

GUILLERMO EDUARDO BARRERA BUTELER

Director

EL DERECHO ARGENTINO FRENTE A LA PANDEMIA Y POST-PANDEMIA COVID-19

TOMO II

*Colección de Estudios Críticos
de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de Córdoba*

COORDINADORES:
MAXIMILIANO RAIJMAN
RICARDO DANIEL EREZIÁN

Córdoba
2020

PANDEMIA Y SOLICITUDES DE RETORNO DE MENORES POR TRASLADOS ILÍCITOS EN SUSTRACCIÓN DE NIÑOS: ¿ES LA COVID-19 UNA EXCEPCIÓN DE RIESGO GRAVE?

MYRIAM DIANA LUCERO ¹

Sumario: I. Cuestiones preliminares II. Fuentes convencionales vigentes y la excepción de riesgo grave: a) Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción Internacional de Menores del 25 de octubre de 1980 b) Convención Interamericana sobre restitución internacional de Menores del 15 de Junio de 1989 (CIDIP IV) III. El riesgo grave en la Guía de Buenas Prácticas. Situación en el COVID-19. Los casos. IV. Conclusión.

I. Cuestiones preliminares

Durante el Siglo XX y S. XXI debido a la progresiva internacionalización de las relaciones privadas internacionales la familia se vio afectada por la dispersión de sus miembros con impacto en la vida de los hijos menores. Los traslados ilícitos de éstos por parte de uno de sus progenitores de un país a otro-así como retenciones indebidas fuera de su residencia habitual-han sido uno de los grandes problemas en la comunidad de Estados, derivados de los desplazamientos migratorios internacionales de adultos y de niños.² De este fenómeno los traslados de residencia habitual

¹ Profesora de la Cátedra A de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Blas Pascal

² La migración es una de las cuestiones globales determinantes de principios del siglo XXI. Alrededor de 175 millones de personas, incluidos 10,4 millones de refugiados, residen fuera de su país de origen, o en otras palabras, una de cada 35 personas en el mundo es un migrante. Ver en *La migración en un mundo globalizado*. Documento de Migración de la Octogésima sexta Reunión del Consejo de laww.iom.int/jahia/webdav/shared/shared

de un miembro de la familia a un país diferente de su residencia y con fines de establecerse han sido parte de situaciones cotidianas en el contexto de la familia internacional.

A modo general y en definitiva podemos señalar que el cambio de residencia habitual de un miembro de la familia ha dado lugar así a disparas problemáticas en el círculo familiar de los hijos. Entre ellas, conflictos surgidos de las obligaciones protectorias de quienes ejercen la responsabilidad parental. Por ejemplo, el secuestro parental, el derecho de contacto, la interrupción de derecho de custodia, la percepción de alimentos solo por nombrar algunos. Surge de este modo para el orden jurídico internacional varios derechos que deben armonizarse y respetarse. Es decir, el derecho a la vida familiar de ese hijo con sus padres, la libre circulación del hijo al domicilio del padre no conviviente y el derecho del progenitor que no se desplaza y que pretende mantener la residencia habitual del hijo en el ámbito de su domicilio.

En este marco la sustracción internacional de niños ha sido uno de los temas más conflictivos debido a la transgresión de los derechos de custodia y las modificaciones de residencia habitual por retenciones indebidas. A la vista del incesante aumento ha exigido a los Estados implementar mecanismos convencionales con el propósito de contrarrestar la ilicitud poniendo su acento, no en el traslado como hecho de cambio de residencia, sino cuando se transforma en abusivo o ilícito por decisión de un progenitor. El más difundido es el *Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional* cuerpo que regula mediante un procedimiento especial a través de autoridades centrales este tipo de situaciones jurídicas internacionales. Abarcando en sus preceptos los derechos de la persona que ejerce la guarda como el de progenitor no conviviente que viven en otro Estado frente a la internacionalización de la vida del menor en su familia³ En el orden regional americano se formuló con iguales objetivos la *Convención Interamericana sobre restitución internacional de Menores del 15 de Junio de 1989 (CIDIP IV)*.

³ Convenio aprobado por la República Argentina por Ley 23.857 promulgada el 19 de octubre de 1990. Consta de 45 dedicado en primer lugar a su ámbito de aplicación definiendo los términos de traslado y retención indebida y al cumplimiento del derecho de visita. Destaca el rol de las autoridades Centrales quienes pueden instar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo o con el objeto de conseguir la restitución menor y regular el derecho de visita(Art 6 y 7 del CLH)

Si tales hechos ya resultaban complejos en su abordaje para las autoridades judiciales de los Estados, la pandemia del COVID-19 vino a agregar un desequilibrio mayor por las restricciones ya conocidas, con impacto en el derecho de familia ante la imposibilidad de desplazamientos de padres e hijos y por supuesto en el cumplimiento de aquellos supuestos donde se encontraban solicitudes de retorno o proceso en trámites.

Una de las cuestiones controvertidas y tal vez las más complejas en la aplicación de éstos Convenios, evidenciado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional y comparada ha sido la excepción *de riesgo grave* contenida en los arts 13(1) b) del CLH de 1980 y Art 11 b) de la Convención Interamericana que da pie a la oposición del progenitor para sostener razones de la ilicitud y retención del hijo fuera de su residencia habitual. ¿Puede interpretarse que esta pandemia como un justificativo que encuadre en el concepto de riesgo grave? Sabemos que la actual coyuntura a consecuencia del COVID-19 nos ha enfrentado a un hecho inédito que impacta directamente en las solicitudes de las órdenes de retorno en los casos de reintegro de niños por secuestros. No solo por las restricciones a los traslados por el transporte internacional y cierre de fronteras, sino frente al mayor riesgo de exposición a la salud física y psíquica que provocan estos desplazamientos.

Por último cabe preguntarse, si la aplicación de los Convenios internacionales que rigen en éstos casos operan temporalmente en una situación tan excepcional como la que se vive en todo el universo por la COVID-19. En este sentido es de señalar la apreciación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha destacado ante la emergencia que “ los Estados van a poder acudir a la vía prevista en el artículo 15 CEDH, titulado “Derogación en caso de excepción”, en aquellos supuestos en los que entiendan que las medidas que van a tener que aprobar para poder hacer frente a esta pandemia sean tan gravosas que su implementación resulte incompatible con las disposiciones del CEDH (o de alguno de sus protocolos). al decir que: “ Para que esta medida excepcional de derogación pueda ser considerada legítima, requiere que se den unos requisitos de fondo y de forma. Así pues, en primer lugar, nos debemos encontrar ante una situación de guerra o de cualquier otro peligro público que amenace la vida de la nación. Se debe entender por tal, una situación de crisis o de peligro excepcional e inminente que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza para la vida organizada de la comunidad que compone el Estado. Desde luego, la pandemia de la COVID-19 encajaría perfectamente en ese concepto.”⁴

⁴ Ver CLIMENT GALLART Jorge en El Consejo de Europa y la pandemia de la COVID-19 (coronavirus) <https://idibe.org/tribuna/consejo-europa-la-pandemia-la-covid-19-coronavirus>

El objetivo del presente trabajo se centra en plantear el posible debate de la incidencia de la COVID-19 como cuestión de fondo, cuando el padre sustractor o retenedor pretende se declare el argumento de la emergencia para evitar la ejecución de una eventual medida de retorno con base en la excepción de *riesgo grave*. No entraremos en un análisis de los convenios vigentes salvo en el concepto aludido de riesgo grave y con especial referencia al Convenio de La Haya de 1980.

II. Fuentes convencionales vigentes y la excepción de riesgo grave

a) Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción Internacional de Menores del 25 de octubre de 1980⁵

El objetivo primordial de este convenio según su Art 1 destaca: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenido de manera ilícita en cualquier Estado contratante; y b) velar por los derechos de custodia y visita vigente en uno de los

⁵ Con 85 Miembros (84 Estados y la Unión Europea) de todos los continentes, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es una organización intergubernamental de carácter mundial. La Conferencia, crisol de diversas tradiciones jurídicas, elabora instrumentos jurídicos multilaterales que responden a necesidades mundiales, al tiempo que garantiza su seguimiento. El mandato estatutario de la Conferencia consiste en trabajar en pos de la “unificación progresiva” del Derecho Internacional Privado. Ello implica encontrar enfoques reconocidos internacionalmente para cuestiones como la competencia de los tribunales, el Derecho aplicable, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en numerosos ámbitos diferentes, desde el Derecho bancario o comercial hasta el procedimiento civil internacional, y desde la protección de la niñez y de los adultos a las cuestiones matrimoniales y del estatus personal. Con el paso de los años, en cumplimiento de su mandato, la Conferencia se ha ido transformando poco a poco en un centro de cooperación judicial y administrativa internacional en materia de Derecho internacional privado, en particular en los ámbitos de la protección del niño y de la familia, del procedimiento civil y del Derecho comercial. La vocación última de la Organización consiste en trabajar por un mundo en el que, a pesar de las diferencias entre sistemas jurídicos, las personas tanto físicas como jurídicas puedan beneficiarse de un alto nivel de seguridad jurídica. La guía de buenas prácticas para la aplicación de la excepción prevista en el artículo 13 inciso (1)(b) de la convención está disponible solamente en idiomas inglés y francés y se la puede encontrar en esta página: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6740&dtid=3> Si se puede encontrar en español el proyecto de la guía del año 2017: <https://assets.hcch.net/docs/13a63e16-fdf4-488b-9368-123c96cdc67.pdf> Se pueden consultar los Estados ratificantes en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (junio de 2020)

Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes. En este sentido debe entenderse que el convenio, no solo protege las retenciones unilaterales e ilícitas de un menor sino que indirectamente protege las decisiones sobre cuestiones de fondo, relativos a custodia (cuidado personal) o visita(derecho de contacto/comunicacional) como lo ha determinado la autoridad competente de la residencia habitual.

A su vez el Art 13 b) del CLH de 1980 define cuando se debe analizar si de las circunstancias surge que “existe un riesgo grave de que la restitución lo exponga a un peligro físico o psíquico o lo exponga a una situación intolerable”. Así definido el concepto cobra importancia relevante para el Estado requerido que aspectos se tendrán en cuenta para proteger el interés superior del menor.

b) Convención Interamericana sobre restitución internacional de Menores del 15 de Junio de 1989 (CIDIP IV)

Esencialmente esta Convención contiene los mismos objetivos y mecanismos de la Convención de 1980 y rige entre las mismas partes contratantes. Sin embargo se advierte una prioridad en su aplicación a favor de la Convención de 1980 en función de lo establecido en la cláusula de compatibilidad del art 34 de la Convención Interamericana y la posibilidad de que los Estados así lo dispongan mediante acuerdos bilaterales como autoriza en su segundo párrafo del mismo...”Los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980.”

III. El riesgo grave en la Guía de Buenas Prácticas. Situación por el COVID-19. Los casos

En primer lugar recordemos que a esta excepción de riesgo grave se le otorga a la autoridad judicial gran discrecionalidad a la hora de su valoración-siempre atendiendo al interés superior del menor- criterio que permite decidir la no restitución de un niño/a o adolescente retenido ilícitamente cuando le acontezca un daño grave, y siempre que quien lo alega lo pueda probar fehacientemente. El riesgo grave ha sido profusamente invocado por el padre sustractor para evitar el retorno con diferentes argumentos, violencia familiar, supuestos

abusos, negativas del hijo a regresar entre otros. De este modo la lista de factores que debe tener en cuenta la autoridad judicial, apunta en su esencia a considerar si en el caso concreto si el supuesto riesgo grave tiene tal relieve de intolerancia para el hijo que impide ordenar su retorno.

En el Informe Explicativo del Convenio de La Haya ha sido definido genéricamente este concepto como “el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable.”⁶

En la práctica judicial de este concepto se han visto diversos enfoques de análisis del riesgo grave, pero a fin de este trabajo no se hará un examen de las hipótesis conocidas en general, sino únicamente sobre el aspecto procesal y la ejecución o no del pedido de retorno del menor en un caso de sustracción. Contemplamos solo el supuesto del progenitor que puede argumentar la excepción en virtud de la actual vivencia de la comunidad internacional derivada de la pandemia del COVID-19.

La pregunta que nos hacemos, es ¿el argumento de riesgo grave puede ser receptado como una medida de prevención de salud evitando el traslado del menor hacia el destino requerido? ¿estaría justificada la denegatoria del retorno de cara al mantenimiento de las obligaciones previstas en los convenios vigentes? ¿como resguardar el interés superior en el caso de ordenarse el retorno cuando operan las justificaciones y limitaciones conocidas de la COVID-19? En definitiva la situación sanitaria global ¿es razón suficiente para que se aplique la excepción al retorno en base al concepto de “riesgo grave”?

Si bien el concepto de riesgo grave parte de un criterio que implica un grado de subjetividad del juzgador, lo cierto es que, dentro de esta excepción se pueden incluir todos aquellos factores que

⁶ PEREZ VERA Elisa, *Informe Explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* Ap N° 29 Publicado en <https://www.hcch.net> Valoración de ese riesgo encuadra en el contexto del principio del interés superior del menor definido en forma incierta en el mismo Informe al decir que “la parte dispositiva del Convenio no contiene referencia explícita alguna al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos de forma ilícita. No obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan.”

provoquen un peligro moral y físico que resulte intolerable para el menor.¿ Pueden equipararse las razones tradicionales para invocar la excepción con la magnitud del riesgo a salud que ofrece la COVID-19?

Para que se considere como tal cabe recordar que genéricamente el riesgo grave incluye tres presupuestos conforme el CLH de 1980, el peligro físico que afecte su integridad en el plano material; el peligro psíquico o afecciones que afecten de desarrollo a una vida pacífica y la situación intolerable que es un aspecto subjetivo de orden moral que afecte al niño.

En este sentido debemos identificar preliminarmente dos situaciones, desde una perspectiva del procedimiento de restitución por una parte y desde la ejecución de órdenes de retorno una vez concluído el proceso por otra parte. En el primer caso entendemos que como caso urgente nada obsta a la tramitación de un pedido de retorno, en cumplimiento del Convenio salvo claro está, sin ignorar las dificultades existentes en orden a la paralización de las actividades judiciales por la pandemia. Pero en el segundo supuesto, esto es, la ejecución de órdenes ya dictadas por la autoridad requirente resulta innegable que la medida solo puede ejecutarse en función de ajenos factores a esa orden como resulta de las restricciones de desplazamiento y de ingreso a países de destino de la medida. Para ello los mecanismos entre Autoridades centrales garantizan el cumplimiento y el regreso seguro del menor pero su operatividad va a depender de las decisiones políticas que se tomen y que son ajenas al proceso de restitución..

De este modo entendemos que solo en la fase procesal se puede plantear la oposición por *riesgo grave*, es decir al momento de tomar la decisión por la autoridad requerida. En este sentido en la apreciación de esta circunstancia la Guía de Buenas Prácticas del 9 de marzo de 2020,⁷ ha dicho que un fundamento a la oposición de restitución podrá tener en cuenta el riesgo asociado a circunstancias en el Estado

⁷ Guide to Good Practice Child Abduction Convention: Part VI – Article. Ver sobre el tema a Albornoz, María Mercedes. Nueva Guía de buenas prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores. <https://cartasblogatorias.com/tag/convenio-de-la-haya-sobre-aspectos-civiles-de-la-sustraccion-internacional-de-menores/>

Consultar también sobre el Art 13(1)(b) los datos proporcionados por <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6740>

de residencia habitual de orden político, económico o de seguridad con impacto en la situación individual del niño, y en especial el riesgo a salud por la falta de disponibilidad de tratamientos en el país de residencia del niño.⁸ De acuerdo a éstos preceptos la Guía puede servir de referencia para el caso concreto tal como si fuera cualquier otra causa que afecte la salud del niño, pero siempre dirigido a situaciones estrictas y tomando en cuenta la evolución diaria que este flagelo afecta a los países.

Así fue valorado en una sentencia obtenida en la **High Court of Justice de Inglaterra y Gales**⁹ que resolvió el caso de una niña con residencia habitual en España que fue llevada al Reino Unido por su madre-a cargo de la custodia obtenida en un tribunal español-junto a su actual pareja encontrándose embarazada. El progenitor pidió la restitución a España. El Tribunal de Gales como autoridad requirente se preguntó “ si a la falta de jurisprudencia sobre este tema, y para poder responder a la pregunta de si el regreso del niño representaría un riesgo grave, recurre a la interpretación de la Guía de Buenas Prácticas analizando si la epidemia del COVID-19 puede ser un motivo que justifique rechazar el retorno de la menor a España. Por supuesto, no podemos decir que el regreso de un niño durante la pandemia de COVID-19 constituye un grave riesgo en todos los casos de sustracción de menores, pero al menos podemos comenzar a desarrollar las buenas prácticas en este momento sin precedentes, cuando el “cierre” traerá nuevo significado de la noción de “riesgo grave” en virtud de la Convención.” En el caso se ordenó finalmente la restitución a España al considerar el tribunal que la pandemia de la

⁸ El riesgo grave por cuestiones determinantes en el país de residencia habitual del niño ha sido claramente enfocado en el caso *Friederich v. Friederich* en que la corte sostuvo que: “La excepción de riesgo grave no es una licencia para el tribunal del país donde se encuentra el menor sustraído para especular dónde se encontraría más feliz el menor. Esa decisión es una cuestión de custodia reservada al tribunal del Estado de residencia habitual del menor. Sólo puede existir un riesgo grave cuando la restitución coloca al menor en un peligro inminente antes de la resolución de una controversia de custodia, por ejemplo mediante la restitución de un menor a una zona de guerra o de hambruna; o en casos en los que hay abuso o negligencia grave o una dependencia emocional extraordinaria y el tribunal en el lugar de residencia habitual no es capaz o no está dispuesto a darle una adecuada protección al menor. *Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996)-INCADAT

⁹ Ver el caso en Conflict of Laws. Net (-Julio 2020)

COVID-19 no resultaba un grave riesgo en los casos de sustracción de niños .

IV. Conclusiones

La COVID-19 es un riesgo mundial que ha acrecentado las precauciones que deben asumirse en orden a las decisiones en los casos de sustracción de niños en el ámbito de los derechos de parentalidad. Cuando la invocación del riesgo grave por la pandemia como causa de oposición al retorno del niño/a o adolescente que podría padecer el menor surge como perjuicio al cuidado físico y moral, la mirada de las autoridades deberá ser concordante con las pautas establecidas en los objetivos del Convenio de La Haya de 1980 que hará prevalecer en sus resultado las exigencias de la Guía de Buenas Prácticas (Versión 2020) y el principio del interés superior del menor en cada caso en concreto.