

**03.**

Doctrina

El retardo de Argentina en resolver la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y su relación con la excepción del artículo 13 b del Convenio de La Haya de 1980

**Revista de la Escuela Judicial:** ISSN 2796-874X

**Año:** 02/Nº 3 - Noviembre 2022

**Recibido:** 9/10/2022

**Aprobado:** 14/11/2022

# El retardo de Argentina en resolver la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y su relación con la excepción del artículo 13 inciso b del Convenio de La Haya de 1980

*Argentina's delay in resolving the international return of children and adolescents and its relationship with the exception of art. 13 Inc. b of the 1980 Hague Convention*

**Por Laura Carina Maldonado<sup>1</sup>**

Universidad Nacional de Mar del Plata

**Resumen:** El presente trabajo busca analizar las implicancias que tiene la excepción de peligro grave físico o psíquico que establece el Convenio de La Haya de 1980, en su artículo 13 inciso b, cuando se produce el retardo injustificado en dictar una sentencia de reintegro del niño, niña o adolescente al país requirente. Se aborda el tema desde un análisis del interés superior del niño, niña o adolescente; la importancia de la escucha y opinión de este/a que exige una imperiosa ponderación de la autoridad competente atendiendo a la edad y el grado de madurez. La noción de residencia habitual, con

---

1. Abogada (Universidad Nacional de Mar del Plata). Especialista en Derecho de Familia (Universidad Nacional de Rosario). Diplomada en Derecho Sucesorio (Universidad Católica de La Plata). Maestranda en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (Universidad de Buenos Aires). Egresada de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires en el área de Derecho Privado. Correo electrónico: estudiolauramaldonado@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4823-1329>.

su interpretación del centro de vida, y la excepción de grave riesgo, todo ello en concordancia con la jurisprudencia sistematizada. Y la importancia de evitar un doble desarraigo cuando la demora injustificada de una definición en tiempo oportuno provoca un cambio radical en su nueva estabilidad o *statu quo*.

**Palabras clave:** Interés superior del niño, niña y adolescente – Residencia habitual – Centro de vida – Peligro grave físico o psíquico.

**Abstract:** *The present work seeks to analyze the implications of the exception of serious physical or psychological danger established by the 1980 Hague Convention, in its article 13, paragraph b, when there is unjustified delay in issuing a sentence for the reintegration of the child or adolescent to the requesting country. The topic is approached from an analysis of the best interests of the child or adolescent; the importance of listening to and giving their opinion, which requires an imperative weighting of the competent authority, taking into account the age and degree of maturity. The notion of habitual residence, with its interpretation of the center of life, and the exception of serious risk, all in accordance with systematized jurisprudence. And the importance of avoiding a double uprooting when the unjustified delay of a definition in a timely manner causes a radical change in its new stability or status quo.*

**Keywords:** *Best interest of the child and adolescent – Habitual residence – Center of life – Serious physical or psychological danger.*

## **Cuando se produce el cambio de circunstancias**

Los traslados irregulares de los niños han ido aumentando con el paso del tiempo. Las razones pueden ser variadas: los movimientos migratorios en la búsqueda de un lugar mejor para vivir, en igualdad de oportunidades, con la finalidad de lograr una mejor calidad de vida; la formación de una familia multicultural que requiere emprender un viaje a nuevos lugares; los cambios en los medios de comunicación y el fenómeno de la globalización, que hacen que exista un desplazamiento ilimitado de personas de un Estado a otro.

Ello no debería dar mayores problemas si las relaciones están en total armonía aún después de la ruptura o crisis de la pareja, o inclusive cuando alguno debe emigrar por razones laborales. Pero no siempre es así, y cuando se produce el cambio de circunstancias los niños, niñas y adolescentes se convierten en el botín de guerra de aquellos padres que pretenden “escapar”, tal vez no desde un principio, pero sí cuando se les presenta la idea de no regresar al país de origen, configurando así un traslado o una retención ilícitos del hijo.

Este hecho se traduce posteriormente en un reclamo por parte del otro progenitor, que pretende el reintegro del niño, niña o adolescente a su centro de vida, a sus hábitos, costumbres, relaciones y contacto que tenía con anterioridad al acto desencadenante del reclamo.

Las normas internacionales aparecen como las principales aliadas del sistema de protección a los niños, niñas y adolescentes: el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de

Menores, de La Haya (1980), aprobado en Argentina por la Ley N° 23.857; la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1989), aprobada por intermedio de la Ley N° 25.358; el Convenio 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, de La Haya (1996), aprobado mediante la Ley N° 27.237.

Pero ¿qué sucede cuando, a pesar de las normas, el factor tiempo se interpone y empieza a desnaturalizar el reclamo? La urgencia e inmediatez se ven desdibujadas y no logran el objetivo impuesto de una restitución expeditiva. ¿Se configuraría una excepción del artículo 13 inciso b del Convenio de La Haya de 1980?

Es allí donde deberemos analizar el caso concreto y darle una solución acorde con las normas y principios que rigen nuestra legislación, en concordancia con toda la normativa internacional a la que nuestro país adhirió.

## **Interés superior del niño, niña y adolescente**

Con la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) se produce un giro histórico: el cambio de paradigma donde niños, niñas y adolescentes pasan a ser sujetos de derechos, es decir, titulares de derechos específicos, mereciendo una protec-

ción especial por su condición de vulnerabilidad. Así, en su artículo 3° inciso 1 establece:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que atenderá será el interés superior del niño.<sup>2</sup>

Se lo ha definido como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y en general de sus derechos, que buscan su mayor bienestar (Baeza Concha, 2001, p. 356).

Con la interpretación de este principio se establece como pauta que ante un conflicto de intereses que involucre a niños, niñas o adolescentes y adultos deberá resolverse priorizando el derecho de los primeros.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diversos pronunciamientos,<sup>3</sup> se ha referido al “interés superior”. Ha considerado el *corpus iuris gentium* de los derechos del niño manifestado un claro reconocimiento de estos sujetos como una categoría es-

---

2. En la misma Convención se hace referencia al interés superior en el artículo 9 inciso 1, artículo 18 inciso 1, artículo 20 inciso 1, artículo 21 y artículo 37 inciso c.

3. “Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala”, del 19 de noviembre de 1999; “Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”.

pecial que merece una protección especial del Estado, la familia y la sociedad.

Asimismo, se ha dicho que no basta con afirmar que el niño es sujeto de derechos; importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad.<sup>4</sup>

En nuestro país, el interés superior del niño se encuentra consagrado en la Ley N° 26.061. En su artículo 1 último párrafo dice “sustentados en el principio del interés superior del niño”; el artículo 3 prescribe: “a los efectos de la presente ley se entiende por el interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

Desde el punto de vista de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes se puede decir que con el interés superior se busca proteger a quienes son violentados de su residencia habitual y trasladados o retenidos en forma ilícita a otro Estado.

En el informe explicativo del Convenio de La Haya de 1980, Elisa Pérez-Vera (1981) expresa: “entre la manifestación más objetiva de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona” (p. 6).

---

4. Opinión consultiva OC-17/02, voto del Dr. Trindade, párr. 52, LL, 2003-B-312.

La Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de Niños dispone en su artículo 2:

debe considerarse a los efectos de esta ley, el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el juez del Estado de residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional.

Nuestra Corte Suprema se ha expedido diciendo:

en la jerarquía de valores que sustenta la Convención de La Haya de 1980, el primer lugar lo ocupa el interés superior del niño, que es incluso preeminente frente a los intereses personales y muy dignos de protección del guardador desasido por las vías de hecho.<sup>5</sup>

También ha dicho que

ante la existencia de derechos en pugna de los adultos que se hallan ligados con la persona del niño, es obligación del tribunal

---

5. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 318:1280.

de dar una solución que permita satisfacer las necesidades del menor del mejor modo posible para la formación de su personalidad, lo que obsta justificaciones de tipo dogmáticas o remisiones a fórmulas preestablecidas [...] respecto del “interés superior del niño” [...] ante decisiones judiciales que podrían causarle algún perjuicio.<sup>6</sup>

Siguiendo con ese lineamiento, ha expresado:

Corresponde confirmar la sentencia que ordenó la restitución internacional de un menor a la República de Italia si no se han aducido razones que permitan sostener la omisión de considerar el interés superior del niño de conformidad con los criterios vinculados a su protección en la materia por la Corte Suprema.<sup>7</sup>

El interés superior del niño siempre debe prevalecer.

Teniendo en mira el interés superior del niño –que debe primar en este tipo de procesos– y la rapidez que requiere el trámite iniciado por el padre de las menores a los efectos de que no se frustre la finalidad del convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, corresponde exhortar a los padres de las niñas a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitarle una experiencia aún

---

6. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 333:1376.

7. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 339:1763.

más conflictiva, e igual exhortación corresponde dirigir al tribunal de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para las menores y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.<sup>8</sup>

Como se puede observar, el interés superior del niño, niña o adolescente siempre estará por sobre cualquier interés del adulto, así es que se han establecido pautas a los efectos de garantizar el pleno goce del derecho. El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas publicó la Observación General N° 14 dispuso una lista no determinante pero que sí resulta importante al momento de evaluar el interés superior del niño, por ejemplo: la opinión del niño (art. 12), la identidad del niño (art. 8), la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones (arts. 9, 18 y 20), cuidado, protección y seguridad del niño (art. 3 párr. 2), la situación de vulnerabilidad (arts. 19, 22, 23, 32, 35, etc.), el derecho a la salud (art. 24), el derecho a la educación (arts. 28 y 29). También se podría indicar como perteneciente a esta lista la capacidad progresiva, el derecho a participar en el proceso conforme su edad y grado de madurez, el derecho a un desarrollo pleno.

---

8. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 336:849.

## **Derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta**

En lo que respecta al estándar del “interés superior del niño” en el contexto de las restituciones internacionales, es importante destacar la relevancia del derecho a ser oído.

Entendido como el derecho a manifestar su opinión y a que esta sea tenida en cuenta,<sup>9</sup> este trascendental derecho lo encontramos en el artículo 12.1 de la Convención de los Derechos del Niño.<sup>10</sup> En el marco de la restitución, el juez apreciará la opinión del menor conforme su edad y grado de madurez suficiente, pero no por ello se verá compelido a indagar por la voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores.

El Convenio de La Haya de 1980 juega un papel complementario de la Convención respecto del interés de proteger al menor, pero en lo que hace a la opinión de este, no adhiere a una sumisión irrestricta

---

9. El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 12, de 2009, ha dicho en su párrafo 13 que la misma escucha implica la participación en el juicio: “Esos procesos se denominan habitualmente participación. El ejercicio del derecho del niño o los niños a ser escuchados es un elemento fundamental de esos procesos. El concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños”.

10. “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

respecto de sus dichos,<sup>11</sup> de modo que la voluntad expresada solo resultará relevante cuando exista una verdadera oposición, entendida como repudio irreductible a regresar.<sup>12</sup>

Los convenios en materia de sustracción parental contemplan la posibilidad de la oposición del menor a su restitución cuando este ha alcanzado un cierto grado de madurez y resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.<sup>13</sup>

En el contacto que tenga el juez con los niños, niñas o adolescentes será fundamental el aporte del equipo interdisciplinario por las consideraciones que pueda llegar a tener para interpretar la posición de aquellos, si responde a su verdadero interés o se encuentra viciada su voluntad por la influencia de alguno de sus progenitores.

Nuestra valorada doctrinaria Kemelmajer de Carlucci (1994) ha expresado que “el juez suficientemente capacitado deberá desentrañar cuál es la voluntad real, más allá de lo declarado sobre base de eventuales adoctrinamientos e interferencias (p. 177).

---

11. Tal como lo referimos, se ha dicho: “en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH1980) la ponderación sobre la opinión del menor no pasa por indagar la voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores y el convenio por su singular finalidad, no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado, sino que la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia, sino al reintegro al país de residencia habitual”. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 336:97).

12. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 339:1763, 336:97 y 344:3078.

13. Artículo 13 párrafo 4º del Convenio de La Haya de 1980; Artículo 11 in fine de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Estos extremos son parte de la jurisprudencia reciente.

Que las constancias de la causa dan cuenta de que las niñas fueron adecuadamente oídas durante el proceso de manera directa por los magistrados intervinientes en las diferentes instancias judiciales y también por intermedio de profesionales especializados, sin que de una adecuada ponderación tanto de sus dichos como de las consideraciones efectuadas en las distintas resoluciones e informes emitidos en autos pueda concluirse la existencia de una oposición a retornar con las características exigidas para configurar la citada excepción del art. 13, penúltimo párrafo del CH 1980 (conf. fs. 143; 145/146; 231; 331 y peritaje psicológico del 16 de octubre de 2019 incorporado digitalmente al expediente). Aun cuando en las entrevistas las niñas manifestaron su deseo de permanecer viviendo en la localidad de Bernal, Provincia de Buenos Aires, tales declaraciones no tienen entidad suficiente para sustentar la excepción en cuestión. No ponen de manifiesto una resistencia u oposición irreductible a regresar a España fundada en serios motivos que así lo autoricen, sino solo una simple preferencia respecto de continuar residiendo en el lugar en donde expresan se encuentran integradas y sin poder precisar si desearían vivir con su madre a quien, sin embargo, han manifestado querer verla (confr. fs. 143). Tales argumentos,

apreciados a la luz de los criterios señalados en este pronunciamiento, no bastan para constituir una objeción a la restitución.<sup>14</sup>

En lo relativo a las normas aplicables en nuestro derecho, el Código Civil y Comercial señala en su artículo 26 párrafo 3º: “La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona”. Y el artículo 707 establece:

Las personas mayores de edad con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente. Su opinión debe ser tomada en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

En la Ley N° 26.061, el derecho a ser oído se halla contemplado en el artículo 2:

La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de

---

14. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 344:3078.

esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

En el artículo 3 inciso b:

A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: [...] b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta.

Y en el artículo 24 incisos a y b:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Estando regulada su participación en el artículo 27 incisos c, d y e:

Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos

derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: [...] c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Cabe destacar que en el plano de la Constitución nacional<sup>15</sup> se han incorporado premisas que configuran y garantizan los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Así, las cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad<sup>16</sup> aparecen como integrantes de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de acceso a la justicia, y refieren a aquellas personas que por su condición se encuentran en una situación de desventaja. La participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales es parte de la regla número 78:

---

15. Con la reforma constitucional de 1994 se ha ampliado el valor de la participación como un modo de combatir toda forma de discriminación (art. 75 inc. 23).

16. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, del 4 al 6 de marzo de 2008. "Capítulo I: Preliminar Sección 1ª Finalidad: (1) Las presentes Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial".

En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:

- Se deberán celebrar en una sala adecuada.
- Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
- Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.

Finalmente, podemos decir que se considerará el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta cuando exista una actitud interna auténticamente intransigente dirigida a resistir el regreso.<sup>17</sup>

## **Residencia habitual y centro de vida**

Cuando se configura la sustracción del niño, el interés superior se protege ordenando el retorno a su residencia habitual en forma inmediata y segura, conforme lo establecen los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980.

En este sentido, cabría preguntarnos cómo se asegura el interés superior del niño cuando los trámites judiciales demoran años y este ya se habituó al nuevo centro de vida. ¿Acaso se produce un cambio del centro de vida?

---

17. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 335:1559 y 336:458.

Para dilucidar esta situación debemos empezar por determinar qué se entiende por centro de vida y residencia habitual.

La determinación de la residencia habitual del niño, niña o adolescente resulta de gran importancia. Es la clave para saber cuál es el derecho aplicable (art. 5 inc. 1 y art. 15 inc. 1 del Convenio de La Haya de 1996) y precisar si se ha trasgredido el derecho de custodia de uno de los progenitores con el traslado o la retención ilícita (art. 1 apartado a del Convenio de La Haya de 1980 y artículo 1 de la Convención Interamericana de 1989).

El juez de la residencia habitual será el competente para intervenir en todo lo atinente a la situación del niño, y solo se perderá la jurisdicción si se reúnen las condiciones del artículo 7 inciso 1 del Convenio de La Haya de 1996.

Asimismo, la residencia habitual es un factor indispensable para definir si el niño ha quedado integrado al nuevo medio, conforme lo dispone el Convenio de La Haya de 1996, artículo 5 inciso 2: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual".

Según se ha expresado, no es solo un concepto jurídico sino una noción de hecho con contenido sociológico.

los elementos a tener en cuenta son aquellos hechos que vinculan al menor con un ámbito espacial. No es, por tanto, sólo una noción jurídica, sino con mayor contenido sociológico. Así, el centro de vida será el lugar en donde está la escuela a la que asiste, el lugar de encuentro con amigos, el lugar en donde se encuentran los familiares, esto es, la vinculación del lugar con los seres y cosas que conforman el mundo real y emocional del niño. (Biocca, 2005, p. 24)

Ahora bien, hay autores que sostienen que no existe diferencia entre residencia habitual y centro de vida. En este sentido, Mizrahi (2016) expresa:

se ha marcado que existiría alguna diferencia entre residencia habitual y centro de vida. Para interpretarse de ese modo se acude al art. 3 inc. a, del Convenio de La Haya de 1980. Así en caso de un traslado ilícito, la residencia habitual sería la que tenía el niño antes del desplazamiento, mientras que el centro de vida podría estar ya constituido en otro lugar, concretamente en el Estado de refugio. Empero, nosotros no creemos que se verifique esta distinción, ya que no puede haber residencia habitual sin centro de vida [...] queremos decir que tanto la residencia habitual como el centro de vida siempre permanecen juntos, precisamente porque estamos ante un mismo concepto. (p. 91)

Por otro lado, hay quienes afirman que no se debe confundir centro de vida con residencia habitual porque esta última se refiere al transcurso en que una persona permanece en un lugar determinado. Es decir, la cantidad de tiempo no significa que sea su centro de vida: “Son dos conceptos diferentes uno nos remite al espacio físico y al transcurso de tiempo transcurrido en él, mientras que el otro hace referencia a las construcciones internas que se viven como propios de cada individuo” (Benítez de Ríos Brisco, 2016, p. 79).

Coincido con Goicoechea (2005) cuando expresa que

dependerá de las circunstancias de cada caso si la residencia habitual se genera por la permanencia estable en un lugar por el plazo de una semana, seis meses, uno o dos años. La edad del niño, las circunstancias que lo rodean y las acciones llevadas adelante por los padres serán los elementos que deberían indicarle al juez cual es la residencia habitual del niño en el momento del traslado o retención ilícita. (p. 35)

El establecimiento en una comunidad y el medio ambiente son los que otorgan seguridad y permanencia, por ende, la residencia habitual se construye día a día con las vivencias, los afectos. Ello lleva al niño a formar su propio centro de vida, que con el correr del tiempo se va asentando, otorgando estabilidad a su estilo de vida.

El Convenio de La Haya de 1980 establece en su artículo 4:

El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

El Convenio sobre Protección Internacional de Menores, ratificado por Argentina mediante la Ley N° 22.546, establece que “se entiende por residencia habitual del menor el Estado donde tiene su centro de vida”. Como se podrá observar, el centro de vida está íntimamente relacionado con la residencia habitual.

Así, la Ley N° 26.061, en su artículo 3 inciso f, define: “se entiende por centro de vida el lugar dónde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”. Y, coincidiendo con esta noción, el artículo 716 del Código Civil y Comercial, en su última parte, establece que “es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida”.

En consonancia con ello, tenemos el artículo 2613 del Código Civil y Comercial:

A los fines del derecho internacional privado de la persona humana tiene: a) su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él; b) su residencia habitual,

en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado.

Por su parte, nuestra Corte Suprema ha señalado que la expresión “residencia habitual” hace referencia a “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”.<sup>18</sup>

Sin embargo, hay autores, como Solari (2006), que interpretan que el factor tiempo no tiene su conexión con el centro de vida pues podría darse el caso de que, por más que permaneciera mucho tiempo en un lugar, el niño no se integrase al espacio físico. El verdadero sentido debe asignársele a la integración y no al tiempo.

Con un ejemplo puede verse con más claridad: el caso de un niño de diez años que transcurre seis años en un Estado determinado y los últimos cuatro lejos de ese lugar, perdiendo todo contacto con la residencia originaria. Esta última etapa más breve, el niño adquirió estabilidad y permanencia en un lugar.

No obstante lo dicho, hay que dejar bien en claro que la ilegalidad no puede ser tenida en cuenta. Entonces, si estamos frente a un caso en que un niño fue sustraído de su residencia habitual por uno de sus progenitores, por aplicación de los convenios internacionales

---

18. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 318:1269.

deberá ser restituido. Para ello será necesaria la inmediatez en el requerimiento del denunciante, quien deberá, antes del plazo de un año, iniciar las acciones administrativas o judiciales para obtener la restitución, salvo que haya quedado demostrado que se ha integrado al nuevo medio.<sup>19</sup> Esto último se da ante el retardo del progenitor requirente o su pasividad y cuando la resolución no llega en un tiempo razonable, produciéndose una morosidad judicial.

Como bien se ha señalado:

los textos internacionales tienen como objetivo fundamental proteger a esos menores, no existiendo contradicción alguna entre la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, en tanto ambos instrumentos –cada uno en su esfera– tienden a la protección del “interés superior del niño.”<sup>20</sup>

Cuando nos referimos a la morosidad judicial se entiende que la misma comprende el tiempo que pasa entre el traslado ilegal y la sentencia que ordena la restitución, como así también el que transcurre después de dictado el fallo y hasta el momento en que se concreta el reintegro al país requirente.

---

19. Convenio de La Haya de 1980, artículo 12 párrafos 1 y 2; Convención Interamericana, artículo 14 párrafo 1.

20. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 328:4511.

El Convenio de La Haya de 1980 establece un término de seis semanas para resolver los pedidos de restitución de niños.<sup>21</sup> El Convenio Interamericano de 1989 establece un plazo de sesenta días.<sup>22</sup>

Nuestro país tiene una demora significativa en la resolución de los casos de restitución internacional, trayendo como consecuencia el cambio de la residencia habitual y centro de vida del niño, pues, por aplicación del interés superior del niño, se debe tener en cuenta dónde se ha integrado su vida en forma completa sin que se le produzca daño alguno.

Existen casos paradigmáticos en Argentina en los que la Justicia ha demorado en forma excesiva la restitución del niño a la residencia habitual original. Uno renombrado ha sido el de Dennis Burns y Ana Alianelli: la pareja se casó en 2004 y tuvo dos hijas nacidas en Estados Unidos. En 2010 se divorciaron y se otorgó la custodia al padre. La progenitora vino a Argentina el 9 de septiembre sin tener el consentimiento del padre de las niñas, quien comenzó el proceso de restitución internacional de sus hijas, iniciando las actuaciones el 9 de febrero de 2011. La progenitora se opuso a la restitución y entabló una denuncia de violencia doméstica, alegando que su ex había desbaratado la economía familiar por su adicción al juego, e intentó

---

21. "Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora" (art. 11 párr. 2).

22. "Dentro de los sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente" (art. 12 in fine).

hacer valer la excepción de grave peligro del artículo 13 inciso b del Convenio de La Haya de 1980. Finalmente, luego de pasar por varias instancias, la Corte Suprema desestimó la queja introducida por la demandada y el 28 de octubre de 2014 ordenó la restitución de las menores, estableciendo una serie de medidas que el magistrado de grado debía adoptar a los fines de garantizar el retorno seguro de las niñas.<sup>23</sup> Asimismo, determinó que las razones esgrimidas no eran suficientes para dar por encuadrado dentro de los supuestos de gravedad de tal manera que las menores pudieran sufrir daños por la separación de la madre. Y el 6 de abril de 2015, cinco años más tarde desde el inicio de la restitución, la jueza de Familia de Pilar dispuso hacer efectiva la inmediata restitución de las niñas a Estados Unidos.

Otro caso donde se puede observar el retardo en nuestro país se da en una ejecución de sentencia. María Belén Francesconi llegó a la Argentina con su hijo de tres meses de edad para visitar a su familia, en el año 2008, con el permiso del padre, pero después decidió no regresar. El padre inició la restitución de su hijo y en junio de 2013 la Justicia estadounidense dictó una orden por sustracción internacional del menor. En nuestro país el caso pasó por múltiples recursos, siendo la Corte Suprema la última instancia, que ordenó la restitución del niño el 21 de diciembre de 2010 con sustento en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya. La sentencia se logró ejecutar seis años después, cuando el menor tenía ocho años. La progenitora interpuso una medida

---

23. Causa B. 217 L., "B., D. P. c/ A., A. S. s/ exhortos y oficios".

cautelar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que esta requiriera a la Argentina la adopción de las medidas necesarias para la protección de los derechos del niño, alegando que su hijo se encontraba en una situación de riesgo ante la inminencia de la ejecución de la restitución a los Estados Unidos en circunstancias que podrían afectar de manera irreparable sus derechos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tomó la decisión en base al interés superior del niño y solicitó al Estado argentino que suspendiera el traslado del niño. Dentro de su análisis expresó:

En este sentido, la Comisión ha señalado que “el paso del tiempo se constituye inevitablemente en un elemento definitorio de vínculos afectivos difíciles de revertir sin causar un daño al niño o niña”. En este sentido, la Corte también ha coincidido indicando que el mero transcurso del tiempo es un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora, lo cual “en una eventual decisión sobre los derechos del niño, podrían a su vez erigirse como fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño, principalmente debido a que se incrementa el riesgo de afectar seriamente el balance emocional y psicológico del mismo.”<sup>24</sup>

El niño, al enterarse de la pronta restitución a Estados Unidos, terminó internado con un cuadro agudo por autolesiones, configurándose, a mi modo de ver, un caso de excepción de grave riesgo:

---

24. Resolución N° 26/2017, Medida cautelar N° 356-16.

El *a quo* fue razonables al entender que su facultad para oponerse a la restitución requiere que el niño presente un extremo de perturbación emocional superior al que normal ante deriva de la ruptura de la convivencia de sus padres y que exige una situación delicada que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo convivencial –del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.<sup>25</sup>

## Excepción de grave riesgo

La excepción de grave riesgo del artículo 13 inciso b del Convenio de La Haya de 1980 dispone:

No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: [...] b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una

---

25. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 328:4511.

edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Tiene además su correlato en la Convención Interamericana, artículo 11):

La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: [...]  
b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico.

Esta excepción es una de las más utilizadas para tratar de repeler la restitución de los niños a su lugar de residencia habitual originaria, sin embargo, es una de las más difíciles de comprobar, debido a que no cualquier peligro o malestar justifica el reintegro, puesto que debe ser "grave" e importar consecuencias "físicas o psicológicas" al niño. Como lo dispuso la Corte Suprema:

La configuración del supuesto de excepción previsto en el art. 13 inc. b) del Convenio de La Haya 1980 requiere que el niño presente un grado de perturbación emocional muy superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres; es decir una situación delicada que exceda el na-

tural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente.<sup>26</sup>

Pero también puede suceder que se plantee esta excepción aludiendo a alguna situación de abuso sexual, violencia económica o doméstica.<sup>27</sup> Si bien podríamos pensar que resultaría hartamente suficiente para dar lugar al pedido de desestimación de la restitución, en principio no prosperaría porque son cuestiones que deben ser planteadas y resueltas en la Justicia del Estado requirente. A lo sumo, el juez del Estado requerido podrá otorgar herramientas para asegurar que el niño no corra peligro con su reintegro.<sup>28</sup>

Sin embargo, todo debe ser analizado en forma exhaustiva e individual, caso por caso, porque podrían existir denuncias donde se expusiera la grave situación del niño y el Estado requirente, por

---

26. Fallos 339:1763.

27. "Acierta el juzgador en orden a que la supuesta violencia que habría ejercido el padre de la niña no se encuentra debidamente acreditada en autos, y que los informes periciales sobre los progenitores, su personalidad y su capacidad para asumir el rol de madre o padre, no aportaron datos que permitieran abrir juicio sobre si la restitución podría exponer a la niña a un grave peligro físico o psíquico, máxime cuando el proceso no tiene por objeto dilucidar su aptitud para ejercer la guarda o tenencia de la menor, afirmación que es corroborada por el art. 15 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, que explícitamente dice que la restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda—del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema" (fallos 328:4511).

28. El Código Civil y Comercial expresa: "El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión" (art. 2642 párr. 2).

omisión, negligencia o ineficacia, las desatendiera, exponiéndolo a una grave vulnerabilidad e indefensión.

En estos casos, según Larghi (2016):

solo son significativas si son acompañadas de prueba que muestre que no pueden ser controladas por las instituciones del país de residencia habitual. Dicho de otra manera, cuando se invoque –y pruebe– una de tales circunstancias, la misma se erigirá como impedimento de la restitución si se constata que el país del que se alejó al menor no existe instituciones y procedimientos que prevengan la ocurrencia de tales extremos. (p. 142)

Estos serían casos en los que prevaleció la urgencia e inmediatez en la resolución, cumpliendo con los plazos establecidos por el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana de Restitución Internacional. Pero ¿qué sucede cuando se produce el retardo injustificado en dictar una sentencia de reintegro al país requirente o en el cumplimiento de su ejecución, incumpliendo en forma severa con los compromisos internacionales? ¿Qué ha sido de la vida de ese niño en el transcurso del tiempo? ¿Acaso debemos perturbar nuevamente su *statu quo*, arremetiendo con una restitución tardía?

Es el Estado requerido quien debe aplicar el trámite más rápido para salvaguardar las garantías del debido proceso. Así, se ha dicho que

la ausencia de una decisión y establecimiento de un régimen de visitas ha impedido que el padre e hija se conozcan y que se establezca un vínculo entre ambos, ello en los primeros doce años de vida de la niña, etapa fundamental en su desarrollo consecuentemente, teniendo en cuenta los derechos e intereses en juego, el retraso en las decisiones judiciales genera afectaciones significativas, irreversibles e irremediables a los derechos del señor Fornerón y su hija.<sup>29</sup>

Desde esta perspectiva, debemos decir que la excepción de grave riesgo se configura en estos casos cuando pretendemos ejecutar una sentencia extemporánea, debido a que esta no es independiente de la vida del niño y puede llegar a causar un grave peligro a su salud física y psíquica, pues el paso del tiempo ha hecho que el nuevo ambiente se transformase en permanente

---

29. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Fornerón e hija v. Argentina", Fondo, reparaciones y costas, del 27 de abril de 2012. Disponible en: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf).

y estable, manifestado esta situación su integración con su residencia actual.<sup>30</sup>

Ya lo ha dicho Pérez Vera (1981):

Ahora bien, cuando se ha desplazado a un menor, el factor tiempo adquiere una importancia decisiva. En efecto, los trastornos psicológicos que el menor puede sufrir debido a dicho traslado podrían reproducirse si la resolución relativa a su retorno sólo se dictase al cabo de cierto tiempo. (p. 9)

Este aspecto temporal de marcada relevancia debe ser conjugado con el interés superior del niño, siendo el juez quien juzgue con un criterio restrictivo y con el aporte que realicen los equipos interdisciplinarios (psicólogo, psiquiatra, médico, asistente social) las posibles derivaciones que le podría acarrear a la integridad psicofísica el reintegro después de varios años al lugar de donde fue sustraído ilícitamente, sustrayéndolo una vez más de su actual centro de vida.

---

30. Convenio de La Haya de 1980: "Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor" (art. 12). Convención Interamericana de 1989: "Por excepción el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno" (art. 14).

## Reflexiones finales

Es importante destacar que en todo momento estamos ante un niño, niña o adolescente que, por el accionar ilícito de uno de sus progenitores, ha sido apartado de su residencia habitual y con el transcurso del tiempo el nuevo lugar se ha convertido en el epicentro de su vida.

Esto ha llevado a consolidar situaciones de hecho que no se hubieran dado si la sentencia o su ejecución hubieran ocurrido en un tiempo razonable.

Hay que resguardar el interés superior del niño en pos de garantizar su integridad psicofísica. Esa es una tarea ardua del juez argentino, quien deberá encontrar la mejor solución para evitar el doble desarraigo. Para ello deberá merituar el derecho fundamental de ser oído, con la posibilidad de denegar la restitución cuando exista una oposición férrea y que resulte atendible su opinión en razón de su edad y grado de madurez.

No se pretende justificar el retardo judicial con la aplicación de la excepción del artículo 13 inciso b del Convenio de La Haya de 1980, pero hay que mirar al niño desde su nueva perspectiva, como sujeto de derechos, dando trascendencia a su capacidad para expresar sus propias opiniones sobre las cuestiones que lo atañen, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, respetando su centro de vida, de los afectos, y teniendo como punto de inflexión su integración al nuevo medio. Y teniendo en cuenta siempre que el principio general es su restitución inmediata al

país de su residencia habitual, siendo de interpretación restrictiva la excepción del artículo 13 inciso b. Excepción que deberá probarse en forma clara y contundente, sin lugar a la ambigüedad ni al simple temor, las sospechas o los miedos. Y además, como una forma más de su rigurosidad, se deberá demostrar la ausencia de procedimientos legales que puedan repeler la circunstancia que hace del regreso una situación peligrosa.

Lo ideal sería que existiera una ley de procedimientos que otorgue precisión y rapidez a la restitución internacional del niño, niña o adolescente, para facilitar la pronta composición de la situación, evitando que el retardo de las decisiones o su ejecución provoquen mayores daños en sus afectados directos, los menores.

## Bibliografía

- BAEZA CONCHA, G. (2001).** “El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 2.
- BENÍTEZ DE RÍOS BRISCO, M. B. (2016).** “Residencia habitual”. En: TAGLE DE FERREYRA, G. (dir.), *Restitución internacional de menores. Doctrina de los jueces de la red nacional y rol de las autoridades centrales. Visión práctica*. Córdoba: Advocatus.
- BIOCCA, S. M. (2005).** “Interés superior del niño”. EN: *RDF*, N° 30.
- GOICOECHEA, I. (2005).** “Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores”. En: *RDF*, N° 30.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1994).** “El derecho constitucional del menor a ser oído”. En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7.
- LARGHI, A. (2016).** “Las excepciones a la restitución”. En: TAGLE DE FERREYRA, G. (dir.), *Restitución internacional de menores. Doctrina de los jueces de la red nacional y rol de las autoridades centrales. Visión práctica*. Córdoba: Advocatus.
- MIZRAHI, M. L. (2016).** *Restitución internacional de niños. Régimen de comunicación transfronterizo*. Buenos Aires: Astrea.
- PENNISEIANTORNO, M. S. & M. V. PANATTI (2017).** *Procesos de restitución internacional de niños, Interés superior del niño en la cooperación internacional*. Buenos Aires: Hammurabi.
- PÉREZ VERA, E. (1981).** “Informe Explicativo. Importancia dada al interés del menor”. Recuperado de: [http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez\\_vera\\_elisa\\_informe\\_explicativo\\_del\\_convenio\\_de\\_la\\_haya\\_de\\_1980.pdf](http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explicativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf).

**SOLARI, N. (2006).** “Sustracción internacional de menores. El centro de vida del menor en el contexto del convenio de La Haya”. En: LLC 2006, 793.

**TAGLE DE FERREYRA, G. (dir.) (2016).** *Restitución internacional de menores. Doctrina de los jueces de la red nacional y rol de las autoridades centrales. Visión práctica.* Córdoba: Advocatus.