismo o abuso de sustancias y suicidio, vulnerabilidad al desempleo y a la indigencia.

También es probable que los niños así expuestos reproduzcan las conductas observadas o de otra manera percibidas durante su niñez en su adultez (Touza Garma, 2005), por lo cual corren riesgo de volverse víctimas de violencia doméstica o agresores ellos mismos aunque ello, claro está, se considera un factor de riesgo y no un factor determinante (Pollak, 2002)

¹⁰ “Es considerado una subcategoría del trastorno por estrés post traumático y se ha sostenido que se evidencia a través de tres grupos de síntomas: a) disturbios cognitivos —consistentes en recuerdos invasivos que se repiten y flashbacks, que hacen que la mujer re-experimente episodios agresivos anteriores y que se incrementa y afecte su percepción del peligro, b) altos niveles de ansiedad —que alteran su sistema nervioso, generan un estado de hipervigilancia y en algunos casos provocan desórdenes alimenticios y de sueño, c) síntomas evitativos o de evitación— consistentes en depresión, negación, minimización y represión que llevan a la mujer al aislamiento y a la pérdida de interés en las actividades que solía disfrutar” (Di Corleto, 2006, p. 867).

IV. Restitución internacional de niños en el marco del Convenio de La Haya de 1980

Antes de adentrarme de lleno en la cuestión de la excepción de grave riesgo en casos de violencia doméstica, se hace necesario explicar las nociones básicas de la restitución. La sustracción internacional de un niño tiene lugar cuando uno de sus padres lo traslada fuera del Estado de su residencia habitual¹¹ sin el consentimiento y/o conocimiento de la otra persona física o jurídica que detenta derechos de custodia legítimamente ejercidos, removiendo al niño de su entorno familiar y social habitual. También puede ocurrir que sí haya habido un consentimiento y/o conocimiento del traslado por parte de la persona que ejerce efectivamente la custodia, pero que luego, al momento de regresar al lugar de la residencia habitual del niño, tal como se ha pactado, la madre, por ejemplo, tras unas vacaciones consentidas, se rehúsa a regresar con el niño, por lo cual se configura una retención ilícita¹². Tanto el traslado como la sustracción ilícita violan los derechos de custodia del padre/madre sustraído o privado del niño, que tiene derecho a compartir su custodia.

El Convenio de La Haya de 1980, que, al 14 de noviembre de 2022, contaba con 103 Estados contratantes¹³, tiene como principal objetivo “el restablecimiento del *statu*

¹¹ A modo ilustrativo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se ha pronunciado en el sentido de que la expresión de residencia habitual contenida en el Convenio de La Haya de 1980 denota “una situación de hecho que presupone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores”. Véanse CSJN, Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela. s/ Recurso de hecho, 14 de junio de 1995 (interpretación original); y V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños, 22 de octubre de 2020 (confirma la interpretación desplegada en el fallo antemencionado). Asimismo, la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza entendió que la residencia habitual de una niña en Argentina no había cambiado porque la familia hubiese viajado a los Estados Unidos de América y vivido dos meses allí en la casa de los abuelos paternos, ya que la niña no había formado vínculos estables, permanentes y significativos en ese Estado. Observó que la jurisprudencia no es pacífica respecto del concepto de residencia habitual, ya que en algunos casos se da prevalencia a la especial situación del niño (“*fact-based approach*”), en otros a la intención de los padres (“*intention-based approach*”), y en otros hay una combinación de ambos factores. No obstante, en todos los casos se exige una estancia mínima en el lugar, en la que el niño haya formado vínculos reales y significativos, lo cual debe ponderarse con la intención de los padres, especialmente cuando se trata de niños de muy corta edad. K. K. J. c/ P. C. S. s/ restitución internacional, Suprema Corte de Justicia – Sala Primera de la Provincia de Mendoza, 13 de febrero de 2020. Incluso puede haber discrepancias en los enfoques entre distintos tribunales de un mismo país, o puede haber un uso alternado de enfoque por parte de un mismo tribunal (véase, por ej, la falta de adopción de uno de los enfoques por parte del Tribunal Supremo israelí (Schuz, 2001).

¹² Véase, por ejemplo, Tribunal de Primera Instancia de Inglaterra y Gales (Sala de Familia), *Re L. (Abduction: Future Consent)*, 14 de septiembre de 2007.

¹³ El ámbito de aplicación del Convenio comprende casos de traslado o retención ilícita de un niño de hasta 16 años de edad en un Estado contratante (el denominado Estado de refugio/requerido —a donde se lo

quo mediante la “restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante” (Pérez-Vera, 1981). Permite asegurar que no se regularice una situación de hecho que vulnera derechos de custodia simplemente por haber cruzado la frontera y garantiza que la cuestión de la custodia sea dirimida por los tribunales competentes del lugar de residencia habitual, al garantizar el retorno seguro de un niño que ha sido trasladado ilícitamente de su lugar de residencia habitual, o bien retenido ilícitamente fuera de dicho lugar.

Si bien el enfoque jurídico puede encontrarse en la protección de los derechos de custodia, se ha sostenido, tal como lo señala la Profesora Pérez-Vera en el Informe Explicativo del Convenio, que la verdadera víctima en una sustracción internacional es el niño y no el padre que se ha visto privado de dicho niño (Pérez-Vera, 1981; Dyer, 1977). El citado Informe expone que el Convenio tiene un doble objetivo: por un lado, la prevención de los traslados y retenciones ilícitos o sustracciones, gracias a su carácter disuasorio (en este aspecto me permito hacer la digresión de que lo que se quiere expresar en este sentido es que hay un efecto disuasorio a largo plazo, al privar de efectos jurídicos a las sustracciones internacionales como un todo, ya que resulta difícil imaginarse que, en el caso particular, un padre que quiere trasladar a su hijo de manera unilateral por el motivo que fuera tenga en mente la existencia del Convenio y por ello se abstenga de hacerlo; el efecto disuasorio ocurre *ex post* y de forma general, no hay una prevención *ex ante* en el caso concreto) y, por el otro, a lograr la restitución inmediata del niño a su centro de vida habitual (Pérez-Vera, 1981). También sostiene que tales fines son precisiones o materializaciones de la imprecisa noción de interés superior del niño (Pérez-Vera, 1981) que, con el tiempo, fue más precisada o desarrollada jurisprudencialmente.

En efecto, el concepto de interés superior del niño (ISN) debe ser, conforme al art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (CDN – que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990), “una consideración primordial” “en todas las medidas concernientes a los niños” (especialmente, aquellas adoptadas por

trasladó o retuvo— debe ser contratante, el de origen puede no serlo) a partir de la fecha de entrada en vigor del Convenio, o bien a niños cuya residencia habitual haya estado en un Estado contratante inmediatamente antes del traslado o la retención ilícita.

el Estado)¹⁴. Además, el ISN se ha definido como un derecho sustantivo, un principio de interpretación y una norma de procedimiento. Los padres están exhortados, en virtud del art. 18, párr. 1 de dicha Convención, a tener el interés superior de sus hijos como “preocupación fundamental”¹⁵. En cuanto a las autoridades administrativas y judiciales, ellas tienen la potestad de determinarlo en el caso concreto, ya que es un concepto flexible y adaptable.

Según el Comité de los Derechos del Niño, “el fin último del interés superior del niño debería ser garantizar su disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la CDN y su desarrollo holístico”¹⁶. A fines de evaluar y determinar cuál es el interés superior de un niño en concreto, deben tenerse en cuenta:

“(…) circunstancias [que] se refieren a las características específicas del niño (...) de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño (...), por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores”¹⁷.

Además, deben tenerse en cuenta su opinión, de acuerdo a su grado de madurez y edad, su identidad (diversidad, idioma y cultura siempre que esta no se contraponga con los derechos establecidos en la CDN), la preservación del entorno familiar y vincular, la unión de la familia, su cuidado, protección y seguridad, su situación de vulnerabilidad (ej., ser víctima de malos tratos), su derecho a la salud y su estado de salud, además de su derecho a la educación. Todos estos factores deben ser equilibrados según su pertinencia y, cuando entran en conflicto (“por ejemplo, la preservación del entorno familiar puede chocar con la necesidad de proteger al niño contra el riesgo de violencia o malos tratos por parte de los padres”¹⁸) deben ponderarse los elementos en pugna para atender al ISN

¹⁴ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración

primordial (art. 3, párrafo 1), Comité de los Derechos del Niño, Sección I.A.

¹⁵ Así lo entiende la CSJN en B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo, 19 de mayo de 2010.

¹⁶ Ídem nota al pie 16, sección V.A., párr. 51.

¹⁷ Ídem nota al pie 16, sección V.A., párr. 48.

¹⁸ Ídem nota al pie 16, sección V.A.2, párr. 81,

y su desarrollo holístico desde una perspectiva infanto céntrica, según la cual el niño es lo más importante.

El ISN puede ser entendido como su derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente (Pérez-Vera, 1981). Para dar un ejemplo, en un reciente caso de la Provincia de Formosa¹⁹, el padre solicitó la restitución en Chile a la Autoridad argentina, ante la retención ilícita de su hija de 7 años por parte de su madre. El juez Marcial Mántaras sostuvo que la restitución de un niño a su residencia habitual permite que el juez que está en mejor posición para evaluar el ISN resuelva cualquier problema relacionado con la custodia o el acceso/visitas, inclusive un posible traslado a otro Estado “en la inteligencia de que la mejor protección del interés del niño se alcanza volviendo en forma inmediata al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos, a fin de que sean los tribunales con competencia en el lugar de su residencia habitual los que decidan acerca de las cuestiones de fondo, atinentes a la guarda, al cuidado personal de la niña o niño, al régimen de comunicación y a la cuota alimentaria, entre otras (...)”. En ese marco, el interés superior exige que la restitución se haga de la manera “menos lesiva posible”²⁰. De hecho, incluso cuando la restitución es rechazada, el ISN también exige que el obrar de los padres sea el menos lesivo posible. Así lo ha expresado la CSJN en Argentina al revocar una sentencia de Cámara que ordenaba la restitución de la niña a Francia²¹:

“[q]ue, por último, y teniendo en miras el principio del interés superior del niño que debe regir las decisiones que los atañen, corresponde exhortar a ambas partes, a fin de que obren con mesura en el ejercicio de sus derechos y, en particular, a que cooperen estrechamente en la búsqueda de una solución amistosa que no se oriente en la satisfacción del interés subjetivo de cada uno sino en el respeto del bienestar y la integridad de su

¹⁹ Tribunal de Familia de Formosa, Sala B, Defensoría de Pobres y Ausentes Nro 1 s/restitución internacional de menor, Expte. 1627/2020, 3 de noviembre de 2020.

²⁰ CSJN en B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo, 19 de mayo de 2010.

²¹ CSJN, V. M. c. S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños, 22 de octubre de 2020. Argentina fue el Estado requerido y Francia el requirente. La madre interpuso un recurso de queja tras el rechazo del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de Cámara que revocó el fallo de primera instancia y ordenó la restitución. La niña había permanecido aproximadamente un mes en la Ciudad de Burdeos a los cinco meses de vida. La Corte entendió que esta circunstancia no era suficiente para atribuirle estabilidad y permanencia a sus vínculos, con lo cual la residencia habitual en Argentina no se había visto modificada por el viaje, además de que no había habido una decisión consensuada para abandonar la residencia que la familia tenía hasta entonces en Argentina y adquirir una nueva en el país extranjero. El trámite de la visa francesa temporaria para la madre y el subsidio básico familiar otorgado por el Estado francés no implicaban, por sí solos, un cambio de residencia. En el mismo sentido se expresó en P. S., M. c/ S. M., M. V. s/ restitución internacional de menores de edad – expte. n° 9193105, 24 de mayo de 2022, considerando 18.

hija menor, así como también de la relación parental —permanente y continua— con ambos progenitores, que no puede verse lesionada por decisión unilateral de uno de ellos”.

Es cierto que el ISN debe “determinarse caso por caso”, con lo cual es un concepto que varía. El juez o la autoridad administrativa involucrada debe evaluarlo y determinarlo en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto²². Así, el juez más apropiado para este cometido es, en efecto, el de la residencia habitual del niño, que es el que más información relevante puede recabar.

Tal como han expresado la Profesora Rubaja y el Doctor Goicoechea (2015):

“El núcleo del Convenio es el convencimiento de que los Estados parte conforman, más allá de sus diferencias, una única comunidad jurídica, donde se debe respetar la competencia (y decisiones) de las autoridades de la residencia habitual en cuestiones de tenencia y de visitas, requiriéndose la cooperación de las autoridades de refugio para evitar las sustracciones de niños, proteger a éstos de sus efectos nocivos, y asegurar la armonía de las decisiones en el marco de la comunidad jurídica global”²³.

Sin perjuicio de lo que antecede, y tal como ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el ISN debe ser analizado a la luz de las excepciones del Convenio²⁴. Por ejemplo, en un caso que tuvo a los Estados Unidos de América como Estado requirente y a Costa Rica como Estado requerido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense estableció que el art. 20 del Convenio de La Haya de 1980 (excepción referida a los derechos humanos, tal como se explica en el acápite siguiente) engloba al ISN. En el caso concreto, si bien el traslado había sido ilícito, considerando que el padre consumía drogas y había empujado a la madre cuando ésta sostenía a su bebé de siete meses

²² Ídem nota al pie 16, sección IV.A.3, párr. 32.

²³ Así lo dispone la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños (herramienta de soft law excepto para aquellos países que la hayan adoptado en su derecho interno) en su art. 2. Disponible en: https://assets.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf. Redactada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño.

²⁴ TEDH, X c. Letonia, 26 de octubre de 2013, párr. 101. Esto fue receptado, asimismo, a modo de ejemplo, en G. L. S. L. C/ C. V. L. J. RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, Juzgado de Primera Instancia de Libertad de 2do turno, 8 de junio de 2020. La jueza explicó que el interés superior del niño consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En ese sentido, consideró que, en el caso en concreto, el interés superior de las niñas había sido contemplado al evitar el regreso a un ámbito de abuso sexual, psicológico y emocional y rechazó la restitución en base a la excepción de grave riesgo.

en brazos, se entendió que esta noción exige que en la interpretación jurídica y la resolución de controversias en que haya niños de por medio prime lo que mejor convenga al desarrollo de la persona menor de edad y que su bienestar prevalezca frente a otros derechos (mirada infantil céntrica). Así, despegar a la niña de su madre podría afectar su desarrollo de manera integral (el juzgado de primera instancia había dispuesto, al ordenar la restitución, que la niña podría ser acompañada por su madre y, en caso de no ser posible, por un funcionario de la Autoridad Central de los Estados Unidos que la acompañase). La restitución fue denegada porque se consideró que no era compatible con los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ya que la niña podría verse sometida a situaciones de violencia doméstica y expuesta a ambientes en donde se consumieran drogas, además de que no era conveniente separarla de su residencia junto a su madre en Costa Rica puesto que allí esta última tenía redes de apoyo y sustento de relaciones afectivas que le permitían desarrollarse satisfactoriamente en el ejercicio de su rol²⁵.

V. Excepciones al Convenio. Grave Riesgo (art. 13(1)(b))

Si bien el interés superior del niño consiste, *prima facie*, en ser prontamente restituido al lugar de la residencia habitual cuando es trasladado o retenido ilícitamente para que el juez natural competente de ese lugar que tiene más conexiones con su vida y por ende está en mejores condiciones para determinar el fondo de la custodia así lo haga (evitando que el sustractor se beneficie de una situación ilegítima que ha creado mediante el *forum shopping*), a veces, su interés superior no se ve protegido con este obrar, y es entonces cuando aplican las excepciones del Convenio.

Las excepciones no operan de forma automática. Deben plantearse y probarse. Tampoco son de otorgamiento obligatorio en caso de ser demostrada su procedencia, sino que el tribunal interviniente goza de discrecionalidad para concederlas.

²⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, T. A. C. y E. K. A. C/ Dirección General de Migración, Extranjería y Otros S/ Habeas Corpus, 13 de septiembre de 2011.

Dichas excepciones consisten en el paso del tiempo (límite impuesto por el artículo 12: cuando la solicitud de restitución se realizó transcurrido un año o más desde la sustracción, si se demuestra que el niño quedó integrado en su nuevo ambiente, puede rechazarse la restitución), las condiciones de aplicación del Convenio (artículo 13(1)(a): cuando no hay un ejercicio efectivo del derecho de custodia o hay una aceptación anterior o posterior al traslado o la retención), la existencia de un "grave riesgo" (artículo 13(1)(b): grave riesgo de una exposición a daño físico, psicológico, emocional o a una situación intolerable), una objeción férrea a la restitución por parte del niño cuando tiene edad y madurez suficiente para que dicha oposición sea refrendada, además de que no debe haber un discurso adultizado ni influenciado por el sustractor (art. 13, anteúltimo párr.), así como el respeto a los principios fundamentales del Estado que exigen la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (artículo 20)²⁶.

Ahora bien, las excepciones son de interpretación restrictiva, ya que la regla general es la restitución inmediata del niño, y no se debe hacer una evaluación exhaustiva del ISN. No obstante ello, el Convenio prevé excepciones reconociendo que si bien en principio la restitución inmediata promueve el ISN, en algunos casos ello no es así, y su integridad y bienestar se ven protegidos al denegar la restitución.

La excepción relevante para este trabajo es aquella consagrada en el art. 13(1)(b). En ese sentido, la Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya²⁷, instrumento

²⁶ Por ejemplo, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, Re S., Auto de 21 abril de 1997. Los padres estaban divorciados y tenían derechos de custodia compartidos. A la fecha de la sustracción ilícita, la niña era bebé y había vivido desde su nacimiento en Israel. El padre solicitó la restitución a la Autoridad Central de España a través de su par israelí. Unos días después de la presentación de dicha solicitud, un tribunal rabínico le otorgó al padre la custodia de la niña en virtud de las acciones de la madre, tras una solicitud del padre de que se la declare "moredet", es decir, "esposa rebelde" conforme a la ley religiosa judía. En primera instancia, se sostuvo que la restitución sería contraria a los principios básicos de la ley española referidos a los derechos humanos y las libertades básicas, conforme al Art. 20. Infirió que el hecho de que el tribunal rabínico le otorgase la custodia exclusiva al padre, aunque fuese en forma provisoria, significaba que la niña sería sustraída a su madre para castigarla a esta última por su "rebelión". Además, su calidad de Moredet empeoraba su situación no solo respecto de su rol materno sino también dentro de la comunidad israelí en general y operaba como negación de sus derechos. Se denegó la restitución. [Información extraída del sumario. No es una opinión propia ya que desconozco totalmente el derecho religioso judío y el instituto en particular].

Asimismo, en el marco de este artículo se entiende que cuando se concede asilo o hay un pedido de asilo pendiente o una apelación de la denegación, se puede rechazar el pedido de restitución en virtud del art. 20 del Convenio, Tribunal de Primera Instancia de Inglaterra y Gales (Sala de Familia) (*High Court*), FE v YE [2017] EWHC 2165 (Fam), 25 de agosto de 2017.

²⁷ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2021). Guía de Buenas Prácticas, Parte VI, artículo 13(1)(b).

de *soft law*, receta que esta excepción comprende tres tipos de grave riesgo: de exposición a un daño físico, psíquico o de una situación intolerable. La Guía explicita que estos tipos, si bien son autónomos, suelen invocarse en conjunto y que los tribunales no suelen distinguirlos con claridad. Agrega que, si bien la letra del Convenio establece que el riesgo de daño debe afectar al niño, el daño físico o psíquico a la madre, podría en ciertas circunstancias excepcionales, exponer al niño al mismo daño o a una situación intolerable, con lo cual no se exige que este último sea la víctima directa en situaciones, en lo pertinente, de violencia doméstica. Debe abonarse prueba suficiente de que como consecuencia de dicha situación el niño se ve expuesto a un grave riesgo de sufrir alguno de los tres tipos mencionados (Rubaja y Gortari Wirz, 2020, pp. 26 y 31).

Según la Guía, los tribunales realizan un análisis paso a paso a fin de acreditar la existencia de un grave riesgo en caso de restituir (a esto se lo denomina análisis prospectivo, ya que se basa en la probabilidad de riesgo futuro y no necesaria o exclusivamente en las circunstancias anteriores que contribuyen a acreditar la existencia de esa probabilidad).

Primero, los hechos alegados deben tener suficiente nivel de detalle y contundencia. Algunos tribunales primero consideran si hay medidas que puedan adoptarse a fines de neutralizar ese riesgo y proteger al niño para restituir de todas maneras. Luego, se analiza si pese a tener en cuenta las medidas eficaces que podrían adoptarse en el Estado de residencia habitual, el sustractor ha convencido al tribunal de la existencia del grave riesgo en caso de restitución y, en ese caso, el tribunal no se encuentra obligado a ordenarla, aunque tampoco está obligado a rechazarla, al menos en términos convencionales.

Tal como señaló el Comité de los Derechos del Niño, la exposición a situaciones de violencia doméstica recae dentro del concepto de “perjuicio o abuso... mental” que utiliza el art. 19 de la CDN (Rubaja y Gortari Wirz, 2020).²⁸

Los tribunales no están obligados a restituir cuando “existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier

²⁸ CSJN, ‘V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños’, “Revista Debates Sobre Derechos Humanos”, UNPAZ (5) (2021), págs. 51-69.

otra manera lo ponga al niño en una situación intolerable”²⁹. No obstante, la mera invocación de la causal no alcanza, ya que deben “delimitarse los argumentos que por su trascendencia hagan inviable el pedido de restitución de aquellos argumentos propios del juicio de tenencia que solo podrán ser merituados por el juez del lugar de residencia habitual del menor” (Scotti, 2014).

VI. Incidencia de la violencia doméstica en casos de sustracción internacional

Entiendo que de los ejemplos mencionados respecto de las situaciones a las que puede verse expuesto un niño que sufre de violencia doméstica o cuya madre sufre de violencia de género, es dable inferir que la violencia doméstica es de índole gravísima y que incluso la exposición indirecta resulta constitutiva de daño. Si bien no existe una presunción automática o de puro derecho en casos de violencia doméstica dado que las pruebas que se producen son específicas de cada caso en particular, la exposición del niño a la violencia doméstica entre sus padres se reconoce cada vez más como constitutiva de daño para este último.

Por consiguiente, en casos de sustracción internacional, los jueces que dirimen la cuestión de la restitución (al igual que los jueces que deciden en materia de custodia en los respectivos Estados de residencia habitual de los niños) deben tener especial cuidado al momento de evaluar la concurrencia de circunstancias configurativas de la excepción de grave riesgo y, en el caso de existir una alegación de violencia doméstica o de género, deben valorar pruebas específicas, tales como información de acciones judiciales pendientes contra el padre privado del niño, informes policiales, registros de consulados o embajadas, informes de refugios para víctimas de violencia doméstica y certificados médicos relativos a incidentes ocurridos. Los correos electrónicos u otro tipo de correspondencia, los mensajes de texto o de Whatsapp, las llamadas, las grabaciones de voz y de vídeo también pueden resultar particularmente útiles. Los magistrados, *ex abundanti cautela*, pueden evaluar la conveniencia de entablar comunicaciones judiciales directas para

²⁹ Art. 13(1)(b), Convenio de La Haya de 1980.

verificar, por ejemplo, si un tribunal extranjero constató la existencia de violencia doméstica, o si se dictaron órdenes o se dispusieron medidas de protección (que se explican más abajo) y si hubo acciones judiciales como consecuencia de violaciones a tales órdenes. Los jueces deben tener especial resguardo del control coercitivo por el cual el progenitor sustractor (o, en términos más realistas, la progenitora sustractora) que sufrió violencia puede sufrir intimidaciones o ser reintroducida a la fuerza en la órbita del progenitor privado del niño tras el retorno. Suponer que, tras el regreso al Estado de residencia habitual, la violencia doméstica no continuará porque los padres pueden vivir o vivirán separados puede resultar riesgoso porque peca de insuficiente, al igual que la adopción de medidas de protección pretendidamente adecuadas, eficaces y susceptibles de ejecución, las cuales resultan de difícil implementación *per se* e incluso si la implementación se lograra, pueden resultar exiguas. Debe tenerse en cuenta que la violencia no siempre termina con la separación física del padre agresor y la madre víctima. De hecho, apenas una víctima logra salir de una situación muy violenta, aumenta su riesgo de sufrir daños graves o letales a manos del agresor, con lo cual aumenta el riesgo para los niños también.

No se deben olvidar los efectos psicosociales que acarrea la violencia doméstica. Haberla sufrido, en calidad de destinatario directo o indirecto, puede desencadenar, por ejemplo, el trastorno de estrés postraumático (TEPT), lo cual debe ser tenido en cuenta al evaluar el comportamiento de la persona afectada con respecto a la credibilidad de su testimonio y a la existencia o inexistencia de pruebas³⁰. La vulnerabilidad de la víctima se ve acentuada en estos casos por la situación de internacionalidad. Así, es frecuente que una madre se encuentre en un país que no es el de su nacionalidad con un padre violento y no cuente con redes de contención o lazos familiares presentes en el territorio, lo cual agrava su situación de desamparo o indefensión³¹. Si bien corresponde que la autoridad

³⁰ De hecho, la falta de investigación por parte de agentes del Estado de una posible situación de violencia de género constituye un acto discriminatorio y, por ejemplo, los Estados son pasibles de responsabilidad internacional en el sistema interamericano de derechos humanos. Véase Corte IDH, Sentencia Velázquez Paiz y otros vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015, párr. 176. Sobre casos de restitución en donde se alega responsabilidad internacional del Estado por el obrar defectuoso de autoridades judiciales, administrativas y Autoridades Centrales, véase Rubaja, 2012. Nótese que dichos casos no involucran violencia doméstica.

³¹ Tal como se alegara, al amparo del art. 11(b) de la Convención Interamericana sobre Sustracción Internacional de Menores (análogo al 13(1)(b) del CH 1980) en Petrovic Silva Marko c. Savasta Martínez Mariannella Viviana s/restitución internacional de menores, en el marco de la causa inicialmente dirimida por la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de la Pcia. de Córdoba, Argentina, 18 de febrero de 2021, luego resuelta por la CSJN.

competente ante la que tramita el caso evalúe el mérito, la verosimilitud y la seriedad de las alegaciones que se plantean, es improbable que la alegación de violencia doméstica se utilice como táctica dilatoria, en virtud de las excepciones limitadas que prevé el Convenio y de la gravedad que esta noción importa. Efectuar una alegación de violencia doméstica de manera calumniosa, cuando dicha situación no existió, es de una irresponsabilidad muy grave en términos sociales y profesionales en el caso de que haya letrados intervinientes que consientan la mentira, siendo cómplices de ella. Sin descartar que ello pueda ocurrir, no puede trasladarse la mera posibilidad general de que ello ocurra al caso concreto.

En la Guía de Buenas Prácticas sobre la excepción de grave riesgo ya mencionada, se sostiene que las medidas de protección cobran particular relevancia en situaciones donde se plantea la excepción de grave riesgo por maltrato infantil o violencia doméstica. Comprenden servicios, asistencia y apoyo, como:

“(...) acceso a asesoramiento jurídico, asistencia financiera, asistencia para la vivienda, servicios de salud, refugios y otras formas de asistencia o apoyo a las víctimas de violencia doméstica, como así también respuestas de la policía y a través del sistema de justicia penal”³².

Pueden ser implementadas por el Estado de residencia habitual o por el de refugio antes de la restitución. En este último caso, no deben imponerse como norma y deben ser limitadas en el tiempo, para que el Estado de residencia habitual pueda ponerles un fin cuando determine que ya no corresponden, o que corresponden otras. La Guía también reconoce que a veces si bien hay medidas de protección disponibles y accesibles en el Estado de residencia habitual, pueden resultar insuficientes para abordar el grave riesgo de manera efectiva, como por ej. en aquellos casos en que el padre privado del niño ha violado órdenes de protección en reiteradas oportunidades.

Se recomienda su abordaje en una etapa temprana del proceso de restitución, a fin de que las partes puedan ofrecer prueba relevante respecto de la necesidad y ejecutoriedad de esas medidas, además de que ello tiene una consecuencia directa en el otorgamiento de la excepción y la consecuente concesión o denegación de la restitución. Se

³² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, T. A. C. y E. K. A. C/ Dirección General de Migración, Extranjería y Otros S/ Habeas Corpus, 13 de septiembre de 2011. pág. 34.

agrega que en algunas jurisdicciones, en pos de la celeridad, cuando el tribunal está convencido de que existen medidas adecuadas y eficaces disponibles o vigentes en el lugar de la residencia habitual del niño para abordar el grave riesgo alegado, puede ordenar la restitución sin llevar a cabo una evaluación exhaustiva de los hechos alegados. Cabe añadir que la ejecutoriedad o no de dichas medidas se rige por el derecho interno (y una forma de salvar esto es mediante las órdenes espejo). Acertadamente, en la Guía se expone que a menos que los compromisos voluntarios sean ejecutorios en la residencia habitual, deben utilizarse prudencialmente, especialmente en los casos en que se alega violencia doméstica³³.

En este aspecto, entra en juego el Convenio de 1996³⁴ para los Estados contratantes, ya que el Estado de refugio puede adoptar las medidas necesarias para proteger al niño en caso de urgencia, y ellas se reconocerán de pleno derecho en todas las demás Partes Contratantes, además de que serán declaradas ejecutorias a petición de parte con arreglo al procedimiento previsto por la ley del Estado en donde se solicita la ejecución.

El objeto del Convenio de 1996 consiste en mejorar la protección de los niños en situaciones de carácter internacional mediante la adopción de medidas y evitar conflictos entre los sistemas jurídicos en ese sentido. Se encuentran mencionadas en el Convenio de 1980 aunque no como “medidas de protección” sino simplemente “medidas apropiadas que permitan”: localizar al niño, prevenir que sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas (procederán las medidas provisionales), garantizar la restitución voluntaria o facilitar una solución amigable, intercambiar información relativa a la situación social del niño si fuera conveniente, facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio, conceder o facilitar la obtención de asistencia judicial y jurídica. Cabe destacar que Argentina no ha adoptado el Convenio de 1996. No obstante ello, los tribunales pueden adoptar este tipo de medidas, pero su implementación no será automática en virtud del Convenio en cuestión. Personalmente, entiendo que la orden de restitución atenta a la imposición de medidas de protección en

³³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, T. A. C. y E. K. A. C/ Dirección General de Migración, Extranjería y Otros S/ Habeas Corpus, 13 de septiembre de 2011, pág. 35.

³⁴ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 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.

casos donde existió violencia en el marco del art. 13(1)(b) puede profundizar la violencia, la sensación de injusticia y el trauma de las víctimas, poniéndolas sin lugar a dudas en una situación intolerable. Es difícil garantizar la suficiencia de las medidas en estos casos, con lo cual creo que su implementación para no rechazar la restitución debe ser altamente excepcional.

VII. Configuración de una “situación intolerable” para el niño y su madre y valoración del riesgo. Jurisprudencia en la materia y estándares probatorios

Cuando se comprueba que la violencia tuvo lugar, está en manos del juez/a que entiende en la restitución la responsabilidad de evaluar la probabilidad de recurrencia de y de la violación de los compromisos que se puedan llegar a convenir o imponer. Si la violencia existió, entonces muy probablemente se haya configurado una exposición a una situación intolerable para el niño en el pasado, con potencialidad de replicarse prospectivamente (tal como lo requiere el 13(1)(b)).

Es acuciante que se disponga un tratamiento psicológico para el/los niño/s a fin de paliar las consecuencias del trauma y también para la progenitora víctima³⁵, ya que sus habilidades parentales pueden verse disminuidas como efecto del sometimiento a la violencia (lo que se conoce como estado de indefensión aprendida)³⁶, aunque ello, según el mecanismo propuesto por el Convenio de La Haya de 1980, debe ser evaluado por el tribunal competente en el Estado de residencia habitual del niño, que tiene competencia para resolver el fondo de la cuestión del derecho de custodia.

En el caso de que se haya constatado la existencia de violencia doméstica, incluso dirigida exclusivamente a la madre sustractora, debe analizarse cómo ello se traduce en

³⁵ En Argentina, por ejemplo, de conformidad con las exigencias del Art. 7 de la ley 26.485, que al menos proclama garantizar todos los derechos reconocidos en la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

³⁶ Corresponde señalar, asimismo, que opiniones especializadas han constatado la existencia de una conexión frecuente entre el abuso sexual, físico y emocional durante la infancia con la conformación de parejas violentas... Las mujeres que de niñas han sufrido este tipo de agresiones tienen además mayor dificultad para poder cortar los vínculos violentos, con lo cual la exposición a situaciones de extrema vulnerabilidad puede repetirse, ya sea con el progenitor sustraído o con nuevas parejas (Cfr. Walker, 2009 y Schneider, 2010)

un grave riesgo de daño para el niño en el supuesto de que se ordenase la restitución al Estado de residencia habitual. A tal fin, debe contemplarse de qué recursos disponen la víctima sustractora y los niños en el Estado del que se los sustrajo (a modo de ej., si cuentan con un establecimiento disponible para la concertación de visitas vigiladas), en qué medida el agresor responde a las intervenciones terapéuticas, si es que admitió su responsabilidad y solicitó asistencia, en qué medida cumple o cumplió con las resoluciones judiciales que lo involucran y si existen preocupaciones o sospechas en cuanto a su salud mental o al abuso de sustancias de su parte.

Sobre este particular, los tribunales han fallado de distintas maneras. Por ejemplo, en un fallo relativamente reciente, un tribunal superior alemán³⁷ entendió que no se podía inferir un grave riesgo tras la llegada al Estado de residencia habitual en base a un supuesto comportamiento violento en el pasado y observó que se encontraba vigente una orden de restricción para que la madre sustractora pudiera buscar la protección adecuada contra cualquier supuesto comportamiento inadecuado del padre privado del niño. Teniendo en cuenta que el riesgo de la violencia se considera casuísticamente, es fundamental medirlo para determinar en el caso concreto la potencial efectividad o ineffectividad de dichas medidas de protección. En principio, entiendo que es altamente contradictorio e incompatible que un tribunal restituya cuando ha implementado una restricción de acercamiento, más aún si el niño vive con la madre, ya que los “traspasos” son de imposible cumplimiento sin que la víctima y el agresor tengan contacto.

En un fallo plenario de Australia³⁸, se hizo hincapié en el carácter prospectivo del análisis de la excepción de grave riesgo y se determinó que el pasado podía ser un buen indicador de un comportamiento futuro pero que no era determinante. En dicha decisión se subrayó que la disponibilidad de protecciones legales contra los comportamientos violentos e inapropiados excluían la posibilidad de que la restitución expusiera a un niño a una situación intolerable o un daño físico y/o psicológico.

La adopción de medidas de protección (acceso a asistencia jurídica y/o financiera, asistencia para la vivienda, servicios de salud, refugios, etc.) ha servido para rechazar la

³⁷ *Oberlandesgericht München Senat für Familiensachen*, 12 UF 532/16, 6 de julio de 2016.

³⁸ Tribunal de Familia de Australia en Melbourne en Pleno, *H.Z. v. Central Authority*, 7 de junio de 2006.

excepción a la restitución. Los jueces han tendido a considerar que la disposición de ciertas medidas excluye la posibilidad de alcanzar el umbral alto que requiere la excepción de grave riesgo para no ordenar la restitución. No obstante, como veremos, ello puede resultar muy peligroso y dañino en algunos casos.

En Argentina, la Corte Suprema ha entendido, en el caso *E. S. s/ reintegro de hijo*³⁹, que la sola mención de maltrato o violencia, sin ofrecer ningún tipo de prueba, resulta demasiado general para constatar la configuración de un grave riesgo para el niño, en línea con el Tribunal Federal de Apelaciones en materia de Derecho de Familia de Melbourne, Australia, que entendió, en un plenario⁴⁰, que la prueba muy general e inespecífica aducida por la sustractora acerca de episodios significativos de violencia, agresión o maltrato del padre privado del niño contra su persona y contra el niño eran insuficientes para constituir un grave riesgo de que la restitución del niño expusiera al niño a las situaciones exigidas por el artículo 13(1)(b).

Atento a la jurisprudencia, pareciera que los testimonios de que existe o existió una situación de violencia doméstica por sí solos no resultan suficientes para establecer que existe un grave riesgo para el niño y cumplir el estándar de la excepción, cuyo umbral es elevado. Se consideran la naturaleza, frecuencia, intensidad de la violencia y también las circunstancias en las que resulta probable que se manifieste. En *E. S.*, la Corte estimó que considerar configurado el grave riesgo por la negativa de la madre a regresar con el niño implicaría la desactivación automática de todo el mecanismo restitutorio. Ello, según el tribunal, equivaldría a dejar todo el sistema diseñado por la comunidad de naciones a merced de la voluntad unilateral de la parte demandada en el proceso de restitución. La Corte se pronunció en el sentido de que la potencialidad dañosa dependería del sentido traumático o no que la madre le dispensara al retorno. Aquí podemos observar un ejemplo de cómo se pone el foco y la carga de la responsabilidad sobre la mujer (además de la carga probatoria), en contraposición con las obligaciones internacionales del Estado en materia de género⁴¹.

³⁹ CSJN, *E. S. s/ reintegro de hijo*, E. 183. XLVIII, 11 de junio de 2013.

⁴⁰ Tribunal de Familia de Australia en Melbourne en Pleno, *Gsponer v. Johnson*, 23 de diciembre de 1988.

⁴¹ Véanse las siguientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del peso que debe dársele al testimonio único de la víctima como prueba en casos de violencia sexual o de género contra la mujer. Cabe mencionar que estos casos no versan sobre restitución internacional de menores, pero sí

VIII. Casuística y armonización de las disposiciones de los distintos tratados internacionales vinculantes

Las alegaciones de grave riesgo que surgen como consecuencia de la violencia doméstica pueden adoptar diversas formas. La madre sustractora puede alegar que existe un grave riesgo de daño directo para el niño debido al abuso físico, sexual o de otro tipo dirigido contra este último. Otra modalidad puede ser la alegación de que el grave riesgo resulta de la exposición del niño a la violencia doméstica infligida a ella. En algunos casos el grave riesgo para el niño puede estar basado también en el daño que pueda llegar a sufrir la madre sustractora en manos del progenitor privado del niño tras el retorno (con inclusión de la afectación significativa de la capacidad de la madre de cuidar al niño cuando la custodia principal se encuentra a su cargo, aunque en términos estrictos, al amparo del Convenio de La Haya de 1980, esta cuestión le corresponde resolverla al juez del Estado de residencia habitual con competencia en materia de custodia; personalmente creo que este criterio debe flexibilizarse en virtud de la perspectiva de género). En este sentido, un Tribunal de Distrito de los Estados Unidos⁴² (en el ordenamiento jurídico estadounidense, dichos tribunales pertenecen a la justicia federal de primera instancia, no a la ordinaria), halló que los maltratos a la madre sustractora por parte del padre privado del niño, que incluyeron amenazas de muerte, además de otros factores como el consumo excesivo de alcohol del padre y la inhabilidad de las autoridades chipriotas para defender a la madre, además del estrés post traumático crónico que su hija sufrió como consecuencia de la violencia, fueron suficientes para constituir un grave riesgo. Otro caso⁴³ interesante es el que fuera dirimido por el Tribunal Federal de Apelaciones del Onceavo Circuito de dicho país, que concluyó que, si bien una investigación adecuada se enfoca en el riesgo

sientan estándares de valoración probatoria en casos de violencia contra las mujeres en el ámbito interamericano: Rosendo Cantú y otra vs. México, 31 de agosto de 2010, párr. 89; Fernández Ortega y otros vs. México, 30 de agosto de 2010, párr. 100; J. vs. Perú, 27 de noviembre de 2013, párr. 323.

⁴²Tribunal Federal del Distrito Este de Pensilvania de los Estados Unidos de América, *Miltiadous v. Tetervak*, 19 de febrero de 2010.

⁴³Tribunal de Apelaciones del Onceavo Circuito de los Estados Unidos de América, *Baran v. Beaty*, 9 de mayo de 2008.

al que se enfrenta el niño y no el progenitor sustractor, las amenazas suficientemente graves y la violencia dirigida hacia un progenitor también pueden representar un grave riesgo de daño para el niño. Es redundante agregar que en este caso progenitor hace referencia a la madre, al menos a los efectos del presente trabajo.

Dicho esto, considero que los jueces deben realizar una interpretación armónica de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y las del Convenio de La Haya de 1980 con aquellas que corresponden a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y, en el ámbito interamericano, las de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará)⁴⁴. El foco del ISN debe alumbrarse con el plexo de protección de derechos de las mujeres, que son las víctimas inexorables en casi todos los casos de violencia doméstica. No debemos olvidarnos que, detrás de cada niño en los casos de restitución en los que se ha alegado violencia doméstica, hay muy probablemente una madre que sufre, lo cual detenta una relación intrínseca con el bienestar (o más bien su falta) del niño.

XIX. Mediación con fines restitutorios y análisis de su procedencia en casos con antecedentes de violencia

Si bien el Convenio de La Haya de 1980 alienta a la solución amigable de disputas familiares, personalmente coincidido con aquellos que sostienen⁴⁵ que la mediación como medio para resolver una controversia de manera “amistosa” no es efectiva en los casos en que se alega violencia doméstica, ya que la mediación se funda en la cooperación, ese es su pilar, y su éxito depende de que las partes detenten poderes de negociación equiparables, si no los mismos. Si tenemos en cuenta el lugar de la mujer en la sociedad actual, sumado a la posible dinámica de la violencia doméstica, resulta evidente que la mujer tiene amplísimas probabilidades de no encontrarse en pie de igualdad con el progenitor que solicita la restitución del/los niño/s. Las víctimas tienen a menudo dificultades para

⁴⁴ El Prof. Hans Van Loon ha sostenido, en relación a los Convenios elaborados en el ámbito de la HCCH, que “... de hecho, dichas Convenciones se complementan entre sí, al igual que la Convención sobre los Derechos del Niño” (Van Loon, 2017).

⁴⁵ Por ejemplo, Hart, 1990.

abogar por sus propios intereses al enfrentar al maltratador y el acuerdo sería probablemente injusto, además de que necesariamente debe haber un tercero que vele por los intereses de los niños, más allá de las pretensiones de los adultos.

Se postula incluso que el uso de la mediación en estos casos legitimaría la violencia doméstica en lugar de castigar a los maltratadores y es indiscutido que los niños no deben verse expuestos a ningún tipo de violencia, entre ellos, la doméstica.

En contraposición, podría esgrimirse el argumento de que excluir la posibilidad de mediación tiene tintes paternalistas y presume *prima facie* que la alegación de violencia es auténtica. Disiento de ello. Cabe mencionar que, en algunos Estados, como España⁴⁶, el recurso a la mediación en los casos en que hay alegaciones de violencia doméstica se encuentra prohibido, independientemente de si la alegación se comprobó o no. En aquellos en los que la mediación en dichas circunstancias es una posibilidad, algunos mediadores se rehúsan a llevarla adelante y otros consideran que es apta. Si entienden que corresponde, la Autoridad Central o el tribunal competente podrá adoptar medidas a fin de evitar dar a conocer la localización de la supuesta víctima al otro progenitor (supuesto maltratador) o de algún modo asegurarse de que las partes no se reúnan sin compañía.

La excepción de grave riesgo se ha entendido como de interpretación restrictiva y estricta, pero creo que en estos casos su comedido carácter debe ponderarse con la necesidad imperiosa de que no se lastime al niño/a y que estos no sufran las consecuencias de la violencia doméstica si es que ella efectivamente tuvo lugar, en consonancia con la noción del ISN consagrada en el artículo 3 de la CDN. Si se ordena la restitución, debe garantizarse no solo la seguridad sino el bienestar del niño. Debe verificarse que el pedido de restitución no forme parte de una persecución judicial del agresor, quien puede llegar a utilizar a los niños como excusa en su empresa de atacar o humillar a la madre (en este caso, procesalmente)⁴⁷, lo cual no quiere decir que se tomen las declaraciones a la ligera, sino que el prisma por el cual se mira el caso debe ser aquél que resulta más protectorio de los niños, como debería suceder en todos los procesos judiciales en materia de familia. Si bien no debe relegarse el sustento probatorio, no deben utilizarse el principio de preclusión y el impulso procesal de modo tal que se perjudique a la víctima y se la exponga a

⁴⁶ Ley Orgánica 1/2004.

⁴⁷ Véase Miller y Smolter, 2011.

una situación intolerable (tal como sucedió en un caso en el cual se ordenó la restitución porque la víctima no había invocado los maltratos en la contestación del pedido). A modo de salvedad, es cierto que la violencia doméstica no debe confundirse con la disfunción conyugal ni con el divorcio conflictivo, sino que debe entenderse en los términos graves ya expresados.

X. Falta de perspectiva de género y su incidencia en estos casos

Actualmente, la discusión sobre el machismo presente en los tribunales de todo el mundo se encuentra en su punto álgido. Con relación a ello, podemos ejemplificar con decisiones lamentables, tales como la de A. S. c. P. S.⁴⁸, en la que la Corte Suprema de Irlanda aceptó que existían pruebas *prima facie* de abuso sexual por parte del padre y determinó que las niñas no debían ser restituidas bajo su cuidado pero sí a su Estado de residencia habitual. Se determinó que el juez de primera instancia (*trial judge*) se había equivocado al concluir que esto equivalía a un riesgo grave de daño *per se*. El máximo tribunal puso el foco en los compromisos otorgados por el padre (pago de manutención y abandono del hogar familiar) porque entendió que entonces no habría riesgo grave en restituir a las niñas para que viviesen en el hogar del matrimonio bajo el cuidado exclusivo de la madre. Opino que ello fue un grave error ya que la devolución o el acercamiento de niños a su abusador sexual, su padre en este caso, solo puede causarles más daño. Además, el volver a vivir en el hogar en donde muy probablemente los abusos tuvieron lugar puede revivir el trauma y revictimizar a las víctimas, especialmente cuando se trata de niños.

La justicia patriarcal también se evidencia en la sentencia de un Tribunal de Canadá⁴⁹, que sostuvo que si la madre hubiera estado seriamente preocupada por su hijo, no lo habría dejado al cuidado del padre en vacaciones luego de lo que ella afirmaba había sido un incidente grave. En este caso, se responsabiliza a la madre por los actos del padre, y se infiere de su inacción en lo inmediato que no había grave riesgo en restituir al niño. Se desplaza la responsabilidad del padre por sus supuestas acciones a la inacción de la madre frente a estas. La madre alegó que el padre representaba un peligro para los niños,

⁴⁸ Corte Suprema de Irlanda, A.S. v. P.S. (Child Abduction), 26 de marzo de 1998.

⁴⁹ Tribunal Superior de Québec, *Droit de la famille* 2675, N.º 200-04-003138-979, 22 de abril de 1997.

ya que, entre otras cosas, había abusado sexualmente de la hija. Al rechazar la acusación, el Tribunal destacó que la madre anteriormente había estado dispuesta a dejar a los niños al cuidado exclusivo del padre mientras ella viajaba al exterior. La decisión pareciera al menos escandalosa ya que, en lugar de realmente investigar la autenticidad de las alegaciones, el tribunal simplemente las desestimó por una inacción o falta de juicio de la madre. El abandono estatal se hace patente. Entiendo que la gravedad de estos casos amerita un examen exhaustivo de las alegaciones planteadas. Deben avizorarse todas las posibles consecuencias de la restitución y el foco no debe estar puesto en la conducta (correcta o incorrecta) de la madre, sino en la protección de los niños.

En contraste, el Tribunal Federal de Apelaciones para el Primer Circuito de los EE. UU. resolvió que debía tenerse extremo cuidado antes de restituir a un menor cuando existían pruebas contundentes de que había sido víctima de abuso sexual⁵⁰. Asimismo, afirmó muy atinadamente que todo tribunal debería ser particularmente cauteloso acerca del uso de compromisos potencialmente no exigibles para intentar proteger a un niño.

En el caso *Re F. (A Minor) (Abduction: Custody Rights Abroad)*, el niño había presenciado actos de violencia por parte del padre hacia la madre y también había sufrido maltratos él mismo. Más aún, el padre no había refutado estas afirmaciones. Sin embargo, el tribunal destacó que el comportamiento del padre en sí mismo no era suficiente para dar cumplimiento al requisito del artículo 13(1)(b). En cambio, se rechazó la restitución por la reacción del niño ante la posibilidad de ser restituido a Colorado con su padre. Particularmente, antes de ser trasladado, el niño había sufrido de enuresis nocturna, pesadillas y comportamientos agresivos en Estados Unidos. Se optó por hacer hincapié en la oposición del niño en vez de intentar probar el grave riesgo en base a la violencia. Con relación a la oposición del niño al regreso, se ha entendido en la jurisprudencia internacional, que debe evaluarse minuciosamente la opinión del niño a efectos de determinar que esta no haya sido indebidamente influenciada por el progenitor/a sustractor/a sino que sea formada y personal, que sea una opinión propia. No obstante ello, el tribunal supremo de Suiza adopta la postura de que las opiniones de los niños nunca son del todo independientes y que, por consiguiente, debe distinguirse una oposición manipulada de

⁵⁰ Tribunal Federal de Apelaciones para el Primer Circuito de los EE. UU, *Danaipour v. McLarey*, 3 de abril de 2002.

una oposición parcialmente autónoma, que puede ser genuina y merece ser tenida en cuenta. Personalmente, quiero destacar que el niño goza del derecho a ser oído y ello no debe perderse de vista, con arreglo al artículo 12 de la CDN. La visión paternalista de que la opinión del niño no resulta formada o está parcializada y por ello debe desestimarse está, con mucho mérito, en desuetudo, sin perjuicio de la detección de discursos “adultizados”.

Se ha entendido también, muy acertadamente, en un caso⁵¹ en el que se determinó que hubo un grado considerable de violencia de parte del padre contra la madre (sobre la base de las declaraciones juradas de testigos y fotografías que mostraban significativas marcas de golpes en la espalda de la madre), que si bien el niño no corría riesgo alguno por parte del padre, teniendo en cuenta su edad, era completamente dependiente de su madre y no podía ser separado de ella. Al no poder regresar la madre por motivos obvios, se denegó la restitución del niño con el fundamento de su dependencia respecto de ella. Se priorizó la integridad de la madre (y, en consecuencia, la del niño) por sobre el interés del padre violento a que el niño regrese a su Estado de residencia habitual. A ello me refiero con la armonización de las Convenciones que amparan a los niños con aquellas que velan por los derechos de la mujer. Es interesante que en dicho caso se ordenó que una copia de la decisión fuera enviada a la Autoridad Central de Sudáfrica (el Estado de residencia habitual) junto con una nota explicativa, señalando que se trataba de una decisión inusual, no representativa del enfoque adoptado por Inglaterra (el Estado de refugio) respecto del Convenio de La Haya de 1980. Se torna evidente que los jueces y los funcionarios de las autoridades centrales son muy cautelosos con respecto a la inclusión de los derechos de la madre en la ponderación de un caso de restitución. Quizás los tiempos actuales demanden demostraciones de valentía más frecuentes.

Por último, para ilustrar la gravedad de la violencia doméstica y cómo las alegaciones al respecto deben ser consideradas con la máxima seriedad, en todos los procesos judiciales o administrativos y, específicamente, en los casos de restitución internacional,

⁵¹ Sala Civil del Tribunal Federal de Apelaciones británico, *Re M. (Abduction: Leave to Appeal)*, 30 de marzo de 1999.

cabe mencionar un caso⁵² en el que el tribunal, si bien reconoció la existencia de problemas, discusiones y peleas en la relación, entendió que las confrontaciones eran iniciadas por ambas partes y, por ende, ordenó la restitución de los dos hijos al padre, porque era buen padre con ellos y había asumido ciertos compromisos ante el tribunal, lo cual supuestamente excluía el grave riesgo. Sin embargo, tras la restitución de los niños a los Estados Unidos, el padre no cumplió los compromisos, y, tras la puesta en marcha del procedimiento de divorcio, en el que luego se atribuyera la custodia provisional de los niños a la madre, la situación se agravó. En lugar de devolver los niños a su madre, el padre desapareció con ellos y, cuando un miembro de las fuerzas de seguridad intentó retirárselos, el padre disparó y mató a su hijo de diez años e hirió gravemente a su hija de doce. Ello podría haberse evitado si el tribunal hubiera realizado un examen exhaustivo de la gravedad de la violencia del padre.

Otro caso de restitución con resultados funestos que resultó en la trágica muerte de una madre que se encargaba del cuidado principal de sus hijos es el de Cassandra Hasanovic⁵³. El tribunal australiano que entendió en el proceso ordenó la restitución de los niños sustraídos a Inglaterra, desestimando la excepción de grave riesgo opuesta por la madre en ocasión de la violencia ejercida sobre ella por el padre con la excusa de la imposición de “medidas de regreso seguro”, en donde el tribunal “se negó a presumir que las autoridades británicas serían incapaces de proteger a la madre tras su retorno”. La madre había huido con sus dos hijos menores a Australia luego de años de abuso doméstico, una medida de protección contra agresiones similar a la conocida restricción perimetral y prohibición de contacto/acercamiento (*non-molestation order*) que fue incumplida más de una vez, además de una agresión sexual a manos del padre de los niños tras la separación de la pareja. Para hacer valer la excepción contemplada en el artículo 13(1)(b), la madre denunció múltiples instancias de agresión física y varias amenazas de muerte proferidas por el padre contra su persona. El tribunal reconoció la violencia del padre, pero señaló que la madre tenía acceso a varias medidas de protección tras su regreso y que podía recurrir

⁵² Tribunal Superior de Quebec, *Vera Vucerakovich c. Pedrag Perisic*, 26 de octubre de 2010. Véase, asimismo, el Informe de la CIDH respecto del caso “*Maria da Penha Fernandez Maia vs. Brasil*”, 16 de abril de 2001.

⁵³ Tribunal Federal de Familia de Sídney, Australia, *Department of Community Services v. Hadzic*, FamCA 1703, 4 de noviembre de 2007.

a las autoridades inglesas para que la asistieran. El tribunal también impuso compromisos y condiciones, entre ellos, prohibió al padre acercarse o contactar a la madre. Tras su regreso con los niños (ordenado por el Tribunal), el padre violó los compromisos y la medida cautelar, lo cual motivó la intervención de la policía y la instalación de una alarma de pánico en el hogar familiar. En julio de 2008, el padre fue condenado por la agresión sexual y corría el riesgo de ser expulsado del territorio. El 29 de julio de 2008, la madre solicitó que un policía la acompañara a un refugio de mujeres, lo cual le fue denegado, y, cuando iba en camino al refugio por su cuenta, el padre la atacó en su auto y la asesinó a puñaladas frente a sus dos hijos y su madre (la abuela de los niños)⁵⁴.

Con estos ejemplos aberrantes reitero la suma importancia de la consideración y el análisis exhaustivo de las alegaciones de violencia doméstica, en aras de proteger a los niños y evitarles un trauma mayor al que ya hubieren sufrido. Resulta oportuno recordar la importancia de proteger el bienestar físico y la integridad psicológica de los niños en este tipo de casos, poniendo a disposición todas las medidas necesarias (con inclusión de la no restitución) para que no se vean expuestos a la violencia doméstica con todas sus posibles ramificaciones y espeluznantes consecuencias, pudiendo así gozar efectivamente de su derecho al desarrollo y a crecer en un libre de violencia.

XI. Conclusión. Suma gravedad del asunto

La violencia de género y la violencia doméstica tienen consecuencias gravísimas para las mujeres y los niños que la sufren. Es por ello que entiendo que los tribunales del Estado

⁵⁴ Hay una herramienta validada del año 1985, que fue desarrollada por una instructora de enfermería especializada en violencia doméstica, conocida como Danger Assessment (Evaluación del peligro) de la que los jueces y los funcionarios pueden servirse para medir el riesgo de violencia letal de la mujer víctima de violencia de género. Consiste en 20 preguntas, entre ellas, las siguientes: “[...] la gravedad o frecuencia de los episodios de violencia física ha aumentado durante el último año? ¿El agresor tiene un arma? ¿Está desempleado? ¿Alguna vez usó el arma contra usted o la amenazó con usar un arma letal? ¿Amenaza con matarla? ¿Amenaza con hacer daño a sus hijos? ¿Alguna vez intentó ahogarla? ¿Consume drogas? ¿Controla la mayor parte de sus actividades diarias o todas ellas? (le dice de quién puede ser amiga, cuándo puede ver a su familia, cuánto dinero puede gastar o cuándo puede llevarse el auto) ¿Se muestra celoso de manera violenta y constante? ¿Alguna vez amenazó con suicidarse o lo intentó? ¿Cree usted que es capaz de matarla? ¿La sigue o la espía, le deja notas o mensajes de voz amenazadores, destruye sus pertenencias o la llama cuando usted no quiere que la llame?”.

Una respuesta negativa no implica un nivel de riesgo bajo, pero una respuesta afirmativa puede resultar sumamente significativa para determinar un alto riesgo de femicidio.

de refugio que tienen la tarea de dirimir el otorgamiento o el rechazo de la excepción de grave riesgo a fines de rechazar la restitución en el marco de un caso de sustracción o retención ilícita en contextos internacionales deben hacer un análisis minucioso y exhaustivo de la alegación de violencia doméstica, ya que una decisión incorrecta al respecto puede tener resultados fatales, tal como se ha demostrado con los casos reales expuestos.

Bibliografía:

- CAMPBELL, Jacquelyn et al. (2009). "The Danger Assessment: Validation of a Lethality Risk Assessment Instrument for Intimate Partner Femicide". *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 24, N.º 4, pp. 653-74.
- (2017). "The Lethality Screen: The Predictive Value of an Intimate Partner Violence Risk Assessment for Use by First Responders". *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 32, N.º 2, pp. 205-226.
- DI CORLETO, Julieta (2006). "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de mujeres golpeadas". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, N.º 5.
- GOICOECHEA, Ignacio & RUBAJA, Nieve (2015). "Procedimiento de restitución internacional de niños: pautas imprescindibles para la eficiencia del mecanismo convencional". *La Ley*, AR/DOC/2781/2015.
- MILLER, Susan & SMOLTER, Nicole (2011). "Paper Abuse: When All Else Fails, Batterers Use Procedural Stalking". *Violence Against Women* 17 (5), pp. 637-50.
- POLLAK, Robert (2002). "An intergenerational model of domestic violence". *National Bureau of Economic Research*, working papers.
- RUBAJA, Nieve (2012). *Derecho Internacional Privado de la Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- RUBAJA, Nieve & GORTARI WIRZ, Emilia (2020). Violencia de género. Restitución internacional de niños. CSJN. "V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños", 22 de octubre de 2020. *Revista Debates Sobre Derechos Humanos*, (5), pp. 51-69.
- SCHNEIDER, Elisabeth (2010). "La violencia de lo privado". En DI CORLETO, Julieta (comp.), *Justicia, género y violencia*. Buenos Aires: Librería/Red Alas.
- SCHUZ, Rhona (2001). Habitual Residence of children under the Hague Child Abduction Convention - theory and practice. *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 13, p. 1.
- SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, Ángeles (2006). La violencia de género como causa de maltrato infantil. *Cuad. Med. Forense*, n. 43-44, pp. 149-164.
- SIMÓN RUEDA, Cecilia, LÓPEZ TABOADA, José Luis & LINAZA IGLESIAS, José Luis (2000). *Maltrato y desarrollo infantil*. Madrid: Univ. Pontificia de Comillas.

- SCOTTI, Luciana (2014). “El proceso de restitución internacional de menores a la luz de las normas vigentes”. En SCOTTI, Luciana (dir.), *Restitución internacional de menores*, Buenos Aires: Ed. B de F.
- TOLEDO LARREA, Juana de los Ángeles (2015). *Mecanismos del Derecho Internacional Privado en relación con las mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica usuarias de los recursos integrales de acogida y protección*. España: Universidad de Córdoba.
- TOUZA GARMA, Carmen (2005). “La familia y el aprendizaje de los malos tratos”. *Revista de Pedagogía de las Illes Balears, Educació i Cultura*, 18, pp. 215-224.
- VAN LOON, Hans (2017). *Protecting Children across Borders: the Interaction between the CRC and the Hague Children’s Conventions en The United Nations Convention on the Rights of the Child, Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*. Países Bajos: Brill/Nijhoff.
- WALKER, Lenore (2009). *The Battered Woman Syndrome*. Nueva York: Springer Publishing Company, 3ra ed.
- WEBSDALE, Neil (1999). *Understanding Domestic Homicide*. Reino Unido: Northeastern University Press.
- ZORZA, Joan (2000). “The UCCJEA: What Is It and How Does It Affect Battered Women in Child-Custody Disputes?”. *Fordham Urban Law Journal*, 37, pp. 909-935.

Documentos y leyes:

- AUSTRALIA, National Domestic and Family Violence Benchbook.
- DYER, Adair (1977). Questionnaire et Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents, Doc. Prel. 1.
- CIDH, Informe, Maria da Penha Fernandez Maia vs. Brasil, 16 de abril de 2001.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1).
- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, 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.
- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Guía de Buenas Prácticas, Parte VI, artículo 13(1)(b).

- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 y del Convenio de 1996 (2017). Doc. Prel. N.º 3.
- HART, Barbara (1990). *Gentle Jeopardy: The further endangerment of battered women and children in custody mediation*.
- HART, Barbara (1995). *Report of the Violence against Women Research Strategic Planning Workshop*. Estados Unidos de América: Instituto Nacional de Justicia y Departamento de Salud y Servicios Humanos.
- Ley 14.509/12 de la Provincia de Buenos Aires, Argentina.
- Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños.
- Ley Nacional 26.061/2005 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Argentina.
- Ley Nacional 26.485/2009 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, Argentina.
- Ley Orgánica 1/2004, España.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Niño, 28 de marzo de 1996.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de septiembre de 1990.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 3 de septiembre de 1981.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2005). *Estudio multipaís sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer: primer informe sobre los resultados sobre prevalencia, consecuencias para la salud y estrategias de manejo*. Ginebra.
- PÉREZ-VERA, Elisa (1981), "Informe Explicativo del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores". Madrid.

Jurisprudencia:

- 12 UF 532/16, Tribunal Superior de Múnich (Oberlandesgericht München Senat für Familiensachen), 6 de julio de 2016. Referencia INCADAT: HC/E/DE 1405.
- A.S. v. P.S. (Child Abduction), Corte Suprema de Irlanda, 26 de marzo de 1998. Referencia INCADAT: HC/E/IE 389.
- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, Re S., Auto de 21 abril de 1997. Referencia INCADAT: HC/E/ES 244.
- B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19 de mayo de 2010.

- Baran v. Beaty, Tribunal de Apelaciones del Onceavo Circuito de los Estados Unidos de América, 9 de mayo de 2008. Referencia INCADAT: HC/E/US 1142.
- Danaipour v. McLarey, Tribunal Federal de Apelaciones para el Primer Circuito de los EE. UU, 3 de abril de 2002. Referencia INCADAT: HC/E/USf 459.
- Defensoría de Pobres y Ausentes Nro 1 s/restitución internacional de menor, Tribunal de Familia de Formosa, Sala B, Expte. 1627/2020, 3 de noviembre de 2020. Referencia INCADAT: HC/E/AR 1516.
- Department of Community Services v. Hadzic, FamCA 1703, Tribunal Federal de Familia de Sídney, Australia, 4 de noviembre de 2007.
- Droit de la famille 2675, N.º 200-04-003138-979, Tribunal Superior de Quebec, Canadá, 22 de abril de 1997. Referencia INCADAT: HC/E/CA 666.
- E., S. s/ reintegro de hijo, Corte Suprema de Justicia de la Nación, E. 183. XLVIII, 11 de junio de 2013. Referencia INCADAT: HC/E/AR 1305.
- FE v YE [2017] EWHC 2165 (Fam), Tribunal de Primera Instancia de Inglaterra y Gales (Sala de Familia) (High Court), 25 de agosto de 2017. Referencia INCADAT: HC/E/ES 244.
- Fernández Ortega y otros c. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de agosto de 2010.
- G. L. S. L C/ c. V. L. J. Restitución Internacional de Menores, Juzgado de Primera Instancia de Libertad de 2do turno, 8 de junio de 2020. Referencia INCADAT: HC/E/UY 1528.
- Gsponer v. Johnson, Tribunal de Familia de Australia en Melbourne en Pleno, 23 de diciembre de 1988. Referencia INCADAT: HC/E/AU 255.
- H. Z. v. Central Authority, Tribunal de Familia de Australia en Melbourne en Pleno, 7 de junio de 2006. Referencia INCADAT: HC/E/AU 876.
- J. c. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de noviembre de 2013.
- K. K. J. c/ P. C. S. s/ restitución internacional, Suprema Corte de Justicia, Sala Primera de la Provincia de Mendoza, 20 de febrero de 2020. Referencia INCADAT: HC/E/AR 1520.
- Miltiadous v. Tetervak, Tribunal Federal del Distrito Este de Pensilvania de los Estados Unidos de América, 19 de febrero de 2010. Referencia INCADAT: HC/E/US 1144.
- P. S., M. c/ S. M., M. V. s/ restitución internacional de menores de edad, Corte Suprema de Justicia de la Nación, expte. N° 9193105, 24 de mayo de 2022.
- Petrovic Silva Marko c/ Savasta Martínez Marianella Viviana s/ restitución internacional de menores, Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de la Pcia. de Córdoba, Argentina, 18 de febrero de 2021.
- Re L. (Abduction: Future Consent), Tribunal de Primera Instancia de Inglaterra y Gales (Sala de Familia) (High Court), 14 de septiembre de 2007. Referencia INCADAT: HC/E/UKe 993.
- Re M. (Abduction: Leave to Appeal), Sala Civil del Tribunal Federal de Apelaciones británico, 30 de marzo de 1999. Referencia INCADAT: HC/E/UKe 263.

- Rosendo Cantú y otra c. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2010.
- T. A. C. y E. K. A. C/ Dirección General de Migración, Extranjería y Otros S/ Habeas Corpus, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 13 de septiembre de 2011. Referencia INCADAT: HC/E/CR 1304.
- V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de octubre de 2020.
- Velázquez Paiz y otros c. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de noviembre de 2015.
- Vera Vucerkovich c. Pedrag Perisic, Tribunal Superior de Quebec, Canadá, 26 de octubre de 2010.
- Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela. s/ Recurso de hecho, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 1995. Referencia INCADAT: HC/E/AR 362.
- X c. Letonia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de octubre de 2013.