

REVISANDO CIERTOS CONCEPTOS VINCULADOS A LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por María Andrea Esparza - Mayo 2025

Al analizar un caso iusprivatista multinacional, entendido como aquel que aparece social o fáctica y normativamente multinacionalizado o que tiene la aptitud suficiente para provocar un conflicto de jurisdicciones¹, debemos tener en cuenta, qué contactos objetivos lo vinculan con más de un Estado. Para ello, debemos tomar en consideración, algunos que pueden resultar relevantes, como el domicilio, la residencia habitual, el lugar donde se encuentran situados los bienes, el lugar donde deba cumplirse una obligación, el lugar donde se celebre un acto jurídico, el lugar donde ocurra un hecho lícito o ilícito, entre otros. Para saber si esos contactos resultan relevantes o no, efectuado el correspondiente encuadre jurídico, deberemos buscar qué fuente normativa resulta aplicable al caso, es decir, en primer lugar indagar sobre la existencia de algún tratado que pueda estar vigente entre los países involucrados y en ausencia del mismo, deberemos recurrir a las normas de derecho internacional privado de fuente nacional, esto es, las emanadas del Código Civil y Comercial de la Nación (Libro VI, Título IV, a partir del art. 2594) o las emanadas de una ley especial.

De las normas de derecho internacional privado (DIPr), podremos advertir qué contacto resulta relevante. Así, si la norma dispone: “Todo lo atinente a la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto...”², debemos entender que el contacto que nos indica que estamos en presencia de un caso iusprivatista multinacional, es que la residencia del niño, niña o adolescente se encuentre en un país distinto al de quienes, por ejemplo, estuvieran reclamando o fueran reclamados por alguna cuestión vinculada a la materia “responsabilidad parental”.

Ahora bien, cuando encontramos este punto de conexión³ puede ocurrir que sea necesario calificar al mismo, es decir, definir el término de acuerdo a un determinado ordenamiento jurídico. Y es aquí donde quiero comenzar con la revisión de este concepto.

¿Qué es la residencia habitual en materia de NNA?

Según el Convenio argentino – uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, vigente en Argentina desde el primero de marzo de 1982 (Ley 22.546): “Se entiende por residencia habitual el lugar donde el menor tiene su centro de vida”⁴

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 318:1269 (24 de Octubre de 2020) y 333-604 (28 de Octubre de 2021), dejó asentado que la expresión “residencia habitual” que utiliza la Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, se refiere a “una situación

¹ UZA, MARÍA ELSA, *Derecho Internacional Privado*, Ed. La Ley, 2016, página 2

² Art. 2639 del CCCN

³ Elemento técnico del que se vale la norma de conflicto para indicar cuál es el derecho al que debemos recurrir para encontrar la solución del caso.

⁴ Art. 3

de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de éste. Es decir, que esta residencia “no depende del domicilio real de sus padres” ni “puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia, en fraude de los derechos del otro progenitor”.

Por su parte el Decreto Reglamentario 415/2006 de la ley 26061 unifica las expresiones “residencia habitual” y “centro de vida” del siguiente modo: “El concepto de ‘centro de vida’ a que refiere el inciso f) del artículo 3º se interpretará de manera armónica con la definición de ‘residencia habitual’ de los niños, niñas y adolescentes contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad”. Esta norma es replicada en la Ley Provincial sobre Promoción y protección Integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes en la norma número 4 inciso f) la cual, al referirse a la determinación del interés superior del niño, consigna que debe respetarse su centro de vida, reivindicando de este modo los principios de continuidad afectiva, espacial y social.⁵

Se encuentra aquí lo que se ha dado en llamar el centro de vida, la residencia habitual o el centro de gravedad de su vida (cf. Fallos: 318: 1269) y ello debe ser adecuadamente respetado (art. 3.f de la ley 26.061). Esta noción de centro de vida constituye una derivación concreta del mejor interés del niño que es utilizada tanto por la legislación local como por la internacional (cf. Fallos: 331:1900). La Corte Suprema ha recordado que, al enunciar el interés superior del menor, el art. 3 inc. f de la ley 26.061 mencionado advierte que debe respetarse el “centro de vida” de aquél, esto es, el lugar donde hubiese transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.⁶

El art. 3 inc. f) de la ley 26061, dispone que: “...Se entiende por centro de vida el lugar donde las niños, niñas y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”.

Hasta aquí, podríamos concluir que la residencia habitual de un niño, niña o adolescente, tiene que ver con el lugar donde se encuentra integrado, donde ha transcurrido la mayor parte de su vida, donde tiene sus amigos, sus afectos. Sin embargo, puede interpretarse que si el NNoA, nació en Argentina, vivió en este país junto a sus progenitores, fue escolarizado, generó su grupo de pertenencia, pero sus progenitores decidieron “probar suerte”, cuando aquél tenía nueve años, trasladándose a otro país, donde al cabo de dos meses se separan y uno de ellos decide regresar con el

⁵ Conforme lo sostenido en la causa “D.L.M c/ D.L s/ Restitución Internacional” expte nro. 2361/14 , Sentencia Nro. 1765 del 18/7/14 cita *on line* AR/JUR/75432/2014.) Expte. N° 21-11023097-1 - “G. A s/ adopción” – TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA N° 7 DE ROSARIO (Santa Fe) – 08/08/2017

⁶ Conforme Fallos: 331:2047; ver C.N.Civ., esta sala, L. 534.012, del 10/3/10). Expte. N° 48.33-15 - “D. C., M. J. c/ F., M. S. s/ liquidación de sociedad conyugal” – CNCIV – SALA G – 12/04/2019

niño, éste ahora ha cambiado de residencia, por el solo hecho de que quienes ejercían la responsabilidad parental, voluntariamente modificaron su domicilio⁷ a otro país. Y ellos es necesario, tenerlo en cuenta porque puede motivar este tipo de interpretación un cambio de jurisdicción y de derecho aplicable.

Veamos qué dice la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE):

En la sentencia del 2 de abril de 2009⁸, el TJUE estableció que: “la mera presencia física del menor en un Estado miembro no puede bastar para determinar la residencia habitual del menor; además de esa presencia física en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que indiquen que esa presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional, pues la residencia del menor debe deducirse de una determinada integración en un entorno social y familiar”. Pero a estas consideraciones, el Tribunal agrega: “la intención de los padres de establecerse con el menor en otro Estado, y que se expresa a través de circunstancias externas, puede ser un indicio a efectos de fijar el lugar de residencia habitual”.

Poco más de un año más tarde, en la sentencia del 22 de diciembre de 2010⁹, en el caso de un niño lactante, donde la determinación de la residencia habitual se torna mucho más compleja, el TJUE reiteró que, para determinar la residencia habitual de un menor, además de la presencia física en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional. Siendo el caso de un lactante, la determinación de los indicios o factores de integración, deben estar sujetos a las circunstancias de la madre, que era quien lo tenía a su cargo.

En la sentencia del 8 de junio de 2017¹⁰, también en un caso que involucraba a un lactante, el Tribunal insistió en que la residencia habitual del menor tiene que ver con el lugar en el que éste tenga cierta integración en un entorno social y familiar, y que, para ello, además de la presencia física del niño en un Estado miembro, se deben tener en cuenta otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional. Como se trataba de un lactante, también para definir el lugar de residencia habitual, el Tribunal mencionó que habrá de tenerse en cuenta, indiciariamente, la intención de los progenitores, sin que esa intención resulte decisiva por sí sola.

⁷ Ver art. 2613 del CCCN

⁸ ECLI:EU:C:2009:225, cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2019), VOL.11, N°2, aportados por el Dr. Adolfo Alonso Carbajal

⁹ ECLI:EU:C:2010:829 cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2019), VOL.11, N°2, aportados por el Dr. Adolfo Alonso Carbajal

¹⁰ ECLI:EU:C:2017:436 cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2019), VOL.11, N°2, aportados por el Dr. Adolfo Alonso Carbajal

A su vez, en la sentencia del 28 de junio de 2018¹¹, el TJUE reitera que además de los factores mencionados anteriormente, la intención de los progenitores no es, decisiva por sí sola, para determinar la residencia habitual.

De todo lo expuesto hasta aquí, puede colegirse que la residencia habitual, requiere sin lugar a dudas, un contacto real del NNoA con un determinado territorio – país-, pero no solo ese contacto es suficiente para definirla, sino que se necesitan otros factores como el tiempo que sea que haya pasado en ese lugar, la nacionalidad, los conocimientos lingüísticos, escolarización, relaciones familiares y sociales y sólo indiciariamente la intención de los progenitores.

Ahora me ocuparé, de un aspecto desconocido para nuestro derecho, ya que es propio del ámbito europeo, pero que por lo novedoso, me pareció interesante compartirlo con el lector.

Mecanismo de Prevalencia o última palabra –UE

En la Unión Europea, se encuentra vigente el Reglamento de Bruselas II, ter¹², que en materia de restitución internacional de menores, coexiste con la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores de 1980, la que funciona como su complemento.

Este Reglamento prevé que, si, por ejemplo, un nacional español contrae matrimonio en España con una nacional alemana, tienen una hija en España, se divorcian en este país y ambos piden la custodia exclusiva de la niña, ante los jueces españoles, conforme la jurisdicción prevista en el Reglamento en análisis, y el tribunal español se la concede al padre con un régimen de visitas o comunicación, a favor de la madre, que ya había informado su intención de regresar a Alemania, la que luego, retiene ilícitamente a su hija, en dicho país, en un viaje que realiza para visitarla, si el padre inicia el pedido de restitución ante las autoridades alemanas, en base al Convenio de La Haya de 1980 y se rechazara, podría presentar una demanda ante las autoridades españolas, para hacer ejecutiva la custodia, ya que la última palabra la tiene el tribunal de la residencia habitual de la niña, anterior a la retención ilícita. De esta manera, se deja sin efecto la sentencia alemana de rechazo de la restitución.

Veamos lo que dispone el art. 29 del Reglamento:

Procedimiento siguiente a la denegación de restitución del menor con arreglo al artículo 13, párrafo primero, letra b), y el artículo 13, párrafo segundo, del Convenio de La Haya de 1980:

¹¹ ECLI:EU:C:2018:513 cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2019), VOL.11, N°2, aportados por el Dr. Adolfo Alonso Carbajal

¹² Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

1. El presente artículo será aplicable cuando una resolución de denegación de restitución de un menor a otro Estado miembro se base únicamente en el artículo 13, párrafo primero, letra b), o el artículo 13, párrafo segundo, del Convenio de La Haya de 1980.

2. El órgano jurisdiccional que dicte la resolución a que se refiere el apartado 1 expedirá de oficio un certificado valiéndose del formulario que figura en el anexo I. El certificado se rellenará y expedirá en la lengua de la resolución. El certificado podrá expedirse también en otra lengua oficial de las instituciones de la Unión Europea solicitada por una de las partes. Esta posibilidad no crea al órgano jurisdiccional que expida el certificado obligación alguna de proporcionar una traducción o transcripción del contenido traducible de los campos de texto libre.

3. Si, en el momento en el que el órgano jurisdiccional dicta una resolución a que se refiere el apartado 1, un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o la retención ilícitos ya conoce del procedimiento para examinar el fondo del derecho de custodia, el órgano jurisdiccional, si tiene conocimiento de dicho procedimiento, transmitirá, en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución contemplada en el apartado 1, al órgano jurisdiccional de ese Estado miembro, directamente o a través de las autoridades centrales, los documentos siguientes:

- a) una copia de la resolución a que se refiere el apartado 1;
- b) el certificado expedido conforme a lo dispuesto en el apartado 2; y
- c) si procede, un acta, una transcripción o un resumen de la vista ante el órgano jurisdiccional y cualquier otro documento que considere pertinente.

4. El órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor residía habitualmente antes del traslado o la retención ilícitos podrá, cuando sea necesario, requerir a una parte que facilite una traducción o una transcripción de la resolución a que se refiere el apartado 1, de conformidad con el artículo 91, así como de cualquier otro documento adjunto al certificado de conformidad con el apartado 3, letra c), del presente artículo.

Ahora bien, si en el mismo caso que ejemplifiqué supra, el nacional español, que se casó en España, con la nacional alemana con la que tuvo una hija en España, se divorcia en dicho país y ninguno pide la custodia de la niña y luego la madre se va a su país de origen dejándola al cuidado del padre, quien permite que viaje a visitar a la madre a Alemania y ésta decide retenerla ilícitamente, y ante el pedido de restitución internacional promovido por el progenitor ante las autoridades alemanas, estas rechazan la demanda, el padre podrá promover una demanda de custodia ante las autoridades españolas, por ser las competentes, dado que la niña tenía en España la residencia habitual antes de ser retenida ilícitamente, en el plazo de tres meses a partir de la notificación de la sentencia alemana. Si las autoridades hacen lugar a la demanda de custodia a favor del padre, éste podrá ejecutarla y la sentencia alemana quedará sin efecto.

Vemos qué disponen los incisos 5 y 6 del art. 29:

5. Si, en los casos distintos de los contemplados en el apartado 3, en un plazo de tres meses a partir de la fecha de la notificación de la resolución a que se refiere el apartado 1, una de las partes presenta el asunto ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor residía habitualmente inmediatamente antes del traslado o la retención ilícitos para que dicho órgano examine el fondo del derecho de custodia, esa parte presentará al órgano jurisdiccional los documentos siguientes: a) una copia de la resolución a que se refiere el apartado 1; b) el certificado expedido conforme a lo dispuesto en el apartado 2; y c) si procede, un acta, una transcripción o un resumen de la vista ante el órgano jurisdiccional que ha denegado la restitución del menor.

6. No obstante una resolución sobre la no restitución a que se refiere el apartado 1, cualquier resolución sobre el fondo del derecho de custodia resultante del procedimiento a que se refieren los apartados 3 y 5 que suponga la restitución del menor será ejecutable en otro Estado miembro de conformidad con el capítulo IV.

En el Capítulo IV, el Reglamento trata el reconocimiento y ejecución de sentencias, eliminando el exequatur en las resoluciones de responsabilidad parental, lo que, en términos económicos permite a los particulares ahorrarse alrededor de 4000 euros y se evita mayor dilación de tiempo, ya que se elimina la obligatoria declaración de ejecutoriedad.¹³

El art. 42 dispone: **Ámbito de aplicación:**

1. La presente sección se aplicará a los siguientes tipos de resolución cuando estas hayan sido certificadas en el Estado miembro de origen conforme al artículo 47:

a) las resoluciones en la medida en que concedan derechos de visita; y
B) LAS RESOLUCIONES DICTADAS CON ARREGLO AL ARTÍCULO 29, APARTADO 6, EN LA MEDIDA EN QUE IMPLIQUEN LA RESTITUCIÓN DEL MENOR.

2. La presente sección no impedirá que una parte demande el reconocimiento y la ejecución de una resolución contemplada en el apartado 1 de conformidad con las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución previstas en la sección 1 del presente capítulo.

Por su parte, el art. 45 establece: **Resoluciones ejecutivas:**

1. Las resoluciones contempladas en el artículo 42, apartado 1, dictadas en un Estado miembro que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro serán ejecutivas, con arreglo a la presente sección, en los demás Estados miembros sin que sea necesaria una declaración de fuerza ejecutiva.

Finalmente, el art. 56 flexibiliza el mecanismo de prevalencia o última palabra, al disponer que:

Suspensión y denegación:

¹³ Art. 34 del Reglamento de Bruselas II Ter

1. La autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución suspenderá de oficio o a instancia de la persona contra la que se inste la ejecución o, cuando así se establezca en la legislación nacional, del menor afectado, el procedimiento de ejecución en caso de que la fuerza ejecutiva de la resolución se suspenda en el Estado miembro de origen.

Esta disposición, permite que no se ejecute provisoriamente la sentencia de custodia si desde el dictado de la misma y el pedido de ejecución, variaron las circunstancias y es dañino para el niño el retorno a su país de residencia habitual. Desaparecida la situación de riesgo para el niño o de perjuicio, se ejecutará sin más.

Este mecanismo, desde la mirada de nuestro ordenamiento jurídico resulta llamativo y difícil de comprender, dado que convierte a la sentencia de restitución en ineficaz, frente a una sentencia de custodia dictada con anterioridad o posterioridad a la misma.

Temas para seguir reflexionando, en una materia tan sensible como la de la niñez y adolescencia.

Fecha de Publicación: Mayo 2025