

## Doctrina

# El fuero laboral en la pospandemia: retos que debe afrontar la administración de justicia



**Julio A. Grisolia**

Juez Nacional del Trabajo. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales. Profesor de grado y posgrado en la UBA, UNTREF, USAL, UCA y UADE. Director de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF), del Doctorado en Derecho del Trabajo (UNTREF) y de las Diplomaturas de IDEIDES y ARTRA. Presidente de ILERA-ARTRA. Director de la Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social de AbeledoPerrot.

**SUMARIO:** I. De donde venimos. La justicia laboral durante la pandemia.— II. La producción de la audiencia testimonial: ¿presencial o remota?— III. La resolución 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (18/2/2021).— IV. El futuro de la justicia: conclusiones del Congreso Mundial del ILTRAS de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (15 a 20 de febrero 2021).— V. En la pospandemia ¿qué justicia queremos?— VI. Reflexiones finales.

### I. De donde venimos. La justicia laboral durante la pandemia

En un trabajo anterior (1) sostenía que, al iniciarse la emergencia en marzo 2020, quienes estaban avanzados y preparados tecnológicamente no tuvieron demasiados inconvenientes y se adaptaron rápidamente porque tenían los medios tecnológicos, la capacitación y la experiencia.

Decía que no fue el caso de la Justicia Nacional del Trabajo, ya que al comenzar la pandemia no contábamos con un entorno tecnológico adecuado; teníamos el expediente en papel, sin firma electrónica, sin trabajar en forma remota, con serios problemas de conectividad y con un sistema de gestión informático que no era el adecuado para la coyuntura.

También sostuve que nuestro gran enemigo en aquel momento fue el sistema lex 100, cuyas limitaciones al comenzar la pandemia salieron más fácilmente a la luz e impidieron desarrollar distintos actos procesales.

Hice referencia a que la pandemia exacerbó problemas estructurales que desde hace tiempo padece la Justicia Nacional del Trabajo, independientes del sistema informático y la tecnología, lo cual se materializa en los atrasos que pesan sobre varios juzgados y un alto promedio de causas en trámite: cerca 5000 expedientes cada juzgado (más de 3000 causas en prueba y 1500 en ejecución): un juicio laboral demora alrededor de 4 años en su tramitación.

Afirmé que no fue lo mismo un juzgado que al iniciarse la emergencia estaba al día en los despachos y sentencias y en el que tramitaban 1500 causas, que otro que tenía importantes atrasos en el agregado de escritos, despachos y dictado de sentencia, y por el que tramitaban 4000 causas.

Dicho esto, lo cierto es que la Justicia Nacional del Trabajo desde marzo de 2020, en el marco de lo posible, desarrolló las tareas que la tecnología permitió y garantizó la prestación del servicio de justicia.

El principal problema fueron las limitaciones de la tecnología y la conectividad y no el factor humano, ya que quedó demostrado en este año que pasó —marzo 2020 a marzo 2021— la voluntad de magistrados, funcionarios y empleados de trabajar y hacer un enorme esfuerzo.

Partiendo de aquella realidad de marzo 2020, a medida que fue pasando el tiempo se produjeron importantes avances. En abril 2020 se incorporó la firma electrónica (CS, Acordada 12/2020) para otorgar validez a los procesos y trámites electrónicos, se comenzó a trabajar remotamente (VPN), y en forma constante se mejoraron e incorporaron nuevas prestaciones al sistema; esto llevó a que en los meses subsiguientes se terminaran abarcaron la mayoría de los actos procesales, produciéndose un notorio avance de los alcances del trabajo remoto en el ámbito del fuero laboral.

Decía que se produjo la llamada “expansión forzada” de la digitalización, el teletrabajo, el trabajo remoto y el *home office*, y que

lo positivo de esta lamentable emergencia fue producir avances en tiempo récord para optimizar los recursos técnicos y lograr que cada vez más actos procesales puedan desarrollarse en forma remota.

En marzo de 2021, un año después —a pesar de las limitaciones del sistema y de la conectividad— la mayoría de los actos se pueden realizar en forma remota; el Lex 100 dejó de ser un enemigo y se fue transformando en un compañero, no todavía en un amigo fiel, pero por lo menos nos hace buena compañía. Todavía falta, pero estamos mucho mejor que hace un año atrás.

Hasta febrero de 2021 el único escollo que existía en la tramitación de las causas era la producción de la prueba testimonial, que generó que los expedientes no avancen en su tramitación y no se pueda dictar sentencias.

### II. La producción de la audiencia testimonial: ¿presencial o remota?

En un trabajo publicado el 05/02/2021 (2) sostuve —y sigo sosteniendo— que en estas particulares circunstancias que nos toca vivir, hay tres premisas que tengo claras:

- 1) sí o sí se deben tomar las audiencias testimoniales para que avancen las causas;
- 2) no se pueden de modo alguno tomar las audiencias testimoniales como se hacía antes, de modo presencial;
- 3) como consecuencia de lo anterior, las audiencias testimoniales se deben tomar en forma remota.

En aquella oportunidad hacía referencia a que, a mi modo de ver, el debate no era si

se debían tomar o no las audiencias testimoniales ni si se debían tomar en forma presencial o no. Porque esos dos interrogantes tenían respuestas claras. Lo que debía discutirse era la mejor forma de tomar las audiencias testimoniales de modo remoto.

Lo prioritario es preservar la salud de los trabajadores judiciales, de los profesionales y de las personas que comparecen como testigos, como asimismo la de sus respectivas familias, y compatibilizarlo con el servicio de justicia, que no puede paralizarse; de allí la importancia de desarrollar las audiencias de modo remoto y poner toda la energía y esfuerzos para encontrar la forma más segura de materializarlo.

Entiendo que solo pueden desarrollarse en forma totalmente remota (testigos, empleados y funcionarios, partes y letrados) con pautas previamente establecidas y comunicadas.

No hay dudas de que la prueba testimonial no puede dejar de producirse, pero tampoco se puede tomar en forma presencial ni de modo “semipresencial”, en el cual el testigo comparece al juzgado, mientras que las partes y letrados participan de la audiencia por “zoom”. Y sostuve que esa postura no soluciona el problema desde el punto de vista práctico porque se terminarían tomando muy pocas audiencias y ese modo presenta más inconvenientes que beneficios.

En situaciones de emergencia también las respuestas deben ser de emergencia. Tampoco es normal usar tapabocas y asistir a todas las restricciones a las que el mundo está viviendo, y nosotros primero con el ASPO y luego con el DISPO.

En ese trabajo expuse los fundamentos de esa postura que no son dogmáticos sino

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)  
(1) GRISOLIA, Julio Armando, “Un cambio de paradigma. La prueba testimonial debe producirse en forma

remota (primera parte)”, Revista IDEIDES Nº 57, febrero 2021 www.revista-ideides.com  
(2) *Ibidem*

### Nota a fallo

#### Restitución internacional de niños

Revocación de la orden de restitución. Interpretación del concepto “lugar de residencia habitual”. Diferencia con la “simple residencia”. Interés superior del niño. Obligaciones de los progenitores. Necesaria solución amistosa del con-

flicto. Exhortación sobre publicaciones que exponen a los niños en redes sociales.  
CS, 22/10/2020. - V., M. c. S. Y., C. R. s/ Restitución internacional de niños.

[La configuración del lugar de residencia habitual en los casos de restitución internacional de niños](#)  
Luciana B. Scotti - Leandro Baltar

### Jurisprudencia

#### Responsabilidad por cortes de energía eléctrica

Empresa de publicidad. Prueba del daño. Rechazo de la demanda. Costas por su orden.  
CNFed. Civ. y Com., sala III, 11/02/2021. - Sentidos S.A. c. Edesur S.A. s/ Daños y perjuicios.

prácticos, ya que no hay mejor verdad que la realidad.

También sostuve que debería habilitarse un sistema homogéneo para la realización de audiencias testimoniales que permita grabaciones, tiempo ilimitado y salas de espera seguras, para evitar diversos planteos. Es decir, contar con una plataforma y establecer las “reglas de juego” previamente: tener un protocolo, una guía de actuación, unos lineamientos básicos y recomendaciones prácticas, determinados requerimientos técnicos y medidas organizativas y de seguridad.

### III. La resolución 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (18/2/2021)

Con posterioridad a ese trabajo publicado el 5 de febrero, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, el 18/02/2021, se expidió sobre la temática en la res. 1/2020

En dicha resolución la Cámara, entre otras cuestiones, advierte sobre “las limitadas y deficientes condiciones de infraestructura y tecnología para hacer frente a las necesidades que presenta la tramitación y resolución de causas”, considera “imprescindible y urgente habilitar la realización de audiencias para permitir, fundamentalmente, la realización de la prueba testifical en numerosas causas judiciales” y aprueba en forma provisoria “el reglamento para la realización de audiencias (denominado *Protocolo para la Prueba Oral*)”.

Considera que “la prueba oral puede desarrollarse en tres formatos: presencial, semipresencial o remoto; la decisión sobre la modalidad corresponde a cada organismo, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales propias y en función de las diversas situaciones que resultan del número de personal exceptuado y de las herramientas tecnológicas de cada juzgado o sala...”

Si bien considera a la modalidad presencial como “absolutamente excepcional y será decidida por el/la titular de la dependencia cuando las circunstancias de la causa lo justifiquen...” entiende que es “insustituible” y pone especial énfasis en la modalidad semipresencial, estableciendo diversas pautas.

Entre ellas, divide a los Juzgados a los efectos de la fijación de las audiencias en días pares e impares según los edificios y dispone que “cada juzgado podrá citar un máximo de 12 personas, cualquiera sea el carácter en el que concurren (partes, abogadas/os, testigos, peritos, autorizadas/os)”.

Solicita al Consejo de la Magistratura “la provisión urgente de material informático y de higiene para llevar a cabo la prueba testifical y otras actuaciones cuya realización presencial es insustituible, y —fundamentalmente— evaluar la posibilidad de obtener —mediante contrataciones respectivas o aceptación de ofrecimientos— lugares públicos, semipúblicos o privados en actual desuso o disponibilidad, para llevar adelante con carácter urgente la realización de audiencias” y termina convocando a entidades para que “ofrezcan lugares aptos para que los juzgados o salas del Tribunal, frente a las limitaciones que tienen y la urgencia que se presenta, realicen provisoriamente las audiencias semipresenciales o presenciales que den cumplimiento a la prueba testifical en las causas que lo requieren”.

Sin perjuicio de volcarse —como queda claro de lo transcripto— por la producción

de la prueba oral en modalidad presencia o semipresencial, también admite la modalidad remota, sosteniendo que “el juzgado podrá resolver la recepción de la declaración testimonial por plataforma digital o por videollamada de WhatsApp u otro sistema” y fija pautas y recaudos.

Cabe aclarar que previamente a que la Cámara dicte esta resolución, los jueces de Primera Instancia habían enviado sus puntos de vista a la Cámara. Algunos se volcaron por la audiencia presencial, la mayoría por la audiencia semipresencial y solo unos pocos por la audiencia remota.

En mi caso, notifiqué mi opinión a la Cámara desde que se inició la emergencia y en distintos momentos del año 2020. Por ejemplo, en un oficio que envié a la Presidencia de la Cámara el 24/07/2020 sostuve tres cuestiones: “1) la no atención a profesionales y público en forma física, salvo excepciones puntuales, y que el contacto sea mediante el correo institucional; 2) que la concurrencia de personal se limite a lo indispensable para desarrollar las tareas que no puedan realizarse en forma remota, y en tales casos hacerlo con un número reducido, en horarios diversos, en forma rotativa y con equipos estancos; 3) direccionar los esfuerzos a mejorar la prestación tecnológica, incrementando el trabajo remoto y apuntar a la despapelización y digitalización de los expedientes, evitando la impresión de escritos y proveídos”.

Particularmente sobre las audiencias testimoniales, envié el 11/02/2021 un oficio a la Cámara, reiterando aquellos fundamentos y los esgrimidos en el trabajo publicado el 5 de febrero de este año. Transcribo a continuación la nota, la que ratifico en todos sus términos, luego de la Resolución de la Cámara.

“Entiendo que debe materializarse la producción de la prueba testimonial en forma totalmente remota (testigos, empleados y funcionarios, partes y letrados), ya que lo prioritario es preservar la salud de los trabajadores judiciales, de los profesionales y de las propias personas que comparecen como testigos, como asimismo la de sus respectivas familias.

Pienso que hay que evitar la concurrencia a los Juzgados y circulación de personas ajenas a las autorizadas y profundizar los alcances del trabajo remoto inclusive para la audiencia testimonial, ya que las circunstancias que motivara esta emergencia no se han modificado sustancialmente.

En esta inteligencia, es necesario extremar las medidas y proteger adecuadamente la salud de las personas que concurren a realizar trabajo presencial, los cuales no han sido vacunados.

Para ello, a mi modo de ver, *solo puede habilitarse la audiencia testimonial en forma totalmente remota sin presencia en tribunales, con pautas previamente establecidas y comunicadas a los participantes.*

De este modo se podría tomar una cantidad de audiencias cercana a la que se producía en forma presencial, de lunes a viernes en horario hábil judicial (respetando el derecho a la desconexión) y proveyendo a los agentes judiciales de las herramientas informáticas para realizar la tarea adecuadamente o bien compensando los gastos (por ejemplo, abono de internet de calidad, uso de notebook, cámara, etc.).

Es una alternativa de solución del principal inconveniente que hoy tiene la tramita-

ción de las causas, que es la no producción de la prueba testimonial que impide la finalización de los procesos. Obviamente que una audiencia producida en forma remota no es lo mismo y se generaran planteos diversos —observaciones, impugnaciones, nulidades— pero ante situaciones de emergencia también deben buscarse soluciones de emergencia.

Para evitar algunos de ellos, *sería importante que se habilite un sistema homogéneo para el desarrollo de audiencias testimoniales por vía remota con un protocolo preestablecido, es decir, una plataforma uniforme (como sucede en la Justicia del Trabajo de la provincia de Buenos Aires, por ejemplo) que permita grabaciones, tiempo ilimitado y salas de espera seguras, además de incorporar internet y cámaras en las máquinas del juzgado.*

*No estoy de acuerdo con el que podemos llamar sistema “semipresencial”, en el cual el testigo comparece al juzgado en forma presencial, mientras que las partes y letrados participan de la audiencia por zoom, ya que —a mi ver— no soluciona el verdadero problema desde el punto de vista práctico y cuantitativo y presenta más inconvenientes que beneficios.*

En nuestro fuero un Juzgado toma alrededor de 10 audiencias diarias con un promedio de 20 testigos. El sistema “semipresencial” —atento a las limitaciones edilicias, situación sanitaria y estricto cumplimiento de los protocolos de cuidados de salud— llevaría a que por día se tome 1 audiencia y un promedio de 4 testigos por juzgado cada uno de los días habilitados de la semana. Como son solo 2 esos días, por semana se tomarían 2 audiencias y menos de 10 testigos, es decir, el 10% de los testigos que declaran en situación normal.

Como se observa, es una solución que genera enormes riesgos con un exiguo beneficio para la tramitación de las causas. Por ejemplo, en Lavalle 1268 hay 23 juzgados (además de la Cámara de Seguridad Social): si a cada uno ellos comparecen 4 o 5 testigos por día estarán ingresando al edificio alrededor de 100 personas adicionales duplicando la cantidad de agentes que concurren al edificio.

Y si se decidiese duplicar los días habilitados, solo se tomarían 20 testigos por semana. Pero además se multiplicarían los riesgos por la circulación de personas en los edificios y se necesitaría mayor cantidad de agentes judiciales trabajando en forma presencial, y requeriría una logística sumamente complicada para prevenir contagios, como, por ejemplo, la coordinación entre juzgados por edificios a fin de evitar aglomeraciones, listado diario de testigos que se encuentran autorizados a ingresar para entregar al personal de portería, etc.

El teletrabajo y el trabajo conectado remoto están dando buenos resultados, y debe seguir ampliándose en la Justicia. Y es una realidad que llegó para quedarse. De allí que la audiencia testimonial en forma remota forma parte de un proceso inexorable de modernización de la Justicia, que va a continuar en la pospandemia encaminado hacia la despapelización y el expediente digital integral”.

Sin perjuicio de lo expuesto, es muy importante que la Cámara haya decidido que deba producirse la prueba testimonial y que haya establecido pautas y reglas para ordenar su desarrollo. Y también es adecuado que haya decidido que la prueba oral pueda desarrollarse tanto en forma presencial, semipresencial o remota, y finalmente que la decisión sobre la modalidad corresponda a cada Juzgado y que cada Juez asuma sus responsabilidades.

Por eso como lo sostuviera en un trabajo anterior (3) y en charlas y entrevistas, yo como Juez me haré cargo de los planteos de nulidad, impugnaciones, observaciones, etc., que seguramente en una primera etapa generará la producción de la prueba testimonial en forma remota; y quienes lo hagan en forma presencial o semipresencial —aun respetando estrictamente los protocolos— se harán cargo de las consecuencias que puede generar, máxime a sabiendas de que existe otra modalidad para producir la prueba y evitar un daño innecesario.

### IV. El futuro de la justicia: conclusiones del Congreso Mundial del ILTRAS de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (15 a 20 de febrero 2021)

Es muy interesante ver lo que pasa con la Administración de Justicia en el mundo en la pandemia y con miras al futuro.

Entre los días 15 y 20 de febrero de 2021 el Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ILTRAS) organizó, con la presidencia de Martha Monsalve, el 1º Congreso Mundial del ILTRAS de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, auspiciado por distintas instituciones, entre ellas el IDEIDES-UNTREF e ILERA-ARTRA (4). Se desarrolló íntegramente en forma virtual desde México y Colombia, y participaron expositores, panelistas y ponentes de distintos países del mundo, entre ellos, Argentina, Australia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, España, Francia, Italia, Malasia, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, Rusia, Suiza (OIT), Uruguay y Venezuela.

Se trató de un evento imponente por la cantidad y calidad de los expositores, la cantidad de días y horas de actividad académica y la actualidad de la temática elegida. Allí presenté una ponencia —en la que desarrollé mi postura (que básicamente es la referida en este y en trabajos anteriores) — y fui panelista el 20/02/2021 junto con jueces y académicos de otros países, en una de las mesas debate denominada retos que debe afrontar la administración de justicia hoy y mañana tras la pandemia, coordinada por Federico Araya (México).

Las preguntas-problemas fueron si las medidas de aislamiento preventivos generaron grandes transformaciones en la Administración de Justicia con el uso intensivo de la tecnología, si hacia el futuro se seguirán incrementando las tecnologías en la Administración de Justicia y cuáles son los principales retos que se debe afrontar en el futuro.

Y las conclusiones a las que arribó el Congreso fueron contundentes y en lo principal coincidentes con lo que vengo exponiendo en este y otros trabajos anteriores respecto de que la modalidad virtual llegó para quedarse en la Administración de Justicia.

La conclusión principal del Congreso Mundial es que “en todos los países en estudio la tendencia es incorporar las tecnologías de la información para que la Justicia sea impartida en mayor o menor medida, de manera remota”.

“El principal inconveniente encontrado es en la Justicia Laboral, sobre todo en el lado de los trabajadores, por ser los económicamente débiles que no siempre tienen acceso a un ordenador, a un paquete de datos gratuito o accesible, o poseen el conocimiento necesario para el uso de las TICs”.

“El analfabetismo cibernético no es exclusivo de la clase trabajadora pues gran parte

(3) *Ibidem*.

(4) Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones de del Trabajo (IDEIDES) de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) [www.](http://www.)

[ideides.com](http://ideides.com) [www.revista-ideides.com](http://www.revista-ideides.com). Asociación de Relaciones del Trabajo de la República Argentina (ILERARA-ARTRA), [www.ilerarra.com](http://www.ilerarra.com), [www.congresosartra.com](http://www.congresosartra.com)

de la población, entre ellos abogados y jueces, aún desconoce los secretos del ciberespacio. El acceso a los datos y bytes pronto se volverá un derecho fundamental de última generación, y las cartas fundamentales y leyes secundarias las contemplarán como prioridad. La capacitación constante será clave para acabar esta brecha y la justicia sea impartida de manera remota, ágil, rápida y expedita”.

“Este es nuestro momento. Superar el miedo. Buscar, entre parámetros socialmente justos, aquellos que sean económicamente más viables. “Saltar” sobre el abismo, sin ser tragado por él. Eso es el deber de los poderes de la República. E es el papel de la sociedad civil organizada”.

Para citar concretamente ejemplos de países de América Latina, podemos tomar los casos de Colombia, Bolivia y Brasil.

En Colombia, como afirmó en el Congreso Mary Lucero Novoa Moreno (Directora de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla) “la implementación de las tecnologías de las comunicaciones, no se convirtieron únicamente en una medida temporal para afrontar la pandemia, sino que se ha suscitado un proceso de transformación social, que nos permite afirmar que estas medidas y esta nueva forma de prestar el servicio de justicia, llegó para quedarse y, desde el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia se realizan esfuerzos para mejorar los equipos, sistemas y aplicativos tecnológicos y, capacitar a sus servidores judiciales del país en el uso de estas herramientas”.

“Es un reto diario, implementar el uso de las TIC en sus despachos judiciales; debido a que la tecnología se transforma constantemente, ofreciendo nuevas y mejores condiciones de almacenamiento, trazabilidad, tratamiento, velocidad, custodia, seguridad de toda la información que se maneja en la web, servidores, plataformas digitales, redes sociales y otros; razón por la cual se debe propender por la capacitación constante de los servidores judiciales y por el enriquecimiento, que permita mejorar el servicio de administración de justicia acorde con la nueva realidad”.

Algo similar ocurre en Bolivia. Iván Ramiro Campero Villalba (Presidente Internacional de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social) refiere que “ya se encuentran las teleaudiencias, hay digitalización. Los jueces, los abogados se han ido capacitando. Todas las audiencias tienen obligatoriamente que ser virtuales. La tecnología incorporada a la administración de justicia es sin retorno. Para acortar la brecha tecnológica, se sugiere: Redimensionar los presupuestos fiscales del Poder Judicial; Procesos de implementación de tecnologías sostenibles y de alcance geográfico expansivo; Capacitación permanente, en funciones tecnológicas, a jueces, abogados y trabajadores; Propiciar el expediente digital laboral y de Seguridad Social; Implementar la notificación virtual; Modular la jornada laboral efectiva, el derecho a la desconexión”.

En el caso de Brasil, Guilherme Guimarães Feliciano (Juez del Tribunal Laboral de Taubate, Sao Paulo) sostuvo que “La Suprema Corte Federal y el Consejo Nacional de Justicia, inició el proyecto “Juicio 100% Digital”, mediante el cual los tribunales brasileños avanzarán hacia un modelo de prestación de servicios judiciales con uso intensivo de tecnología, más accesible y sin necesidad de estructura física al servicio del ciudadano. En 2020, el Consejo Nacional de Justicia emitió tres resoluciones

que van en esta dirección: las resoluciones (CNJ) 335 (Plataforma Digital del Poder Judicial), 345 (“Juicio 100% Digital”) y 354 (Cumplimiento digital de determinación judicial). En el modelo de “Juicio 100% Digital”, que inicialmente será opcional para las partes, todos los actos procesales se realizarán exclusivamente de forma electrónica y remota, a través de la red mundial de ordenadores, incluso después del final de la pandemia”.

“Los retos de la Justicia en general —y de la Justicia Laboral en particular— para las próximas tres décadas: (1) continuar con el proceso de virtualización y digitalización de los procesos judiciales, sin erosionar las garantías procesales constitucionales y el principio de legalidad procesal; (2) concebir e implementar nuevas tecnologías de comunicación y registro, que permitan optimizar los actos procesales en el mundo virtual, garantizando la seguridad de los registros digitales y adaptándose a la nueva realidad; (3) establecer políticas de gestión que también preserven, en los nuevos tiempos, la salud mental y física de los jueces y servidores públicos judiciales, quienes se han convertido en teletrabajadores a tiempo completo. Pero también se debe garantizar el derecho a la desconexión laboral a los empleados de la Justicia”.

#### V. En la pospandemia ¿qué justicia queremos?

De lo expuesto en los puntos anteriores y, tal cual lo vengo sosteniendo (5), la discusión sobre la forma de desarrollar la prueba testimonial en modalidad presencial, semipresencial o remota, y las objeciones, dudas y miedos que esta modalidad genera, es la punta del iceberg de un tema mucho más profundo: el servicio de Justicia que realmente queremos.

Es una cuestión de punto de salida o de concepción. ¿queremos volver desesperadamente al “trabajo normal” de tribunales y desandar el camino recorrido?; ¿o este es el momento de aprovechar los avances de la tecnología y hacer un cambio de paradigma?

Decía que un día se dejó de usar la pluma, la *birome*, luego la máquina de escribir, apareció la computadora, pasamos por la evolución de la informática y los sistemas integrados. Hoy el trabajo 4.0, el teletrabajo y el trabajo conectado remoto son una realidad que debe aplicarse plenamente en la justicia y llegó para quedarse. Hay que apuntar a la despapelización y al expediente digital integral.

De allí que afirmara que se debía dejar de hablar de la presencialidad como si los actos presenciales hubiesen sido perfectos e imposibles de suplantar y resultaran esenciales para la eficiente tramitación de las causas y la celeridad procesal, porque no lo son ni lo fueron. Si no, por ejemplo, los juzgados no hubiesen tenido los atrasos que presentaban al iniciarse la pandemia.

Reitero lo que vengo sosteniendo desde hace tiempo: en el futuro todo será digital y remoto, inclusive —obviamente— la prueba testimonial. Parece que algunos añoran esperar los ascensores de tribunales, volver a la mesa de entrada para hacer colas y revisar los expedientes en papel, esperar en pasillos hacinados que llamen audiencias o estar en salas de audiencia de 2 metros x 2 metros, sin ventilación durante 2 o 3 horas entre más de 5 personas, etc.

En la pospandemia se debe preservar todo lo bueno de la presencialidad, pero mantener lo que se produjo en forma remota y sostenerlo en el tiempo, porque nos dirigimos inexorablemente hacia la digitalización in-

tegral y no se puede tapar el sol con las manos.

En el futuro la asistencia a tribunales será excepcional y no la regla. No se va a imprimir prácticamente nada, el expediente va a pasar a ser digital y las consultas se harán básicamente por sistema.

Por eso vengo repitiendo que va a modificarse sustancialmente la forma de trabajar en tribunales anterior a la pandemia, como ha sucedido como en tantas actividades —se toman exámenes, se dictan materias, se hacen todo tipo de trámites en distintos organismos oficiales, etc.—.

Me sigue llamando la atención por qué hay tanta resistencia a la producción de la prueba testimonial en forma remota. Se pide a la modalidad virtual lo que no se le exige a la presencial. Y esto también sucede con la audiencia presencial.

Todos sabemos cómo y en qué condiciones se tomaban las audiencias en tribunales, y esto es así por lo menos desde hace más de treinta años, lo cual me consta por haberlas tomado personalmente como empleado en la década de los '80.

Hay que entender que la audiencia remota no es más que un cambio en el ámbito de desarrollo de un acto procesal jurisdiccional: se pasa del físico y presencial desarrollado en los juzgados al virtual.

No hay alteración de su esencia ni de su validez, ya que se cumple con todas las formalidades de la presencialidad, se notifica, se explica la modalidad y está garantizado el ejercicio del derecho de defensa, ya que las partes cuentan con los medios recursivos —en la misma audiencia o con posterioridad— para solicitar la invalidación del testimonio de apreciar violaciones o falencias, además de las impugnaciones a la idoneidad, etc.

Seguramente habrá objeciones y reparos sobre la producción de la audiencia testimonial remota, algunos desde la buena fe y otras introduciendo planteos meramente dilatorios y obstruccionistas. Aparecerán los apegados a las formalidades, formalismos y ritualismos que se rasgarán las vestiduras por la “gravedad institucional” que genera la producción de las audiencias remotas.

Pienso que algunos que objetan la producción de la prueba testimonial en forma presencial, en el fondo lo platean porque saben que es inviable, y que la forma semipresencial (el testigo en el juzgado y los letrados en forma remota), por una cuestión de logística, no soluciona el problema porque se van a terminar tomando pocas audiencias.

Tal vez la verdadera búsqueda de algunos sea seguir atrasando la tramitación de las causas, mientras otros avalan inocentemente esta postura sin darse cuenta de que están perjudicando a aquellos que pretenden defender.

Por eso, como es difícil ponerse de acuerdo sobre este tema, y sigue habiendo una importante resistencia a la audiencia remota, entiendo adecuado lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en la res. 1 del 18/02/2021 sobre la producción de la prueba testimonial y que haya establecido pautas y reglas para ordenar su desarrollo, como asimismo que haya establecido que puede realizarse en forma presencial, semipresencial o remota, y que la decisión sobre la modalidad corresponde a cada juzgado, con lo cual cada juez terminará asumiendo —como corresponde— sus responsabilidades.

#### VI. Reflexiones finales

Todo lo referido anteriormente me lleva a ratificar lo que vengo exponiendo desde hace tiempo. En la pospandemia no se debe retroceder: se debe preservar y profundizar todo lo bueno que se consiguió con el trabajo remoto y la presencialidad debe quedar reducida a lo imprescindible o necesario.

Es decir, en todo aquello que el trabajo remoto pueda lograr el mismo resultado que el presencial debe mantenerse y —obviamente— con más razón si produce un resultado más positivo, porque redundará en el mejoramiento de la administración de justicia.

No hay que pensar en volver al funcionamiento “normal” de tribunales, con jueces, funcionarios y empleados, abogados, peritos y litigantes en forma presencial como si ese fuese la única forma de administrar Justicia.

No se puede desandar el camino recorrido. La presencialidad debe quedar reducida para los actos procesales que así lo requieran y profundizar el trabajo remoto, lo cual terminará beneficiando a litigantes, profesionales, magistrados, funcionarios y empleados y mejorará la calidad y celeridad del servicio de justicia.

Es muy importante invertir en tecnología y conectividad, incorporar definitivamente el teletrabajo —respetando el derecho a la desconexión y proveyendo a los agentes judiciales de las herramientas informáticas para realizar la tarea adecuadamente o bien compensar los gastos— y avanzar hacia la modernización del servicio de justicia, profundizar los alcances del trabajo conectado remoto protegido, y apuntar a la “despapelización” y llegar al expediente digital integral.

Hay que apoyar la tecnología y la innovación; por supuesto, sin perjuicio de prevenir los daños que el mal uso de la tecnología puede provocar a los trabajadores. Se debe capacitar en el Trabajo 4.0, en las nuevas competencias laborales y digitales.

Tenemos la ley 27.555 y su reglamentación mediante el dec. 27/2021 (BO. del 27/1/2021), que es un marco regulatorio, un “orden público laboral de teletrabajo seguro”, con contenidos mínimos inderogables; es importante destacar el derecho a la desconexión digital como un “derecho fundamental” que previene contingencias y el derecho a la intimidad del trabajador.

Las ventajas del teletrabajo son evidentes respecto al tiempo y la calidad de vida al conciliar el trabajo con la familia, con ahorro en tiempo de viajes que genera mayor tiempo para su vida personal, ahorro en gastos de indumentaria y comidas, que genera indirectamente aumento en la remuneración, la reducción de la contaminación ambiental, etc.

Lo afirmado me lleva una vez más a reiterar que tanto hoy como en la pospandemia, un nuevo panorama se vislumbra y no se debe seguir aplicando viejas fórmulas, eficaces bajo otras circunstancias, pero hoy inoperantes. Ese apego incondicional a esos “dudosos principios pétreos” transmitidos codo a codo y de generación en generación nada aporta.

Ciertamente es incómodo dejar de lado determinadas costumbres que incorporamos como verdaderas líneas de pensamiento o principios infranqueables; son pocos los que están dispuestos a realizar el esfuerzo que implica poner en práctica una nueva conducta; un enfoque renovado y adecuado a la realidad. Mercader decía que “el hombre (...) prefiere regularmente la vida verná-

cula y cede a las apetencias de su egoísmo y comodidad, que lo mueven a repudiar aquellos cambios susceptibles de aprendizajes inmediatos para el manejo de las nuevas herramientas”.

Hace años que afirmo que no se debe renunciar al espíritu transformador por el mero hecho de ser desconocido, sin juzgar sus valores; no debemos permanecer sujetos a antiguos esquemas intelectuales bajo la consigna irrestricta de “no innovar”, ya que si bien ese es el camino más fácil también es el de la resignación, y lo que resulta más grave aún: lleva implícito la renuncia consciente a mejorar el servicio de Justicia, lo que configura un incumplimiento a un deber moral.

Quiero que se siga administrando Justicia como lo quieren todas las personas de bien. Estoy a favor de la producción de la prueba testimonial remota y que se avance con las pruebas de los expedientes en trámite y que se dicte sentencia. De allí que planteaba que el debate es como tomarlas con la mayor seguridad y no perder el tiempo en debates bizantinos que tarde o temprano resultarán abstractos.

Serán los jueces quienes responderán con prudencia y equidad y con un sentido finalista los planteos que se formulen, teniendo en vista que la Justicia es un servicio que debe servir en tiempo y forma y que no se puede paralizar.

Todos sabemos que la celeridad y la seguridad jurídica en los procesos judiciales son esenciales en la política laboral y en la dinámica de las relaciones laborales. Más temprano que tarde, la Administración de Justicia “remotizada” va a resultar fundamental para lograr el objetivo de que no sea “remota”, es decir, que logre la celeridad y eficiencia que en la práctica no logró la plena presencialidad.

Cita on line: AR/DOC/466/2021

#### Más información

[Grisolia, Julio A.](#), “Limitaciones del trabajo remoto en la Justicia Nacional

del Trabajo”, RDLSS 2020-12, 3, AR/DOC/1722/2020

[Andreu, Nahuel; Iglesias, Pablo](#), “Propuestas para una Justicia Nacional del Trabajo digital y práctica”, DT 2020 (noviembre), 56, AR/DOC/3285/2020

#### Libro recomendado:

[Procedimiento Laboral de la Capital Federal](#)

Autores: Grisolia, Julio A.; Perugini, Alejandro H.

Edición: 2019

Editorial: Abeledo Perrot

## Nota a fallo

### Restitución internacional de niños

**Revocación de la orden de restitución. Interpretación del concepto “lugar de residencia habitual”. Diferencia con la “simple residencia”. Interés superior del niño. Obligaciones de los progenitores. Necesaria solución amistosa del conflicto. Exhortación sobre publicaciones que exponen a los niños en redes sociales.**

1.- A la luz de la interpretación del concepto de residencia habitual, la no acreditación de una permanencia prolongada en la ciudad de Burdeos, así como de una voluntad precisa, concluyente y compartida por ambos progenitores de trasladar el hogar familiar a Francia, conducen a descartar a dicha ciudad como lugar de residencia habitual y, por ende, a rechazar la solicitud de restitución requerida por no configurarse un supuesto de retención ilícita.

2.- La restitución internacional de una niña debe ser revocada, si se aprecia que los elementos probatorios y fácticos dan cuenta de que desde sus inicios el desarrollo de la vida de pareja y familiar se fue consolidando en la ciudad de Buenos Aires, donde el actor y la demandada convivieron, se casaron, trabajaron y estudiaron, y donde también nació la hija de ambos, quien permaneció ininterrumpidamente cinco meses en la casa de su abuela materna hasta el viaje a Europa y su corta estadía en la ciudad de Burdeos, Francia.

3.- La restitución internacional ordenada debe ser revocada, pues ni las manifestaciones de los progenitores ni las declaraciones testimoniales, como tampoco la documentación acompañada, permiten considerar fehaciente e indubitablemente acreditado que hubiese existido una clara decisión consensuada de abandonar la residencia que la familia tenía hasta entonces y adquirir una nueva en el país extranjero, para que fuese allí donde la niña desarrollase con habitua-

lidad su vida. Esto no se ve alterado por la intención o el consenso de los progenitores acerca del lugar en que residiría la familia.

4.- Para que el consenso sobre el cambio de residencia pueda adquirir la concreción propia de una decisión jurídicamente relevante, debe tratarse de una clara intención compartida de trasladar la residencia, que debe ser demostrada cabalmente. La prueba debe superar el plano de una simple posibilidad, no bastando un panorama de ambigüedad.

5.- Teniendo en miras el principio del interés superior del niño que debe regir las decisiones que lo atañen, corresponde exhortar a los progenitores de una niña, 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 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.

6.- Ante la existencia de notas periodísticas en diversos portales de internet que exhiben hechos o circunstancias de la vida de niña, cuyo progenitor solicitó su restitución internacional, y de la disputa familiar que en el caso se trata, a los efectos de evitar agravar el conflicto generado, corresponde instar a no exponer a la menor públicamente —por cualquier medio— a fin de resguardar su derecho a la intimidad.

CS, 22/10/2020. - V., M. c. S. Y., C. R. s/ Restitución internacional de niños.

[Cita on line: AR/JUR/50712/2020]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Preview]

## La configuración del lugar de residencia habitual en los casos de restitución internacional de niños



### Luciana B. Scotti

Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires con tesis sobresaliente, recomendada al Premio “Facultad” (Área Derecho Internacional). Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Directora de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Vicedirectora e investigadora formada del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.



### Leandro Baltar

Abogado y Magister en Derecho Internacional Privado. Doctorando en Derecho Internacional (UBA). Becario doctoral UBACyT. Docente de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Coordinador de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Los hechos del caso.— III. Encuadre normativo.— IV. Antecedentes judiciales del caso.— V. La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.— VI. Análisis del caso. Cuestiones concernidas en la sentencia de la Corte Suprema.— VII. A modo de colofón.

#### I. Introducción

La restitución internacional de niños, niñas y adolescentes (RINNA) es un proceso por el cual se intenta prevenir y revertir situaciones lacerantes de los derechos de todo niño, niña y adolescente (NNA). Gracias a este mecanismo se busca el pronto retorno al país dónde tienen su centro de vida cuando se encuentran trasladados o retenidos ilícitamente fuera de su lugar de residencia habitual, como consecuencia de un cuestionable obrar por parte de sus propios progenitores, aquellos quienes, en realidad, deberían velar por su máximo bienestar.

Esta situación hoy se nos presenta con mayor asiduidad, prácticamente como una modalidad, una suerte de táctica o maniobra para impedir la comunicación del niño con el progenitor no sustractor.

Cuando estos conflictos llegan a judicializarse, estamos en presencia de un desacuerdo entre los progenitores y por ello, quien intenta resistir el pedido formulado por quien ve afectado su derecho de custodia (o de visitas), procurará invocar y utilizar todas y cada una de las herramientas permitidas por las convenciones para convencer al juez y así rechace la solicitud.

En este tipo de procesos encontramos que se ponen en juego y confluyen derechos sensibles que van desde la protección de todo niño, niña y adolescente, pasando por la privacidad e intimidad, el derecho a crecer en el seno de la familia y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Junto a todo ello, entra en juego el derecho de custodia (o cuidado) y el régimen de visitas (o comunicación).

En esta oportunidad, en la sentencia que nos proponemos comentar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió expedirse respecto de un pedido de restitución prove-

niente de Francia analizando especialmente dónde se situaba la residencia habitual, punto controvertido entre los progenitores, juntamente con otros planteos esgrimidos por la defensa de la madre, que sostenía principalmente la importancia de juzgar con perspectiva de género en materia de restitución.

#### II. Los hechos del caso

M. V., de nacionalidad francesa, y C. R. S. Y., de nacionalidad chilena y residente en nuestro país desde los 12 años, se conocieron en la Ciudad de Buenos Aires en

el contexto de un viaje que M. realizó en el año 2016. Desde ese momento comenzaron un vínculo a distancia, hasta que en abril de 2017 regresó a Buenos Aires para comenzar una relación de pareja.

Durante los primeros momentos convivieron en la casa de la madre de C. y, a los tres meses de relación, quedó embarazada. Contrajeron matrimonio en nuestro país en marzo de 2018, y en abril de 2018 nació la niña N. L. S. V.

Mientras que M. se desempeñó laboralmente como profesor de francés y en una editorial periodística, C. trabajó en una embajada hasta el mes de junio de 2018. En septiembre de ese año los tres viajaron a Europa. Al principio recorrieron distintas ciudades, entre ellas Barcelona, donde vive el hermano de C. para, finalmente, llegar a la ciudad portuaria del sudoeste de Francia (Burdeos) donde estuvieron aproximadamente un mes junto a la familia de M.

La pareja planificó que, en el mes de enero de 2019, la niña y su madre viajarían por dos meses a la Argentina y a Chile y, luego de su retorno a Francia, partirían todos juntos a Vietnam. A fin de materializar el viaje, acudieron al tribunal francés correspondiente y suscribieron las autorizaciones de salida del país el 9 de enero de 2019, con regreso a Francia el 12 de marzo de 2019.

Ante la falta de retorno, el progenitor interpuso el pedido de restitución internacional. Por su parte, en marzo de 2019, C. promovió el juicio de divorcio.

De todos los hechos manifestados, y mirando las diferencias que las partes invocan, surge de modo claro que los progenitores originariamente organizaron una vida en común y tuvieron una hija en la República Argentina.

Siendo la finalidad de los convenios evitar que los niños, niñas o adolescentes sean desarraigados de su residencia habitual, configurándose de ese modo una retención o un traslado ilícito, además de las excepciones susceptibles de invocarse (y probarse), determinar dónde se encontraba el centro de vida es determinante: la restitución solo opera cuando el pedido proviene del Estado donde aquella se encontraba antes de la conducta ilícita.

En ese punto las partes controvierten. Mientras que el padre sostiene que el viaje a Francia estaba destinado a afincar a la familia, C. sostiene que el viaje a España y Francia fue tan solo por tres meses y medio con la finalidad de visitar familiares, por lo que mal pudo haberse desarrollado lazos afectivos en Burdeos, sitio en el que la niña permaneció menos de dos meses. En palabras simples, mientras el actor alega que consensuó con la demandada radicar el hogar familiar en Francia, la demandada, por su parte, asevera que jamás tuvo intención de modificar la residencia habitual de Buenos Aires y que el traslado a Europa simplemente se trató de un viaje de descanso.

### III. Encuadre normativo

Los procesos de restitución cuentan con un tratamiento a nivel convencional sumamente efectivo. Dentro de los ratificados por Argentina, nos vincula para el caso el Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980), celebrado en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, aprobado

por nuestro país por la ley 23.857 y ratificado el 1º de junio de 1991, y, a su vez, ratificado por Francia el 1º de diciembre de 1983.

Desde una mirada procesal, lamentablemente nuestro país no cuenta con una normativa a nivel nacional que regule e instaurar el proceso de restitución. Esta carencia genera consecuencias negativas en varios sentidos, entre ellos la demora en la solución se vuelve uno de los principales problemas a resolver. En este marco, la Corte Suprema aprobó en 2016 un Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios con la finalidad de brindar pautas para todos los operadores jurídicos: jueces, abogados, fiscales, defensores, Autoridad Central, etc. Estamos ante una fuente calificada como de *Soft Law*, pero con una importante influencia pues busca unificar los criterios de actuación y así poder cumplir con los compromisos asumidos. Destacar este punto es relevante, pues la Corte remite a él y lo cita en sus fundamentos (1).

Sin embargo, este vacío normativo viene cosechando críticas desde la doctrina especializada, incluso la propia Corte Suprema exhortó al Poder Legislativo para que estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones para dictar una ley que se ajuste a la finalidad del CH 1980 y coadyuve al cumplimiento de las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribirlo (2). En los últimos años comenzó a gestarse en algunas provincias una tendencia a regular los procedimientos de restitución. Sin embargo, se han sancionado leyes procesales provinciales en la materia. En tal sentido, destacan la ley 10.419 de la Provincia de Córdoba; la ley 3134 de 2018 sancionada por Neuquén, una acordada aprobada por Acuerdo General N° 13/15 de Entre Ríos. Misiones regula el proceso de restitución de menores en los arts. 679 a 695 del Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar; Mendoza incluye en su Código Procesal de Familia y Violencia Familiar, de 2018, el proceso para la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, y demás cuestiones de Derecho Internacional Privado en las relaciones de familia (arts. 208 y 227).

A nivel nacional, el Poder Ejecutivo ha presentado un proyecto de ley (EXP PE N° 366/18), del cual son antecedentes los proyectos del año 2014 (EXP 5903 - D -2014) y del año 2016 (EXP 4738-S-2016). Fue aprobado por el Senado el 17 de julio de 2019. Actualmente se encuentra en la Cámara de Diputados.

### IV. Antecedentes judiciales del caso

El 26 de diciembre de 2019 el Juzgado Civil mediante sentencia suscripta por Alejandro Siderio resolvió desestimar el pedido de restitución internacional a la República Francesa.

El fallo de primera instancia dispone que: “la perspectiva de género en materia de derecho de familia implica adentrarse en la dinámica de cada familia, visibilizar las relaciones de poder en la toma de decisiones y su correlato, analizar las consecuencias del no-poder”. En este sentido, “imponer a la madre de su hija que nuevamente viva en Francia, lugar de su exilio, es compatible con formas aún más categóricas de modalidades violentas contra la mujer (arts.15.4 y 16.4 de la CEDAW)”.

La Sala de FERIA de la Cámara Nacional Civil y Comercial, integrada por las Dras. Mabel Alicia de los Santos, Silvia Patricia

Bermejo y Marcela Pérez Pardo, revocó el fallo de primera instancia y, en consecuencia, hizo lugar al pedido de restitución de la niña a la República Francesa exhortando a los progenitores a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a la menor de edad una experiencia conflictiva. Para arribar a dicha decisión se apartaron de lo meritudo por el juez de primera instancia concluyendo que la Convención para Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW son sus siglas en inglés), aprobada por Naciones Unidas en 1979, y la Convención de La Haya son instrumentos que deben ser interpretados armónicamente y entre los cuales no hay incompatibilidad.

Siendo crucial la determinación del país donde se halle la residencia habitual de la niña a los efectos de establecer la licitud —o no— del traslado y de la retención, concluyeron que de la documental acompañada, especialmente las autorizaciones de viaje otorgadas por el padre por una única vez, se pudo acreditar que los progenitores habían acordado el regreso a Francia, lugar donde todos se reencontrarían. En este punto, remarcó que de la solicitud de visa, de la asistencia social francesa solicitada para la niña, y del trabajo que había conseguido el progenitor en aquel país se podía inferir que el viaje a Francia no había sido un destino con fines turísticos.

Asimismo, sostuvieron que no se encontraban verificados los supuestos de excepción contemplados en el CH 1980 que autorizaran a negar el retorno de la niña, especialmente la prevista en el artículo 13 inciso “b” invocada por la madre.

### V. La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Ante la orden de retorno, la progenitora interpuso recurso extraordinario cuya denegación motivó la queja correspondiente. Siendo que se puso en tela de juicio la inteligencia de convenios internacionales y la decisión impugnada es contraria al derecho que la apelante pretende sustentar en aquellos, el recurso extraordinario fue considerado formalmente admisible.

La progenitora se agravó al considerar que los magistrados de la Cámara entendieron que ella no tenía otros compromisos en Argentina que la obligaran a retornar cuando ella presentó prueba que permitía acreditar que el acuerdo familiar fue siempre residir en Argentina. Puntualiza que para determinar la residencia habitual de la niña debe considerarse los hechos que vinculan al menor con un ámbito espacial. En ese punto, expresa “los afectos y la residencia de N siempre se encontraron en la República Argentina, que nació en Buenos Aires, que allí tuvo y tiene su cuarto y sus juguetes, y que allí se encuentran sus abuelos maternos y otros integrantes de la familia. Manifiesta que a Europa, en cambio, fueron con fines turísticos y a visitar familiares, que transportaron solo pertenencias para el viaje y que, de hecho, viajaron por distintos lugares hasta que se alojaron en la casa de la madre de M.V., sitio en el cual recibió malos tratos psicológicos y sufrió violencia, incluso no permitiéndole amamantar a su hija. Resalta que, desde el inicio de la relación, el acuerdo de la pareja era vivir en Buenos Aires, entre otras razones, porque ella fue exiliada en Francia y, por ese motivo, la estancia allí le produce múltiples padecimientos psíquicos. En suma, señala que el cambio de residencia a Francia es producto de la voluntad impuesta y unilateral de M.V.”

En su dictamen, el defensor del Ministerio Público Fiscal destacó que no logró acreditarse de modo fehaciente la voluntad común de los padres de establecer la resi-

dencia familiar en un determinado lugar. En consecuencia, para determinar dónde se encuentra, corresponderá acudir a la valoración de los elementos objetivos llegando a concluir que “en función de las pautas jurídicas mencionadas, la acotada estadía en Burdeos es insuficiente para atribuir estabilidad y permanencia en condiciones legítimas, y no puede razonablemente fundar la constitución de la residencia habitual de la niña en esa ciudad”. A ello le sumó dos puntos adicionales que inclinaron a considerar que la residencia habitual de la niña estaba en nuestro país: vivió la mayor parte de su vida aquí, donde su familia materna posee una propiedad en la que convivieron durante casi dos años los litigantes y el actor inició el trámite de radicación permanente en la República Argentina.

Conforme los argumentos brevemente desarrollados en este punto, y que serán objeto de análisis en los posteriores, la Corte revocó la sentencia apelada denegando el pedido de restitución.

La primera aclaración, retomando lo ya expresado en reiteradas oportunidades, se centró en la inexistencia de incompatibilidad o contradicción entre el CH1980 y la Convención sobre los Derechos del Niño, en razón de que ambas propenden a la protección del interés superior del niño. Sumado a ello, y en cumplimiento de la celeridad exigida por el Convenio de La Haya, acuden al Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios aprobado por la Comisión de Acceso a Justicia en el año 2017 ante la inexistencia de una ley específica que regule este tipo de procesos a nivel nacional.

Para determinar la existencia de una retención ilícita destacan que resulta necesario, inicialmente, precisar el alcance del concepto de residencia habitual pues constituye el punto de conexión con la normativa aplicable a los efectos de evaluar el derecho de custodia y así concluir si puede calificarse de ilícito el traslado o la retención por infringir tal derecho. También es el elemento que establecerá la jurisdicción ante la cual deberán, en definitiva, debatirse las cuestiones de fondo que se encuentran excluidas de tratamiento en este tipo de procesos.

Citando jurisprudencia, los magistrados entienden que la simple residencia no es suficiente para constituir una residencia habitual por las consecuencias que ello irradia. La circunstancia de que de los tres meses y medio que duró el viaje a Europa la niña permaneció con sus progenitores tan solo un mes y algunos días en la ciudad de Burdeos junto a que contaba con tan solo cinco meses de edad cuando viajó a ese continente, resultó insuficiente para atribuirle la estabilidad y permanencia requeridas para considerar a dicho Estado extranjero como el centro de gravedad de su vida.

La falta de una clara intención comparada de trasladar la residencia, lo cual debe demostrarse cabalmente, no permite en la inteligencia de la Corte considerar que existió un consenso de los progenitores acerca del lugar en que residiría la familia. De esta manera, concluyen “ni las manifestaciones de los progenitores, ni las declaraciones testificales, como tampoco la documentación acompañada, permiten considerar fehaciente e indubitablemente acreditado que hubiese existido una clara decisión consensuada de abandonar la residencia que la familia tenía hasta entonces y adquirir una nueva en el país extranjero, para que fuese allí donde la niña desarrollase con habitualidad su vida”.

Para arribar a dicha decisión, tomaron especial consideración de varios puntos, a saber:

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Diversas provincias han adherido a este Protocolo mediante Acordadas de sus superiores tribunales (entre otras, Entre Ríos, Mendoza, San Luis, Tucumán, Rio Negro).

(2) “C., L. s/ por su hijo G.P., T. por restitución s/ familia p/ rec o ext. de inconstit.” CS, 27/12/16, AR/JUR/85748/2016.

- Una valoración armónica y circunstanciada impiden otorgar certeza a las manifestaciones del actor en cuanto a la existencia de una intención común.

- Las conductas y expresiones de las partes solo dejan traslucir la visión propia de cada uno de ellos respecto de un mismo hecho, advierten sobre cierta ambigüedad en la intención que habrían tenido al encarar el viaje realizado a Europa.

- La familia viajó a Europa con dos valijas de 20 kg, sin que se haya invocado y acreditado el traslado de mayores pertenencias.

- En junio de 2018 el actor comenzó el trámite de radicación en la categoría “permanente” en la Argentina.

Frente a este panorama y a la luz de la interpretación del concepto de residencia habitual referido, la ausencia de una permanencia prolongada en la ciudad de Burdeos, así como la falta de acreditación de una voluntad precisa, concluyente y compartida por ambos progenitores de trasladar el hogar familiar a Francia, condujeron a los jueces de la Corte Suprema a descartar a dicha ciudad como lugar de residencia habitual y, por ende, a rechazar la solicitud de restitución.

## VI. Análisis del caso. Cuestiones concernidas en la sentencia de la Corte Suprema

### VI.1. Los requisitos de procedencia: la delimitación del lugar de residencia habitual del niño, niña o adolescente

Un pedido de restitución internacional procede siempre que 1) Exista un derecho de custodia atribuido de conformidad con la ley de residencia del menor; 2) Ese derecho de custodia haya sido ejercido de manera efectiva al momento del traslado o la retención del menor; 3) El menor tenga la residencia habitual en el Estado requirente de la restitución; 4) El traslado o retención sean ilícitos por violar un derecho de custodia atribuido según la ley de residencia del menor.

De tales condiciones, se deduce con facilidad que el concepto de residencia habitual, así como su determinación en el caso concreto son piezas clave.

#### VI.1.a. El concepto de residencia habitual en el Derecho Internacional Privado

A mediados del siglo pasado y hasta nuestros días, se advierte “el intento de superación de las relaciones de contraposición entre nacionalidad y domicilio mediante una conexión integradora de los países partidarios de ambas: se trata de la residencia habitual que ha sido la preferentemente acogida en su ingente obra codificadora por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado... así como por diversos legisladores estatales en las nuevas normas de Derecho internacional privado promulgadas en los últimos años” (3).

La doctrina ha indicado que esta noción “se asimila al domicilio de hecho y, por ende, sitúa a la persona en su medio real (elemento objetivo), evitando las estrías normativas provocadas por la calificación del domicilio. Al mismo tiempo, recoge el ánimo de la persona de vivir donde se encuentra (elemento subjetivo). La residencia habitual es, por otro lado, más afín

a los constantes desplazamientos propios de nuestro tiempo, que no necesariamente son acompañados por una mutación normativa efectuada por el sujeto que se desplaza” (4).

Las Convenciones de la Conferencia de La Haya y las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP) han recurrido, en forma cada vez más creciente, a esta conexión en materias específicas.

En efecto, la primera que opta por la residencia habitual es la Convención que regula la adopción de medidas encaminadas a proteger la persona y bienes del menor (Convenio de 5 de octubre de 1961) en virtud de la cual se sustituye la solución básica del citado texto de 1902 que consistía en someter la tutela a la ley nacional del menor.

Otras convenciones que utilizan la residencia habitual como conexión determinante para definir la ley aplicable son el Convenio de 2 de octubre de 1973 que consagra como conexión principal la residencia habitual del acreedor alimentario (art. 4); y como subsidiaria de primer grado la nacionalidad de este (art. 5). La residencia habitual del acreedor de alimentos es también la regla general para señalar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias establecida por el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007. Esta conexión también es adoptada en los Convenios sobre sustracción internacional de menores (Convenio de La Haya de 1980); en las cuestiones de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores (Convenio de La Haya de 1996) y en materia de adopción internacional (Convenio de La Haya de 1993).

En el foro de codificación interamericana, la residencia habitual es el criterio rector en la Convención interamericana sobre adopción internacional (CIDIP III, La Paz, 1984), la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV, Montevideo, 1989), la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV, Montevideo, 1989), la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V, México, 1994).

#### VI.1.b. Calificaciones sobre residencia habitual de la persona humana en el derecho argentino

El artículo 2613 del Código Civil y Comercial de la Nación establece dos calificaciones autárquicas claves para el Sistema de Derecho Internacional Privado argentino, como son las definiciones de “domicilio” y “residencia habitual” de la persona humana. La disposición establece que a los fines del derecho internacional privado 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.

Asimismo, la norma aclara que la persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia.

Es interesante la apreciación que realiza Menicocci en tanto por “a los fines del dere-

cho internacional privado” ha de entenderse la determinación de la jurisdicción internacional en las acciones personales y el derecho aplicable a las materias sometidas a la ley domiciliaria. La aclaración es útil para evitar las definiciones de los artículos 73 a 78 del Cód. Civ. y Com. (5).

En igual inteligencia, Marcelo Iñiguez expresa: “las disposiciones de derecho internacional privado son autónomas con respecto a la calificación nacional de domicilio, porque no distingue categorías de domicilio, salvo que haya sido acordado en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Para el ámbito internacional solo se tiene en cuenta el domicilio a secas y en subsidio la residencia habitual o simple residencia, pero no concurren clasificaciones de domicilio. La redacción de la norma refleja una calificación autónoma de domicilio y residencia habitual, que evita al intérprete la necesidad jurídica de definir la calidad del domicilio o residencia. Esa finalidad es comprensible desde la perspectiva internacional, ya que lo relevante es donde reside la persona humana con la intención de establecerse (domicilio) y el lugar donde vive y establece vínculos durables por tiempo prolongado (residencia). En el primer caso, la intención de establecerse exige una registración documental, una residencia registrada con el propósito de acreditar la intención y; en el segundo, es una cuestión fáctica que se demuestra por cualquier medio probatorio” (6).

Como se puede advertir el concepto de domicilio comprende un elemento objetivo y otro subjetivo consistente en la voluntad, la intención de permanecer en ese Estado. En cambio, la residencia habitual es una noción más objetiva y de índole fáctica.

La residencia habitual se ha venido imponiendo en los últimos años, tal como hemos explicado. Prestigiosa doctrina ha sostenido que “si el domicilio traduce el concepto jurídico del asentamiento, la residencia habitual pretende despojar al arraigo de toda consideración legal y de psicología individual. Mientras el primero se ha ido confirmando como el instrumento mediante el que el sistema otorga transcendencia jurídica a una conducta por la que el sujeto manifiesta su intención de vincularse a un determinado medio socio-jurídico, la residencia, en cambio, se limita a atender a los hechos reales, es decir, al *domus colere efectivo*, sin fijarse en el *animus manendi* ni tratar de deducirlo a través de ficciones o presunciones legales” (7).

En suma, la residencia habitual debe ser entendida como una cuestión de hecho, de carácter sociológico, diferente a la noción de domicilio, de carácter normativo.

Ahora bien, el art. 2614, Cód. Civ. y Com. define el domicilio de las personas menores de edad. Señala que este se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental; si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual.

El art. 2614 Cód. Civ. y Com., en el segundo párrafo se ocupa de aclarar una cuestión central en materia de restitución internacional de menores, cual es que los niños no adquieren un nuevo domicilio en el lugar donde se encuentran ilícitamente retenidos

por uno de sus padres en violación de los derechos de custodia del otro progenitor.

Por su parte, el art. 3 de la ley 26.061 dispone que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esa norma. A partir de esa determinación en torno al principio del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño se dispone en aquella norma que debe respetarse respecto al niño “(...) f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”.

A su turno, el art. 3º, dec. 415/2006, reglamentario de la ley 26.061, ha establecido: “El concepto de centro de vida a que se refiere el inc. f) del art. 3º, se interpretará de manera armoniosa con la definición de ‘residencia habitual’ de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución de personas menores de edad”.

Veamos a continuación, los parámetros que permiten configurar la residencia habitual precisamente en los casos de restitución internacional de niños.

#### VI.1.c. La “residencia habitual” en los casos de restitución internacional de niños. Interpretaciones jurisprudenciales

Ni el Convenio de La Haya de 1980 ni la CIDIP IV califican el concepto de residencia habitual, pese a que informa a ambos convenios. Tal como anticipamos, se debe entender como una cuestión de hecho, de carácter sociológico, diferente a la noción de domicilio, de carácter normativo, que en la aplicación de estas convenciones carece de relevancia, como tampoco la tiene la nacionalidad de los progenitores o la del menor.

Los expertos de los países que intervinieron en la elaboración del Convenio de La Haya eligieron la residencia habitual del menor para atribuir la competencia, en razón de ser este un concepto que tiende a una mayor seguridad en lo que atañe a la restitución, ya que se supone que son los jueces de los lugares en donde el menor desarrollaba su vida los que se encuentran en mejores condiciones para resolver la cuestión de fondo.

Por su parte, en la Reunión de Autoridades Centrales de 1993 se estableció que la residencia habitual a que se hace referencia en el Convenio es la del menor, independientemente de la voluntad de los padres de vivir en ese lugar.

Si bien para algunos autores la residencia habitual es un concepto que por su claridad no es necesario calificar; en la aplicación práctica de las convenciones se plantea la cuestión de las calificaciones: deberá determinarse qué ley definirá este punto de conexión. En los casos de un procedimiento de restitución internacional de menores corresponderá la calificación de tal concepto por la *lex fori*. En el derecho argentino de fuente convencional nos encontramos con el art. 4º del Convenio argentino-uruguayo sobre la Protección Internacional de Menores de 1981 que califica la residencia habitual como el lugar donde el menor tiene su centro de vida, poniendo la atención en el

(3) RODRIGUEZ BENOT, Andrés, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2010), vol. 2, N° 1, ps. 186-202. Disponible en: [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt), p. 188.

(4) MENICOCCI, Alejandro, “El estatuto de la persona humana: del domicilio y la nacionalidad a la autonomía

conflictual y material”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional* N° XXI, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 2012, ps. 53-54.

(5) MENICOCCI, Alejandro Aldo, “Codificación de Derecho Internacional Privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Relato pre-*

*sentado al XXVIº Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*, San Miguel de Tucumán, 2014, ps. 36-37.

(6) IÑIGUEZ, Marcelo D., “Persona humana” (art. 2613 - 2620), en HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PI-CASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Libro Quinto y Libro Sexto, tomo VI),

Sistema Argentino de Información Jurídica (INFOJUS), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 344.

(7) ESPINAR VICENTE, José María, “La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español”, Madrid, Civitas, 1994, ps. 24-25.

menor y no en el domicilio de sus representantes legales, criterio este último que sustentan, en cambio, los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940.

Tal como señala Najurieta, “destacados autores sostienen que, ante la laguna en la Convención, el concepto de residencia habitual debería definirse de la manera que mejor responda a la justicia del caso”. Sin embargo, en opinión de la autora, “estas interpretaciones desvirtúan la noción de ‘residencia habitual’, que tiene un contenido autónomo uniforme en el contexto de los convenios relativos a niños y niñas elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya” (8).

La Corte Suprema, en el célebre caso “Daniela”, sostiene que la expresión residencia habitual utilizada por la Convención de La Haya “se refiere a una situación 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 los menores”, tal como lo define el Convenio argentino-uruguayo. En virtud de ello, declara equivocada la interpretación de la apelante, que hace depender la residencia habitual del menor del domicilio de sus padres. Por el contrario, en el caso no se discutió que la menor vivió en Canadá desde su nacimiento hasta el traslado a la Argentina, durante cuatro años, con lo cual se cumplía el requisito de habitualidad. Que la estadía del matrimonio en Canadá no haya sido definitiva o que las autoridades de tal país solo hubieran autorizado su permanencia por un tiempo limitado hacen a la configuración, o no, del domicilio, pero en nada afectan a la de la residencia habitual; por ende, tales extremos son irrelevantes a los fines de la restitución internacional de menores (9).

En “C. P., M. V. c. S., G. s/ autorización”, la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en febrero de 2016 interpretó estas disposiciones en un caso donde M. V. C. P., por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad V. y M. S. C., contra el padre de ambos niños G. S., solicitó la autorización judicial para viajar y residir con los niños en la Ciudad de Panamá, República de Panamá. En primera instancia, el juez otorgó la autorización y estableció un régimen de comunicación y un plan de vacaciones destinados a mantener el contacto paterno-filial.

El juez interpretó el significado de los conceptos “centro de vida” y “residencia habitual” y estimó que, dadas las características de trabajo de sus padres, los niños V. y M. S. C. no tienen centro de vida en lugar alguno en una conclusión que el recurrente (el padre) entiende se aparta de lo prescripto por la ley 26.061.

El estudio del significado del concepto “centro de vida” se realizó a partir de argu-

mentos basados en una situación fáctica que, según se indica en la resolución, tiene componentes físicos, ambientales, psicológicos, emocionales, de calidad de vida y vinculables, entre otros, a cuya consideración se ha agregado el texto del art. 3 de la ley 26.061 para concluir que estos niños carecen de centro de vida.

La Cámara que revocó la sentencia de primera instancia sostuvo que: “El ‘centro de vida’ es una noción definida normativamente que precisa la idea general de ‘mejor interés del niño’, en términos similares a los que adoptara la comunidad internacional en la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y que —a finales de 2005— mereció consagración legislativa en el art. 3, inc. f de la ley 26.061 que debe ser considerado como una pauta interpretativa respecto de la aplicación de ese principio... Este concepto técnico del centro de vida se construye a partir de una perspectiva retrospectiva que requiere considerar la historia de los niños en tanto sujetos de derecho (conf. art. 3. inc. a de la ley 26.061). Los niños tienen vidas vinculadas y dependientes de los padres, lo cual no significa que el concepto ‘centro de vida’ se verifique exclusivamente a partir de consideraciones derivadas de las intenciones de sus progenitores. Lo que importa en la norma es la cuantificación del lapso en que los niños han residido en un lugar donde han desarrollado una parte importante de sus vidas”.

El tribunal de alzada estimó que el a quo omitió atender al significado expresado por el decreto 415/2006 que al reglamentar el art. 3 de la ley 26.061, dispone que “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 la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad”. Así como la ley 26.601 estipula cómo debe ser entendida la expresión técnica “centro de vida”, de modo similar el decreto establece que el concepto de residencia habitual debe ser interpretado según pautas vinculadas a un sector específico del derecho cual es el de los mencionados tratados internacionales en el ámbito de la sustracción de los menores.

Y la Cámara agrega: “Además del texto de esta Convención —aprobada por la ley 23.857— ha de considerarse lo dispuesto ahora por el Título IV del Libro Sexto del Código Civil y Comercial de la Nación ‘Disposiciones de derecho internacional privado’, que distingue en su Parte Especial en el art. 2613 del CCCN entre el domicilio y la residencia habitual y también lo previsto por el art. 2614 que prescribe que en el caso de ejercicio plural de la responsabilidad parental y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las personas menores

de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual. El concepto de domicilio en ambas normas se vincula al elemento subjetivo e intencional y en el segundo al lugar donde se vive y se establecen vínculos durables por un tiempo prolongado, definición que alude a una noción más objetiva, sociológica y de índole fáctica despojada, en lo posible, de una consideración psicológica y de razonamientos basados en ficciones o presunciones legales (Scotti, Luciana en Bueres, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado”, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, t. 2, p. 678 y lo dicho recientemente en un caso de competencia por este tribunal en la c. 82.736/2010/1/CA1 del 23 de diciembre de 2015 con cita de CS, Fallos 323:2021; 324:908; 324:2487; 325:339; 332:238, y Mizrahi, Mauricio Luis, “El niño y las cuestiones de competencia”, LA LEY, 2012-E, 1183”).

El examen de las pruebas producidas y el relato de las historias de vida efectuado en la sentencia permite advertir —en el limitado marco necesario para verificar si se configura esta pauta interpretativa— que V. nació el 23/2/11 y M. el 30/10/12 y que viven en la República Argentina desde septiembre de 2013 donde, según se admite en la sentencia, concurren al jardín de infantes —el segundo de ellos desde el 7 de mayo de 2014 cuando contaba con 17 meses de edad— y desarrollan actividades de recreación extracurriculares con una sana y nutriente interacción con ambos padres. No se han realizado denuncias respecto a su ubicación en nuestro país de modo que la residencia es legítima y —desde un punto de vista estrictamente cuantitativo— se ha desarrollado en la ciudad de Buenos Aires durante gran parte de las existencias de V. y M. S. C.

Para rechazar el pedido de autorización, la Cámara consideró que “el concepto jurídico de la residencia habitual de los menores no constituye una noción pétrea o inmodificable, pero no implica considerar que las mejores posibilidades de desarrollo profesional de la madre justifiquen, de por sí, desarraigar a los niños de su centro de vida... Sobre este aspecto de la cuestión se han evidenciado los problemas que podrían sufrir V. y M. con el cese de la relación íntima y personalizada que tienen con su padre de producirse el traslado a Panamá que la actora ha explicado como conveniente fundamentalmente con sustento en sus motivaciones de desarrollo profesional en el caso de unos niños que han llevado hasta la actualidad una existencia óptima en nuestro país teniendo en cuenta el estado de conflicto de sus progenitores... El rechazo del pedido de autorización se adopta por este Tribunal al entenderse que resulta conveniente que los menores permanezcan en el estado en que se encuentran en la República Argentina para favorecer su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (arts. 17, 23, 27 y 32.1. de la Conven-

ción sobre los Derechos del Niño), donde se ha conformado su centro de vida y por ser esta la decisión que mejor contempla el interés superior del niño frente a una decisión, como el cambio de radicación, que no se ha demostrado como necesariamente conveniente para mejorar la situación en que se encuentran V. y M.”.

Sin embargo, la jurisprudencia comparada no es uniforme. En efecto, la interpretación del concepto central de residencia habitual ha demostrado ser cada vez más problemática con interpretaciones divergentes que surgen de distintas jurisdicciones. No hay uniformidad respecto de si al momento de determinar la residencia habitual el énfasis debe recaer sobre el niño exclusivamente, prestando atención a las intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor, o si debe estar primordialmente en las intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor.

Cualquier valoración de la interpretación de residencia habitual se torna aún más complicada por el hecho de que los casos que se concentran en el concepto pueden involucrar situaciones fácticas muy diversas.

Por ejemplo, se ha resuelto que cuando existan pruebas claras de la intención de emprender una nueva vida en otro Estado, la residencia habitual existente se perderá y se adquirirá una nueva dentro de un período de tiempo breve (10).

Por su parte, cuando una mudanza carece de término de finalización o podría carecer de término de finalización, la residencia habitual al momento de la mudanza puede perderse, y una nueva, adquirirse con relativa celeridad (11).

Asimismo, cuando una mudanza tiene un término de finalización, aunque sea por un período de tiempo extenso, ciertos Estados Contratantes del Convenio de La Haya han aceptado que la residencia habitual existente puede conservarse a lo largo de aquella (12).

A los fines del caso que nos ocupa en esta ocasión, es de interés repasar el caso de la jurisprudencia estadounidense “Delvoye v. Lee” de la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito que dio origen al “Delvoye standard” (13).

De acuerdo con la doctrina de este fallo, en aquellos casos de recién nacidos menores de seis meses, el elemento esencial a los fines de establecer la residencia habitual del niño es la voluntad recíproca de ambos progenitores de fijar domicilio en la que resultare la residencia habitual del niño. El *Delvoye Standard* ni siquiera requiere que el recién nacido haya estado presente de manera física en dicho Estado en el momento anterior a la sustracción o retención indebida.

(8) NAJURIETA, María Susana, “El interés superior del niño a ser rápidamente restituido a su residencia habitual. Un nuevo aporte jurisprudencial en aplicación de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980”, en La Ley, cita online: AR/DOC/7498/2012.

(9) “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa *Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela*”, CS, 14 de junio de 1995, 318:1313.

(10) Ver, entre otros, *DeHaan v. Gracia* [2004] AJ No.94 (QL) [Canadá - 2004] ABQD 4, [Cita INCADAT: HC/E/CA 576]; Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990 - Reino Unido] 2 AC 562 [Cita INCADAT: HC/E/UK 2]; Re F. (A Minor) (Child Abduction) [1992 - Reino Unido] 1 FLR 548 [Cita INCADAT: HC/E/UK 40].

(11) Ver, entre otros, *Al Habtoor v. Fotheringham* [2001 - Reino Unido] EWCA Civ 186 [Cita INCADAT: HC/E/UK 875]; *Callaghan v. Thomas* [2001 - Nueva Zelanda] NZFLR 1105 [Cita INCADAT: HC/E/NZ 413]; *Cameron v. Cameron* 1996 SC 17, 1996 SLT 306, 1996 SCLR 25 - Reino Unido

[Cita INCADAT: HC/E/UKs 71]; *Moran v. Moran* 1997 - Reino Unido, SLT 541 [Cita INCADAT: HC/E/UKs 74]; *Karkkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006 - Estados Unidos de América) [Cita INCADAT: HC/E/USf 879].

(12) Ver, entre otros, Ø.L.K., 5. Abril 2002, Dinamarca, B-409-02 [Cita INCADAT: HC/E/DK 520]; Re H. (Abduction: Habitual Residence: Consent) [2000] 2 FLR 294 [2000 - Reino Unido] 3 FCR 412 [Cita INCADAT: HC/E/UK 478]; *Morris v. Morris*, 55 F. Supp. 2d 1156 (D. Colo., Aug. 30, 1999 - Estados Unidos de América) [Cita INCADAT: HC/E/USf 306]; *Mozes v. Mozes*, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001 - Estados Unidos de América) [Cita INCADAT: HC/E/USf 301]. No obstante, cuando una mudanza había de extenderse por dos años, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Tercer Circuito concluyó que se producía un cambio de residencia habitual poco después de la mudanza, ver: *Whiting v. Krassner*, 391 F.3d 540 (3rd Cir. 2004) [Cita INCADAT: HC/E/US 778]. Por otro lado, en un fallo inglés de primera instan-

cia se sostuvo que un menor había adquirido residencia habitual en Alemania luego de cinco meses, si bien la familia se había mudado allí solo por un traslado temporal de seis meses, ver: Re R. (Abduction: Habitual Residence) [2003] EWHC 1968 [Cita INCADAT: HC/E/UK 580].

(13) “*Delvoye v. Lee*”, 329 F.3d 330,332 (3d Cir.2003). En noviembre del año 2000, la Srta. Lee, embarazada, se trasladó desde los Estados Unidos a Bélgica junto con el Sr. Delvoye. Su estadía en Europa era temporaria. Allí vivieron juntos. El 14/05/2001 nació S. en Bélgica. Setenta días después, el 23/07/2001, la Srta. Lee regresó a los Estados Unidos junto con S. Ante la solicitud de restitución, el tribunal norteamericano resolvió que S. era un recién nacido; que ambos progenitores tenían la intención de establecer la residencia habitual del niño en EE.UU. Los jueces de primera instancia entendieron que se encontraban acreditadas las siguientes circunstancias de hecho que no fueron revisadas por el superior: (i) Lee se había trasladado a Bélgica en razón de que

los costos médicos resultaban más bajos que en EE.UU.; (ii) ambos progenitores estaban de acuerdo en que la madre y el niño solo permanecerían en Bélgica por muy poco tiempo; (iii) Bélgica le había otorgado una visa de turista por un período de tres meses sin que ella intentara renovarla; (iv) Lee había dejado sus pertenencias en EE.UU. y, llamativamente, allí había dejado su guardarropa con la ropa para el parto; (v) todo el tiempo que Lee permaneció en Bélgica no acomodó su ropa y la mantuvo en su valija. Basándose en estos hechos, la corte del Tercer Circuito resolvió que la residencia habitual de S. no se encontraba en Bélgica. Dado que un recién nacido no tiene la edad suficiente como para ambientarse, la residencia habitual del niño depende exclusivamente de la voluntad común de la pareja parental. La decisión unilateral de uno de ellos no goza de entidad suficiente como para modificar su residencia habitual. Una interpretación en sentido contrario incentivaría la sustracción de menores.

En los casos de niños mayores de seis meses y hasta los cuatro años de edad, el tribunal debe tomar cuenta tres circunstancias: i) los Estados en los que se encontró físicamente presente el niño antes de la sustracción o la retención; ii) la duración de dichas estadías, y iii) la voluntad recíproca de los padres de establecerse en la que fuere la alegada residencia habitual del menor.

A su turno, cuando los niños fueren mayores de cuatro años, la aplicación de *Delvoye Standard* importa considerar cuatro circunstancias, a saber: i) los Estados en los que permaneció el menor antes de la sustracción o retención; ii) la duración en el tiempo de dichas estadías; iii) los deseos del niño de permanecer en dichos lugares, y iv) los actos que el niño realizara previo a su sustracción y/o retención y que exhiben su intención de permanecer en dicho lugar (14).

En el caso argentino bajo análisis, la Corte Suprema en efecto, no pudo indagar sobre la permanencia estable en un Estado u otro, ni en los deseos de la propia niña, dada su corta edad. Ante ello, tuvo que averiguar si existía la voluntad común de ambos progenitores en establecer la residencia habitual de su hija. Al respecto, manifiesta: “Ni las manifestaciones de los progenitores, ni las declaraciones testificales, como tampoco la documentación acompañada, permiten considerar fehaciente e indubitablemente acreditado que hubiese existido una clara decisión consensuada de abandonar la residencia que la familia tenía hasta entonces y adquirir una nueva en el país extranjero, para que fuese allí donde la niña desarrollase con habitualidad su vida. (...) Por el contrario, los elementos fácticos y probatorios obrantes en la causa y, en especial, las conductas y expresiones de las partes que solo dejan traslucir la visión propia de cada uno de ellos respecto de un mismo hecho, advierten sobre cierta ambigüedad en la intención que habrían tenido al encarar el viaje realizado a Europa, lo que resta entidad a la posible configuración de una firme decisión compartida de mudar la residencia vigente”.

En suma, la clave de la decisión de nuestra Corte Suprema reside en la ausencia de configuración de la residencia habitual en el extranjero, en este caso, Francia. Sin embargo, en las instancias inferiores, así como en defensa de la demandada, se invocaron otros argumentos que analizaremos a continuación.

VI.2. La excepción de “grave riesgo.” Interés superior del niño y perspectiva de género: un delicado equilibrio

VI.2.a. Principio y excepciones en materia de restitución internacional de niños

Como es sabido, los convenios sobre restitución internacional de niños se basan en la presunción fundamental de que el traslado o retención ilícitos del menor son generalmente perjudiciales para su bienestar y, en consecuencia, en la mayoría de los casos, se atenderá al interés superior del menor si se decide su retorno al Estado de su residencia habitual, donde deberían resolverse las cuestiones atinentes al cuidado personal y régimen de comunicación.

En tal sentido, el artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CLH 1980) prevé la obligación de garantizar la restitución inmediata del menor. Establece que la autoridad com-

petente del Estado al que el menor ha sido trasladado o en el que se encuentra retenido ilícitamente tiene la obligación de ordenar la restitución inmediata del menor si, a la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad competente requerida, ha transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o la retención ilícitos. Incluso, la autoridad competente tiene la obligación de ordenar la restitución, aun en el caso de que se hubiere iniciado el procedimiento después de un año, salvo que se demuestre que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

Asimismo, el artículo 11 exige que las autoridades judiciales y administrativas actúen con urgencia en la restitución del niño. Dispone que, si no se ha dictado una decisión luego de seis semanas desde el inicio del procedimiento, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido tiene derecho a solicitar una declaración sobre las razones de la demora.

Disposiciones muy similares encontramos en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, celebrada en Montevideo, en 1989 (CIDIP IV).

Ahora bien, ambos convenios reconocen excepciones que atienden a circunstancias que desvirtúan la presunción según la cual el interés superior del menor se garantiza con la inmediata restitución al país donde tenía su centro de vida.

En lo que concierne a tales excepciones, el Informe Explicativo del Convenio de La Haya de 1980 indica que “deben ser aplicadas como tales”, es decir “de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado”. Agrega que “una invocación sistemática de las (...) excepciones, al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado” (15).

Dentro de las excepciones taxativamente previstas, nos interesa detenernos en la contenida en el art. 13, primera parte, inciso b del Convenio de La Haya (art. 13(1) (b)); en el art. 11, primera parte, inciso b de la CIDIP IV (art. 11 (1) (b)) y en el art. 7 del Convenio argentino-uruguayo, según la cual el menor no será restituido si se comprueba que ello le provocará un grave riesgo físico o psíquico o lo exponga a una situación intolerable.

VI.2.b. Alcances de la excepción de grave riesgo

Esta es la excepción más invocada por quien ha sustraído al niño y no desea su retorno. En múltiples oportunidades se invoca violencia familiar, abusos sexuales, antecedentes penales del progenitor, entre otras circunstancias. En cualquier caso, estas alegaciones deben ser probadas acabadamente.

Tal como lo expresa Graiewski, “el supuesto contemplado en el inciso b) del art. 13 de la Convención se trata de un tema muy sensible, puesto que en cada vez más oportunidades los padres sustractores alegan esta causal para oponerse a las restituciones, y se refieren al padre que solicita el reintegro como posible fuente del daño. Concretamente, denuncian al padre postergado de ser violento en un plano físico,

psíquico y hasta sexual, y alegan que —en consecuencia— reintegrar a los menores los pondría a merced de una esta persona que podría generarles un daño. En muchos casos, manifiestan que este fue el motivo que los llevó a trasladar a sus hijos, como una manera de protegerlos del otro progenitor (...) Esto pone a los jueces a quienes se requiere la restitución, en una situación muy delicada a la hora de decidir si reintegran a los menores, y aquí es donde se plantean las desintelencias a la hora de interpretar el artículo 13 b)” (16).

Lamentablemente, algunas prácticas en la aplicación del artículo 13(1) (b) pueden causar demoras indebidas en la resolución del caso, lo cual es contrario a la obligación que establece el Convenio de utilizar procedimientos de urgencia.

Precisamente, a los fines de facilitar la interpretación de sus acotados alcances, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha aprobado en diciembre de 2019 la Guía de Buenas Prácticas vinculadas con el Artículo 13 (1) (b) (17).

Esta Guía, típico instrumento de *soft law*, distingue los diferentes casos:

i) Alegaciones de violencia doméstica/familiar o maltrato infantil, y de que el menor quedaría expuesto a un riesgo grave tras la restitución: el padre sustractor u otra persona u organismo que se opone a la restitución alega la existencia de un riesgo grave de daño físico o psicológico, o de ser colocado en una situación intolerable, que pesaría sobre el menor en caso de ser restituido, dado por comportamientos violentos o inapropiados contra el menor, o por estar expuesto a violencia doméstica entre los padres o la posibilidad de que el padre sustractor sea dañado por el padre privado del menor tras el retorno. Tal como advierte la Guía, en general la orden de restitución del menor no necesariamente supone el retorno del menor al padre privado del menor, ni el retorno a la vivienda de este, sino que se trata de la restitución del menor al Estado de residencia habitual, lo cual podría suponer regresar a una ciudad distinta de la del lugar de residencia del padre privado del menor.

A su vez, es necesario distinguir el comportamiento violento o inapropiado contra el menor tras la restitución, por un lado, y el daño al padre sustractor a manos del padre privado del menor tras la restitución, por el otro.

En el primer caso, las alegaciones que se presentan pueden referirse a un riesgo de abuso sexual, al peligro de que el menor sea maltratado física o emocionalmente por el padre privado del menor, o que quede expuesto a comportamientos perjudiciales de este último tras la restitución.

En el segundo supuesto, la alegación del padre sustractor consiste en que ha sufrido violencia doméstica a manos del padre privado del menor, al punto de no poder regresar con el menor al Estado de residencia habitual por miedo a ser dañado nuevamente (física o mentalmente) por el padre privado del menor. El padre sustractor alega que, por este miedo o amenaza, no se sentiría a salvo o no sería capaz, física y/o psicológicamente, de sobrellevar el regreso al Estado de residencia habitual, lo que derivaría en el deterioro de su capacidad para cuidar al menor. Alega además que, de regresar con el menor, existiría un grave riesgo de que el menor fuera expuesto a daño físico

o psíquico, o de que de alguna otra manera fuera sometido a una situación intolerable, dado que él/ella es el custodio principal del menor.

En el caso expuesto en primer término, siempre que puedan probarse las alegaciones, es más factible que corresponda el rechazo a la restitución, mientras que, en el segundo, la tendencia debería ser conceder, en general, la restitución, pero acompañada de medidas de protección que eviten los riesgos invocados.

ii) Alegaciones de que la restitución del menor crearía una situación en la que estaría expuesto a un riesgo grave: el padre sustractor u otra persona u organismo que se opone a la restitución alega la existencia de un riesgo grave de que la restitución exponga al menor a daño físico o psíquico, o que de otra manera ponga al menor en una situación intolerable, debido a ciertas circunstancias directamente relacionadas con la persona del menor. Dentro de los casos más comunes, encontramos: a. Separación de su (s) hermano (s) tras la restitución; b. Desventajas económicas extremas (p. ej., por el hecho de que el padre sustractor no sería capaz de proveer los medios económicos suficientes para mantener al menor) o educativas graves (p. ej., si no pudiera asistir a la escuela en el Estado de residencia habitual) para el menor tras la restitución; c. Riesgos asociados con el Estado de residencia habitual en el plano político, económico o de seguridad; d. Riesgos asociados con la salud del menor (por ej., por la falta de tratamientos o servicios apropiados en el Estado de residencia habitual).

iii) Alegación de que la incapacidad de regresar del padre sustractor expondría al menor a un riesgo grave: Puede afirmarse que ordenar la restitución del menor sin el padre sustractor supondría un riesgo grave de que la separación exponga al menor a daño físico o psíquico, o que de alguna otra manera lo ponga en una situación intolerable, dado que el padre sustractor es el principal custodio del menor. En general, la jurisprudencia se ha mostrado reticente a denegar la restitución ante esta situación, salvo si todos los esfuerzos para conseguir la autorización para entrar al país han sido inútiles. Sin embargo, estos casos no son usuales, dado que la mayoría de las veces es posible obtener los permisos inmigratorios pertinentes por medio de la colaboración entre las *autoridades centrales*.

De todos modos, es necesario diferenciar varios supuestos: a. Acción penal o de otra índole en el Estado de residencia habitual por el traslado o la retención ilícitos (el padre sustractor no puede regresar con el menor al Estado de residencia habitual porque, si regresara, enfrentaría una acción penal o un procedimiento por desacato al tribunal por el traslado o la retención ilícitos del menor); b. Imposibilidad para ingresar o permanecer en el Estado de residencia habitual por cuestiones de inmigración (el padre sustractor no puede regresar con el menor al Estado de residencia habitual por no poder ingresar al Estado en razón del vencimiento de su visado o porque no tiene derecho a residir en el territorio de ese Estado); c. Situación económica tras la restitución (el padre sustractor no puede o no quiere regresar con el menor al Estado de residencia habitual porque enfrentaría una situación económica difícil o insostenible); d. Acceso a la justicia en el Estado de residencia habitual (el padre que sustrajo al menor no puede o no quiere regresar con el

(14) SCHERMAN, Ida A. “La residencia habitual del niño: evolución de criterios judiciales”, en *La Ley*, cita online: AR/DOC/7209/2012.

(15) PÉREZ VERA, Elisa, “Informe explicativo del Con-

venio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Publicaciones de la HCCH*, 1982, p. 8. Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/exp28s.pdf>.

(16) GRAIEWSKI, Mónica, “Restitución internacional de menores. Excepciones de la Convención de La Haya de 1980”, en *Ratio Iuris*. Revista de Derecho Privado. Año II, N° 2, 2014, ps. 123-124. Disponible en: <http://www.uces.edu.ar/journalsopenaccess/index.php/ratioiurisB/article/view/163/178>

(17) Disponible en: <https://www.hcch.net/fr/publications-and-studies/details4/?pid=6740>



menor al Estado de residencia habitual porque no tendría acceso efectivo a la justicia en ese Estado, por ejemplo, si no dispone de los medios para costear su representación legal), e. Imposibilidad de regresar al Estado de residencia habitual por razones médicas o familiares (el padre sustractor no puede o no quiere regresar con el menor al Estado de residencia habitual por razones médicas o familiares).

En cualquier caso, siempre es importante tener en claro que el niño debe ser la consideración principal al aplicar el art. 13(1) (b) y no si la restitución pondría en riesgo exclusivamente la seguridad del progenitor sustractor.

VI.2.c. ¿Convenio de La Haya de 1980 vs. Convención para Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer?

El fallo de primera instancia, en consonancia con uno de los argumentos expuestos por la defensa de la demandada da cuenta de una potencial incompatibilidad entre el CLH 1980 y la CEDAW.

En tal sentido, se ha afirmado: “Ciertamente, el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores es un tratado clásico que posee jerarquía supra legal pero que no tiene jerarquía constitucional ni conforma parte del bloque de constitucionalidad. Por lo tanto, puede ser objeto del control de convencionalidad cuando en su aplicación se oponga o tenga una interrelación negativa con respecto a disposiciones convencionales de mayor jerarquía” (18).

En primer lugar, esta afirmación es capciosa, porque la confrontación en todo caso se podría configurar entre la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y la CEDAW, ambas de jerarquía constitucional en nuestro país, ambas protectorias de sujetos especialmente vulnerables, cuyos derechos no tendrían que entrar en colisión (19).

Recordemos que, desde el primer fallo de la Corte Suprema, nuestro máximo tribunal se ocupó de reconfirmar la compatibilidad entre el CLH 1980 y la CDN.

Por otro lado, también es ampliamente reconocido que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la *ultima ratio* del orden jurídico, pues constituye en sí mismo un acto de suma gravedad institucional. Mucho menos, entonces, se puede tomar a la ligera dicha declaración en relación con un tratado internacional, de jerarquía suprallegal, y que a lo largo de sus cuarenta años ha permitido resguardar los derechos de muchísimos niños en todo el mundo.

Además, es el mismo CLH 1980, a través de sus propias disposiciones, que contem-

pla supuestos en los que el “mal menor” es el no retorno del niño a su lugar de residencia habitual. Y es precisamente en el marco de las excepciones previstas que se pueden contemplar casos de violencia familiar.

No solo la excepción de grave riesgo, tal como lo expone la Guía de Buenas Prácticas de 2019, sino también la previsión del art. 20 LCH 1980 que reza: “La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

Asimismo, en casos en los que los niños involucrados han alcanzado cierto grado de madurez, se torna trascendental la escucha del menor que seguramente va a evidenciar la existencia de situaciones de violencia.

Tal como afirma Najurieta, “la escucha del niño obliga a la autoridad pública a tomar con seriedad sus manifestaciones y a ponderarlas a la luz del art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, en forma circunstanciada al objeto de la decisión —una demanda de restitución y no la resolución de la custodia, como derecho de fondo—, y con plena conciencia de que el derecho del niño comprende también el derecho a ser informado de las razones por las cuales se ha soslayado su opinión en la toma de la decisión” (20).

En todo caso, debemos recordar que, en principio, en un caso de restitución internacional, el juez no está habilitado a ingresar en un examen de fondo de la situación del niño y su familia. Además, debe resolver en un trámite de carácter urgente, con plazos que deberían ser muy abreviados. Ello no significa que, bajo ciertas circunstancias, el magistrado competente no deba abrir un período de prueba que permita indagar si realmente existe un supuesto de violencia doméstica/familiar o incluso violencia de género (21) que pudiera configurar la excepción de grave riesgo y una vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el período de prueba fue de tan solo 10 días. ¿En menos de dos semanas, es realmente posible probar que existe violencia de género psicológica? Queda resonando ese interrogante.

Por último, cabe recordar, en sintonía con la Guía de Buenas Prácticas de 2019 que, en muchos casos, se puede ordenar la restitución, cuando corresponde su procedencia (lo que no sucede en el fallo analizado), condicionada a la adopción de medidas de protección para el retorno seguro del niño.

Precisamente, las medidas de protección se consideran con mayor frecuencia en situaciones en las que el riesgo grave declarado implica abuso infantil o violencia do-

méstica, pero no exclusivamente. Cubren una amplia gama de servicios, asistencia y apoyo existentes, incluido el acceso a servicios legales, asistencia financiera, asistencia de vivienda, servicios de salud, refugios y otras formas de asistencia o apoyo a víctimas de violencia doméstica, así como respuestas de la policía y la justicia penal sistema.

Las medidas de protección pueden estar disponibles y ser fácilmente accesibles en el Estado de residencia habitual del niño o, en algunos casos, pueden ser necesarias antes de la restitución del niño (22). En este último caso, las medidas de protección específicas solo deben establecerse cuando sea necesario de manera estricta y directa para abordar el grave riesgo. No deben imponerse como algo natural y deben tener una duración limitada que finalice cuando el Estado de residencia habitual del niño pueda determinar qué medidas de protección son apropiadas para el niño, si es que las hay. En ciertas circunstancias, si bien están disponibles y accesibles en el Estado de residencia habitual, las medidas de protección pueden no ser suficientes para abordar eficazmente el grave riesgo. Un ejemplo puede ser aquel en que el padre que solicita la restitución ha violado repetidamente las órdenes de protección.

Ya sea en forma de una orden judicial o de compromisos o acuerdos voluntarios, la eficacia de las medidas de protección dependerá de si y bajo qué condiciones se pueden hacer cumplir en el Estado de residencia habitual del niño. Una opción puede ser dar efecto legal a la medida de protección mediante una orden espejo en el Estado de residencia habitual, si es posible y está disponible. Pero el tribunal en el Estado requerido no puede emitir órdenes que excedan su jurisdicción o que no estén obligados a mitigar un riesgo grave establecido. Cabe señalar que los acuerdos voluntarios no son fácilmente exigibles y, por lo tanto, pueden no ser efectivos en muchos casos. Por lo tanto, se deben usar con precaución, especialmente en casos donde el riesgo grave involucra violencia doméstica.

Con respecto a las medidas de protección, el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños puede facilitar el pronto regreso de los niños, cuando esté en vigor entre los Estados involucrados. Esta convención se suma a la eficacia de cualquiera de esas medidas al garantizar que sean reconocidas en todos los demás Estados partes y puedan declararse ejecutables a solicitud de cualquier parte interesada de acuerdo con el procedimiento previsto en la ley del Estado donde se busca la ejecución (23).

En el caso que nos ocupa si la residencia habitual hubiera estado en Francia, ante las alegaciones de violencia invocadas por

la progenitora, estas medidas de protección bien podrían haberse obtenido con la cooperación de las autoridades galas siendo que la República Francesa es un Estado profundamente comprometido tanto con la protección de los derechos del niño como con la perspectiva de género.

VI.3. La protección del derecho a la intimidad y el interés superior del niño

La protección que todo niño, niña y adolescente alcanza, como no puede ser de otra manera, al derecho a su intimidad. Este no es un punto menor, la protección de ese derecho es sumamente importante para su seguridad y el libre desarrollo de la personalidad.

La CDN es sin dudas uno de los pocos textos convencionales que trajo nuevos paradigmas afectando de manera transversal incontables institutos. En su artículo 16 incorpora, dentro de la categoría de ‘derechos fundamentales’, a la protección de la intimidad indicando que no deben ser “objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación”. En el segundo inciso expresamente se menciona que todo niño “tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

En nuestro país, el derecho a la privacidad e intimidad familiar de todo NNA está protegido y comprendido en el artículo 10 de la ley 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. En dicho artículo se establece que “tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar”. Sumado a ello, en el art. 22 se establece la expresa prohibición de “exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar”. Esta labor está en manos de aquellos que deben procurar su cuidado por no poder ejercer su defensa por sí mismos, protegiendo su identidad no exponiéndolos a situaciones susceptibles de invadir su privacidad.

En este caso, la propia madre expuso la historia que se encontraba atravesando mediante una publicación —que aun circula digitalmente— titulada: “Mi casa es aquí” (24), replicado en otros sitios (25), dando detalles y su versión de la historia de la cual no puede accederse incluso leyendo la sentencia. Diversos medios (26) se hicie-

(18) RAYA de VERA, Eloísa B., “Cambio de paradigma: juzgar con perspectiva de género en materia de restitución internacional de menores -Comentario a fallo “V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niño”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado*, 30/10/2020, elDial.com.

(19) Coincidimos en que: “no se trata de la incorporación de la perspectiva de género para resolver automáticamente a favor de las mujeres o para originar potenciales conflictos entre esta mirada y aquellos sujetos especialmente protegidos por el ordenamiento (NNA o personas con capacidad restringida, por caso). Se han visibilizado aquellas desigualdades que persisten, naturalizadas bajo el reconocimiento formal de derechos, pero que no son modificadas para generar las condiciones de igualdad material que garantice el ejercicio efectivo y real de ellos”. Cfr. LLOVERAS, Nora, BRUNEL, Tamara F. y SCOCOZZA, Romina D. “El ejercicio de la responsabilidad parental: un análisis desde la perspectiva de género”, en RDF 87, 09/11/2018, 187; AR/DOC/3433/2018.

(20) NAJURIETA, María Susana, “La escucha del niño y su importancia desde la óptica del acceso a la justicia en el marco de las convenciones internacionales relativas a la infancia”, en RDF 84, 17/05/2018, 217.

(21) Sin pretender polemizar, es importante distinguir que no toda violencia familiar o intrafamiliar es violencia de género. En los casos de traslados o retenciones ilícitas es muy probable que estén en juego posturas irreconciliables, egoísmos, discusiones virulentas, que generen situaciones de violencia doméstica. La propia actitud del padre o madre sustractor/a es una vía de hecho que importa una conducta violenta, que se impone unilateralmente, despojando por las vías de hecho de los derechos del otro progenitor. Pero no necesariamente existe violencia de género, aunque muchas veces se la alega como una eficaz maniobra dilatoria.

(22) En el derecho argentino, el artículo 2642 del Código Civil y Comercial de la Nación prevé la cooperación de nuestros jueces ante pedidos de autoridades competentes extranjerías o de parte legitimada en miras a tomar medidas anticipadas protectorias ante el inminente

ingreso al país de un niño, y eventualmente del adulto que lo acompaña, cuando corran algún tipo de riesgo o pudieran sufrir una amenaza en sus derechos.

(23) El 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 contiene disposiciones que pueden ser de asistencia cuando una autoridad judicial o administrativa desea ordenar la restitución de un niño en virtud del Convenio de 1980, pero condicionada a que se fijen determinadas medidas urgentes y necesarias para garantizar la restitución segura del niño y garantizar la protección ininterrumpida del niño en el Estado contratante requirente (hasta tanto las autoridades en el Estado contratante puedan actuar a los fines de proteger al niño). En este sentido, el Convenio de 1996 contiene un fundamento específico de competencia que, cuando el caso sea de urgencia, le permite al Estado contratante requerido adoptar “medidas de protección necesarias” respecto del niño. El Convenio de 1996 agrega a la eficacia de cualquier otra medida de

protección ordenada al garantizar que dichas órdenes sean reconocidas de pleno derecho en el Estado contratante al cual se debe restituir al niño y sean ejecutorias en ese Estado contratante a petición de cualquiera de las partes interesadas (hasta el momento en que las autoridades en el Estado contratante requirente puedan fijar las medidas de protección necesarias). Este Convenio ha sido aprobado por el Congreso de la Nación, pero está pendiente de ratificación por el Poder Ejecutivo.

(24) Ver <https://www.elcohetelaluna.com/mi-casa-es-aqui/>

(25) Ver <https://infobaires24.com.ar/wp-content/uploads/2020/10/mi-casa-es-AQUI-3.pdf>

(26) Ver <https://www.pagina12.com.ar/272860-volver-al-pasado-como-forma-de-violencia>; <https://www.ellitoral.com.ar/corrientes/2020-6-26-1-0-0-polemica-restitucion-de-una-nina-argentina-con-conexion-a-francia>; [https://www.clarin.com/sociedad/2-anos-nacio-argentina-justicia-francia-dice-debe-vivir-alla-padre\\_0\\_lsn9iMac0.html](https://www.clarin.com/sociedad/2-anos-nacio-argentina-justicia-francia-dice-debe-vivir-alla-padre_0_lsn9iMac0.html);

ron eco de esta situación publicando notas y entrevistas tanto con la madre como con su letrada.

Frente a esta situación, los magistrados de la Corte reivindicaron el derecho a la intimidad y expresaron en la sentencia un 'llamado de atención' diciendo: "...ante la existencia de notas periódicas en diversos portales de internet que exponen hechos o circunstancias de la vida de la niña N. L. S. V. y de la disputa familiar que en autos se trata, a los efectos de evitar agravar el conflicto generado, corresponde *instarlos a que se abstengan de exponerla públicamente* —por cualquier medio— a fin de resguardar su derecho a la intimidad" (el resaltado nos pertenece).

Puede considerarse que simples manifestaciones publicadas en diversos medios junto a la especial publicación elaborada por la propia madre no cuentan con la entidad suficiente para generar daños o, al menos, exponer a los NNA. Sin embargo, no debe olvidarse el impacto que tiene la informática en el mundo actual. Internet implicó cambios que afectaron a todas las ramas del derecho, eliminó fronteras que antes eran imposibles de traspasar. Toda manifestación en algún medio con impacto en el mundo tecnológico debe tomar en consideración esta implicancia y posibles efectos que quizás hoy no afecten directamente, pero a futuro expongan a situaciones por las cuales no deban atravesar. La publicación de este tipo de información debe siempre ser controlada y limitada en resguardo y protección de la dignidad e intimidad que merecen los niños.

No hay persona que no sea susceptible de verse lesionada y expuesta a esta situación, pero los NNA por su grado de desarrollo, madurez y formación son sumamente más sensibles mereciendo de una especial protección adaptada a ellos. Desde Unicef manifiestan que "la mayoría de los niños, niñas y adolescentes (y gran parte de sus madres, padres y cuidadores) no están al tanto de los posibles riesgos que existen al compartir datos personales en Internet. Muchos tampoco saben que esos datos son de su propiedad y que tienen derecho a exigir que no se difundan, a rectificarlos o a no compartirlos con terceros. Más aún, muchas veces esos datos son utilizados en coberturas periodísticas de diversos temas que involucran a niños, niñas y adolescentes sin tener en cuenta el impacto que pueden provocar en sus vidas" (27).

Como vimos, uno de los argumentos esbozados se centró en la existencia de actos de violencia por el progenitor, de existir esta situación preocupante es aún más relevante en este punto. Cuando los NNA sean víctimas de este tipo de acciones se debe evitar identificarlos a través de la publicación de sus nombres o datos de su entorno como familiares, en el caso, su madre. Incluso se debe obviar todo tipo de información que permita la divulgación pública de los casos judiciales que comprometen el interés de todo NNA. Bastaron tan solo unos minutos para llegar incluso a conocer el nombre real de la niña con el simple paso de utilizar el buscador de internet. No solo se ve lesionado el derecho a la intimidad, colateralmente se ven afectados el derecho a la propia

imagen, el derecho a la protección de datos e incluso el derecho al honor.

La preocupación de la madre ante la situación que se encontraba viviendo es entendible, pero el interés superior del niño debe ser preservado por encima de cualquier otro. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tiene dicho que: "Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de estos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. *Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura*" (28) (el resaltado nos pertenece).

No es la primera vez que la Corte Suprema se encontró ante la necesidad de instar a las partes que analicen sus actos y así evitar la producción de daños. En "V. D. L. s/ restitución de menores - ejecución de sentencia" (29), los jueces dijeron: "Que, en virtud de lo expresado y dado que la consideración primordial del interés superior del niño orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a la Corte Suprema (Fallos: 328:2870), a los efectos de evitar agravar el conflicto generado y los perjuicios que este ocasiona a los menores, corresponde exhortar a los progenitores a que se abstengan de exponer públicamente hechos o circunstancias de las vidas de G.V. y E.L.V. a fin de resguardar el referido derecho a la intimidad de los niños, y a prestar colaboración en los términos de la sentencia apelada". En dicha oportunidad, fundó este pedido tanto en el artículo de la CDN mencionado junto a los arts. 14.1 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en términos amplios, en los arts. 5º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Similar situación se configuró en "D., H. A. c. L., E. M. s. restitución internacional de menores" cuando el magistrado a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil N° 4 ordenó a los progenitores, a fin de garantizar el derecho a la intimidad de los niños y en orden a su superior interés, a no exponerlos públicamente, o a la problemática de autos, en los medios de comunicación y/o redes sociales, tanto sea por sí o por terceras personas, bajo apercibimiento de aplicarles sanciones pecuniarias (30).

Retomando el caso bajo análisis, la denegación de la orden de restitución no impidió que la Corte se vea una vez más en la obligación de indagar y, en alguna medida, juzgar la conducta de los progenitores (en especial, de la madre) en cumplimiento de su función primordial de garante de los derechos fundamentales, en este caso, el de intimidad y privacidad de los niños que se hallaba avasallado por las actitudes adoptadas por los propios padres. La jerarquía constitucional de tales derechos justifica sin dudas tal exhortación.

VI.4. *La deseable solución amistosa para resolver las cuestiones de fondo*

Tal como lo destacan Calvo Caravaca y Carrascosa González, "los supuestos de sustracción internacional de menores revisten una extraordinaria complejidad. Por ello, en ocasiones cualquier solución —de retorno del menor o denegación de dicho retorno— es una solución de baja calidad. Se trata, entonces, de elegir la vía menos detestable. Por ello, la jurisprudencia (que puede exponerse respecto de la restitución internacional de menores) resultará siempre contestable, inestable, discutible" (31). Esto implica entender que la solución a cuál se arrije no dejará conforme a alguno de ellos, el proceso cuando llega a judicializarse no deja de ser contradictorio pues los progenitores no supieron ponerse de acuerdo y, en muchas ocasiones, antepusieron sus deseos y decisiones a las necesidades de sus hijos. Entonces, será imperioso tener en vista que el —supuesto— 'triumfo' para uno de ellos, no debe bajo ningún concepto afectar, por ejemplo, el contacto comunicacional fluido y natural con ambos progenitores sin importar dónde se encuentren.

Toda la situación, independientemente a la solución que se llegue, generó un daño, ya expuso al NNA a una situación que no debió pasar, que, las más de las veces, era evitable. Una vez finalizado el proceso es cuando más se requiere de la cooperación entre ellos, será el único modo de garantizar el bienestar que desde el inicio debió de ser la prioridad. Esta es la única forma de crear las condiciones de dignidad necesarias para que los niños crezcan con plena salud física y psíquica, evitando que las actitudes nocivas de sus progenitores le sigan afectando.

En este sentido, la Corte expuso que "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 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".

Después de más de un año de litigar, de las manifestaciones vertidas por las partes demostrando de manera evidente una gran tensión junto a la conformación de una familia disfuncional en la cual la violencia estaría presente, no cabe dudas que se requerirá de una gran labor por parte de ellas para evitar seguir en un camino marcado por serios problemas. Dejar de lado los intereses propios y egoístas será el trabajo que asumir si lo que pretenden es cuidar y proteger a todo NNA. Las palabras de la Corte se dirigen en ese sentido, siendo entonces pertinentes en todos sus términos.

Como sucedió en el punto anterior, encontramos antecedentes donde el más alto tribunal tomó una similar postura. Con una redacción también muy parecida, en "R., M. A. c. F., M. B. s. reintegro de hijo" (32) no solo exhortaron a los progenitores, e incluso a sus letrados, a trabajar juntos en búsqueda de proteger al niño afectado sino también a

la magistrada de 1º Instancia para que tome la debida precaución al momento de llevar adelante las medidas dispuestas sin afectar la celeridad que caracteriza al proceso. En igual sentido se resolvió en "E., M.D. c. P., P.F. s. restitución del menor C. D. E. P." (33).

Ciertamente, el mejor escenario sería no haber llegado al punto de que un juez sea quien deba decidir si corresponde o no restituir. No puede dejarse de pensar que sus propios padres son quienes se encuentran en mejor situación para tomar la decisión sobre todas las cuestiones que afecten a sus hijos, pero dejar de lado los egoísmos y conflictos de pareja hacen que pierdan el norte necesitando de una ayuda externa. Ante estas circunstancias, los modos extrajudiciales que permitan resolver conflictos de un modo amistoso se revelan con un rol destacado.

En este sentido, hace unos cuantos años se viene trabajando e impulsando la idea de incorporar a la mediación como una instancia previa (no obligatoria) en estos procesos. Todos los reconocidos beneficios que este método alternativo tiene sin duda mejorarían en varios puntos al proceso de restitución: desde la celeridad hasta la posibilidad de resolver cuestiones de fondo que le son prohibidas al juez.

En Argentina aún no se encuentra una regulación vigente sobre este tema. Sin embargo, la Comisión Nacional de Acceso a Justicia (CNAJ), creada en septiembre de 2007 por la acordada 37/07 que actualmente preside la vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Dra. Elena Highton de Nolasco, viene trabajando en materia de RINNA desde hace un poco más de 10 años. Con el interés de mejorar la aplicación de los convenios, y con el apoyo de la Oficina Regional de la Conferencia de La Haya para América Latina y el Caribe, coordinó la redacción del Proyecto Piloto para la Implementación de la Mediación a la Aplicación de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños (34).

La posibilidad de introducir a la mediación dentro de los procesos de RINNA se configura gracias al texto de los propios convenios. El CH1980, por ejemplo, dispone en su art. 7 la adopción de todas las medidas apropiadas que permitan "c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable". El retorno voluntario es el espacio jurídico necesario para que los propios progenitores puedan acudir a modos alternativos para resolver el conflicto y así acabar con la ilicitud.

Ante situaciones como las que motivaron al presente pedido de RINNA, toda autoridad competente (jurisdiccional o no) adquiere un papel fundamental. En ejercicio de esa función, el mediador hubiera gozado de un 'brillo especial' pues podría lograr que las personas en conflicto puedan por sí mismas arribar a un acuerdo fruto de su propia voluntad y no por una imposición de un tercero como lo es el juez, incluso sobre temas ajenos a la naturaleza propia del proceso. En efecto, el contenido de un acuerdo, a diferencia de una sentencia judicial en un caso de restitución, puede traspasar los límites del binomio *retorno-no retorno del niño*, y abordar otras cuestiones de fondo, como quién tendrá a su cargo el cuidado principal, cómo será el régimen de comunicación con el progenitor no conviviente,

anos-y-nacio-en-argentina-pero-la-justicia-dice-que-debe-vivir-en-francia-con-su-padre

(27) Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *Protección de datos. ¿De qué hablamos cuando hablamos de tratamiento responsable de datos personales de los NNyA?*, Argentina, 2017, p. 8. Disponible en [https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org/argentina/files/2018-04/COM-4\\_Proteccion-](https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org/argentina/files/2018-04/COM-4_Proteccion-)

Datos\_Interior\_WEB.pdf

(28) CIDH, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, párr. 134.

(29) CS, 16/08/2011.

(30) Juzgado Nacional en lo Civil N° 4, 10/07/17.

(31) CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y

La Haya (1980), en CALVO CARAVACA, Alfonso y CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (dirs.), *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Ed. Colex, Madrid, 2004, p. 172.

(32) CS, 22/12/15.

(33) CS, 10/05/16.

(34) Al respecto, puede profundizarse en SCOTTI, Luciana B. y BALTAR, Leandro, "Primeros pasos hacia la re-

cepción de la mediación para los procesos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. A propósito del Proyecto Piloto de la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia", diario LA LEY, miércoles 30 de septiembre de 2020.

arreglos sobre las obligaciones alimentarias, entre otras.

## VII. A modo de colofón

A 40 años de la aprobación del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980, y a casi 30, de su entrada en vigor en nuestro país, analizar su aplicación jurisprudencial continúa siendo un ejercicio muy valioso y fructífero.

Máxime cuando se trata de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, como máximo tribunal de nuestra Nación y, además, cuando este caso tiene la particularidad de erigirse en el primero en que aquella desestima un pedido de restitución internacional de niños.

Recapitularemos en estas líneas finales algunas reflexiones que anticipamos a lo largo de este comentario.

Como vimos, uno de los planteos de la defensa de la progenitora, para sostener el rechazo al pedido de restitución, se centró en la inconstitucionalidad del CH1980 por una supuesta incompatibilidad con la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, ratificada por 187 países y con jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75 inc. 22 CN).

Sin embargo, dentro de la excepción del ‘grave riesgo’, este tipo de planteos vinculados a supuestos de violencia doméstica o incluso de género, puede ser invocado y probado. Será cuestión de aplicar los textos convencionales acudiendo a la armonización como directriz, interpretar el alcance de esta excepción y la toma de las pertinentes medidas de seguridad en caso de que la orden de regreso sea dictada. Basta acudir a la Guía de Buenas Prácticas mencionada para justificar esta idea. In-

cluso, es contradictorio justificar que debe velarse por el interés superior del niño y, al mismo tiempo, invocar la inconstitucionalidad del CH1980, cuando es en toda su esencia un principal tratado que busca su protección.

Otro punto importante se centra en el contenido y alcance de los actos de violencia denunciados. De la información a la cual se pudo acceder, mencionada por la propia progenitora, se corrobora la existencia de una tensa relación familiar que se vuelve un claro indicio de la existencia de violencia. Así, expresó que, al llegar a Francia, “rigió el autoritarismo y nos impuso unilateralmente a Francia como nuestra nueva residencia familiar”. Ante la cantidad de denominaciones que estas lamentables situaciones de violencia se presentan, doctrinariamente se ha destacado que debe evitarse caer en la confusión al momento de determinar si se está ante violencia de género, violencia intrafamiliar, de pareja, hacia las mujeres, o sexista. Es claro que no es lo mismo hablar de violencia de género y de violencia intrafamiliar. Mientras que una apunta a la mujer, la otra a la familia como sujetos de referencia. Entonces, en principio, para que haya violencia de ‘género’ se requiere que se produzca contra la mujer “por el hecho de serlo”. Esto implica que no todo acto de violencia pueda ser catalogado dentro de esta categoría. Pero, existe una tendencia en usar estos términos indistintamente ya que la mayor parte de la violencia de género es perpetrada por los hombres contra las mujeres. La sensibilidad del tema es tan clara y al mismo tiempo compleja que vuelve trascendental la labor de los operadores para resguardar a quienes se vean afectados.

Queriendo ser claros en este punto, todo acto de violencia es repudiable, pero corresponde identificarlo de manera correc-

ta para el caso en concreto. Es labor de las autoridades determinar si existió una violencia de género o un caso de violencia familiar, ambos hechos sancionables, pero que no deben ser considerados por igual pues las medidas a tomar pueden ser diferentes.

Sumado a ello, debe dejarse claro que el solo hecho de rechazar un pedido de restitución no significa que se respetó la perspectiva de género. La problemática es mucho más profunda y compleja, el análisis desde esta mirada es tan superficial que incluso desalienta la protección que se pretende justificar. Al plantearse la existencia de una violencia ejercida por el progenitor, se basan en la “imposición unilateral” de M. V. por ser quien cambió de planes, pretendiendo unilateralmente modificar el lugar de residencia de su esposa e hija. Se pone énfasis en ese punto al destacar la vulnerabilidad en el que se encontraba la Sra. S. a quien se le impuso violentamente su exilio y el de su hija. Llegan incluso a tachar la sentencia de la Cámara como arbitraria por desconocer esta situación. La restitución, siguiendo con este pensamiento, implicaría negarle el derecho que le asiste a la madre de determinar libremente su residencia y domicilio teniendo en cuenta la violencia que se ejerció sobre ella para forzar su radicación en Francia.

En la propia defensa encontramos la debilidad de los argumentos. En primer lugar, el ejercicio de la responsabilidad parental (derecho de custodia según la terminología de los convenios) implica determinar la residencia habitual de todo NNA. Ambos progenitores están en pie de igualdad en este punto: se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro. En caso de desacuerdo, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente. Entonces, el padre no puede bajo ningún

aspecto imponer la residencia de la familia, mucho menos de su cónyuge, pero si tiene el derecho de poder plantear aquella decisión, así como la madre de oponerse.

Ahora bien, seguidamente no debe olvidarse que el proceso de restitución está destinado pura y exclusivamente para decidir si el NNA debe retornar al país donde esté su residencia habitual. En caso de que corresponda, no es sobre el progenitor sustractor sobre quien versa el proceso ni la orden que se dicte. Esto implica entender lo siguiente: en caso de corresponder el pedido de restitución, no significa que se imponga dónde deba vivir —en este caso— la madre, sino que se busca que el NNA mantenga su residencia en el país donde tiene su centro de vida. Pensar lo contrario, implicaría crear una situación potencialmente dañina y consolidar una situación de hecho ilícita. El señor V. mantiene la postura por la cual la familia había mudado su residencia a Francia. Por su parte, la Sra. S. se opone a esa consideración. No hay dudas que ninguno puede imponerle al otro dónde debe residir. Ello no está en discusión, pero sí dónde se encontraba la residencia habitual de la niña, hija de ambos. El proceso está destinado y enfocado en ella, no en la madre, tampoco en el padre.

En suma, y más allá de este caso en concreto, la relectura de los convenios de restitución internacional de niños a la luz de la perspectiva de género se impone y una interpretación armónica es totalmente posible, sin ninguna necesidad de poner en tela de juicio a un tratado internacional como el Convenio de La Haya de 1980 que tanto ha contribuido al respeto del interés superior del niño y que goza de un alto prestigio en la comunidad internacional.

Cita on line: AR/DOC/4045/2020

## Jurisprudencia

### Responsabilidad por cortes de energía eléctrica

**Empresa de publicidad. Prueba del daño. Rechazo de la demanda. Costas por su orden.**

- 1.- La demanda de daños por cortes de energía eléctrica debe rechazarse, ya que, si bien la actora sostuvo que la falta de suministro eléctrico le produjo una caída en las ventas, no hay respaldo de esa versión, ya que no hubo pericia contable ni, por ende, relevamiento técnico y objetivo de la realidad comercial. Tampoco ofreció exhibir su contabilidad, su documental relacionada con la facturación o sus clientes. [1]
- 2.- La prueba del apagón en el inmueble no acarrea, sin más, la de los perjuicios pretendidos en la demanda. No se niega que en algunos casos ellos puedan presumirse —restaurantes, cafés, cines—, pero puede hacerse extensiva esa presunción contingente a todo el universo de usuarios.
- 3.- Puede presumirse la frustración de ganancias en ciertas actividades, pero no en todas. Cuando el afectado es una empresa dedicada a un ramo que escapa a los estereotipos comerciales comunes, la descripción pormenorizada de las tareas que realiza es imprescindible para determinar la existencia y extensión de los per-

juicios que padeció por el corte de suministro de energía eléctrica.

- 4.- No es admisible la apelación de la distribuidora de energía eléctrica por la distribución de las costas por su orden, ya que el incumplimiento de la empresa al interrumpir el servicio en el inmueble de la actora y la multa que le impuso el ENRE por esa razón pudieron, verosíblemente, suscitar en aquella la creencia de que le asistía derecho a litigar con apoyo en el artículo 42 de la Constitución nacional y en las previsiones de la ley 24.240.

**CNFed. Civ. y Com., sala III, 11/02/2021. - Sentidos S.A. c. Edesur S.A. s/ Daños y perjuicios.**

[Cita on line: AR/JUR/135/2021]

#### Jurisprudencia vinculada

[1] Ver también. Entre otros: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala I 19/11/2020 Barbetti, Daniel Enrique c. Servicios Energéticos del Chaco Empresa del Estado Provincial (S. E. CH. E. E. P.) s/ Daños y perjuicios y daño moral La Ley Online AR/JUR/59996/2020.

#### Costas

Se imponen por su orden.

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, febrero 11 de 2021.

El doctor *Antelo* dijo:

I. La firma Sentidos SA demandó a la Empresa Distribuidora Sur SA (“Edesur”) a fin de que se la condenara al pago de \$2.097.380,80, con más los intereses y costas del juicio, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz del corte de suministro de energía eléctrica que detalló cómo sigue (fs. 14).

Sentidos SA es una empresa dedicada a la venta de servicios de publicidad a través de medios gráficos de difusión masiva y de redes sociales que está ubicada en ... de esta Ciudad y que es usuaria de Edesur con el número ... Su actividad requiere el uso permanente de servidores y de computadoras. Entre el 8 y el 11 de abril de 2017 el servicio eléctrico en sus oficinas fue interrumpido. A pesar de los reclamos que efectuó a Edesur —tanto por vía telefónica como por escrito— no obtuvo respuesta favorable, por lo que se vio obligada a suspender su actividad durante esos días con un doble daño patrimonial: tuvo que continuar pagando el sueldo de sus empleados y experimentó una pérdida de ganancias y de facturación. El 23 de junio de 2017 presentó una nota de queja al Ente Nacional Regulador de la Electricidad, que fue agregada al expediente N° 3824364/17 y que justificó la aplicación de una multa a la empresa distribuidora de \$2.550 a favor de Sentidos SA (resolución ENRE N° 4130/2017 del 18/09/2017).

La demandante reclamó la indemnización del daño emergente (sueldo de empleados) \$112.010 y del lucro cesante —caída de ventas \$1.632.820,80 y “daño comercial” \$350.000—. Le atribuyó responsabilidad civil a la demandada por negligencia, impericia y falta de diligencia en su obrar y fundó su derecho en la ley de Defensa del Consumidor, la Constitución Nacional y en la Res. ENRE 31/2016.

II. Edesur compareció y contestó el traslado de la demanda solicitando su rechazo, con costas. Expresó que los cortes denunciados por la actora no habían superado los valores máximos permitidos en el contrato de concesión. Negó la deficiente prestación del servicio como así también los perjuicios causados. Sostuvo que el atraso tarifario decidido por el Estado Nacional como parte de su política energética impactó negativamente en el sector de distribución de la energía eléctrica. Reiteró, como en miles de juicios similares, que esa medida estatal constituía un caso de fuerza mayor que lo eximía de responsabilidad frente a reclamos como el de autos. Por último, impugnó la procedencia y cuantía de los rubros indemnizatorios (ver fs. 28/46).

III. El señor Juez de primera instancia rechazó la demanda distribuyendo las costas en el orden causado (fs. 279).

Contra dicho pronunciamiento apelaron ambas partes (fs. 280 y 282; autos de concesión de fs. 281 y 283). La actora expresó agravios el 31 de agosto de 2020 y la demandada lo hizo el 9 de septiembre. Una

y otra contestaron los respetivos traslados (ver constancias obrantes en el sistema Lex100).

Edesur se agravia, únicamente, de la distribución de las costas solicitando sean impuestas a la actora vencida.

Sentidos SA, por su parte, protesta contra el rechazo de la demanda exponiendo los siguientes argumentos: 1º) el juez de grado omitió valorar la prueba demostrativa del perjuicio como ser, la certificación contable y el acta notarial acompañadas junto con la demanda y la correspondencia de la primera con las anotaciones del libro Subdiario de ventas por el período abril 2017 y los recibos de sueldo de los empleados; 2º) no tuvo en cuenta el principio "in dubio pro consumidor" (sic) establecido en la ley 24.240; 3º) incurrió en contradicción al reconocerle eficacia a la prueba en lo tocante a la responsabilidad de Edesur y negársela en lo tocante a los perjuicios demandados; 4º) la interrupción del servicio comprobada en la causa produce la merma de cualquier actividad comercial alcanzada por ella; 5º) la responsabilidad de Edesur es objetiva, de acuerdo a lo prescripto en el artículo 40 de la ley 24.240; quiere decir que acreditado el corte, corresponde admitir el resarcimiento a favor del usuario; 6º) en el marco jurídico así definido, a la empresa le incumbía acreditar la inexistencia del daño, máxime teniendo en cuenta el principio sobre la carga dinámica de la prueba que rige en la materia.

IV. Por obvias razones abordaré el recurso de Sentidos en primer lugar.

Los hechos que motivaron el pleito ocurrieron después de la entrada en vigor del Cód. Civ. y Com. de la Nación (1 de agosto de 2015). En consecuencia, el caso está regido por ese plexo normativo (art. 7º de la ley 26.994 modificado por de la ley 27.077 —BO 19/12/2014— y esta Sala causa N° 1822/11 del 13/07/2018; Sala III, causa N° 8774/11 del 19/02/2016 entre muchas otras).

El agravio central de la apelante tiene que ver con la equiparación que ella hace entre incumplimiento y daño.

El artículo 1737 del Cód. Civ. y Com. de la Nación define al daño como la lesión a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

Solo son resarcibles las consecuencias de esa lesión (concepción del "daño consecuencia") que tengan nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño; y salvo disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (art. 1726 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Quiere decir que, por una parte, está el incumplimiento del deudor y, por la otra, el daño resarcible con la extensión que acabo de señalar. El primero es conceptualmente distinto del segundo, aunque ambos integren la lista de presupuestos de

la responsabilidad civil que se estudian, clásicamente, como efectos anormales de las obligaciones (Lambías, Jorge Joaquín, "Tratado de derecho civil" —Obligaciones—, Buenos Aires, Editorial Perrot, ps. 119 a 122, y ps. 123 a 181 y ps. 259 a 287; Borda, Guillermo A., "Tratado de derecho civil —Obligaciones—", Buenos Aires, LA LEY, novena edición actualizada, 2008, T. I, ps. 57 y ss.).

Esa distinción conceptual en el plano jurídico se corresponde con la realidad económica porque puede haber incumplimiento sin daño, como es el caso del corte de luz de una vivienda que no está ocupada transitoriamente por el usuario por razones de trabajo o turismo. En síntesis, la prueba del apagón en el inmueble no acarrea, sin más, la de los perjuicios pretendidos en la demanda. No niego que en algunos casos ellos puedan presumirse —v— gr. restaurantes, cafés, cines etc.—, lo que digo es que no puede hacerse extensiva esa presunción contingente a todo el universo de usuarios.

El artículo 40 de la ley 24.240 nada aporta sobre el tema porque él establece la responsabilidad solidaria del productor, fabricante o importador del bien en caso de riesgo o vicio de la cosa. Tampoco el artículo 40 bis de ese régimen legal que define al daño directo, ya que no releva al interesado de la carga de demostrarlo (art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Tampoco favorece la posición del demandante el principio según el cual, en caso de duda, hay que estar en resguardo del derecho del consumidor ya que la parte que incumple su deber de acreditar el perjuicio no genera ninguna duda.

No están en discusión los principios tuitivos en pro del usuario sino su aplicación concreta al *sub lite*.

Deslindados los conceptos y principios comprendidos en el agravio, abordaré la procedencia de las partidas que constituyeron el objeto de la pretensión.

a. Salarios improductivos: \$112.010.

La actora afirmó que esa suma se correspondía con la que la había pagado al personal durante los días en que duró el corte de energía a pesar de que no hubo actividad. Lo cierto es que la certificación contable adjunta a la demanda (fs. 11/12 y escrito inicial, fs. 14 y vta. y fs. 19) no constituye el medio eficaz para demostrar el hecho afirmado, que fue negado por la demandada (arts. 377 y 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). No es transcribiendo partes de la propia contabilidad, ni restando utilidades brutas de costos generales el modo en que se lo acredita. Tal como lo precisó el juez de grado, hay que estar al detalle del personal de planta declarado, a los recibos de sueldo emitidos de acuerdo con la reglamentación, al pago de los cargos y contribuciones y de los tributos ante la AFIP, nada de lo cual fue aportado al pleito (considerando 5.a, fs. 275 vta./276 del fallo apelado).

De cualquier modo, el pago de salarios no es una consecuencia del apagón, sino de una obligación legal preexistente a él;

por ende, no es derivación reparable en los términos del artículo 1726 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Creo conveniente señalar que el carácter "improductivo" de esos salarios remite a la teoría de los costes improductivos relacionados con la mejora real de rendimiento. Si emplea ese término para relacionarlo con ganancias frustradas es pasible de la observación que sobre ese rubro hago a renglón seguido.

b. Lucro cesante: \$1.632.820,80 por falta de ventas y \$350.000 por daño comercial (ver demanda fs. 18 vta. y 19, punto VII. Liquidación).

La actora afirmó ser una empresa dedicada a la venta de servicios de publicidad y sostuvo que el mayor flujo de tareas las desarrolla a través de redes sociales mediante el empleo de computadoras y servidores, por lo que la falta de suministro eléctrico le produjo una caída en las ventas (ver fs. 14 vta., segundo párrafo y fs. 18 vta., punto VI).

Pues bien, no hay respaldo de esa versión ya que no hubo pericia contable ni, por ende, relevamiento técnico y objetivo de la realidad comercial de Sentidos SA. Tampoco ofreció esta exhibir su contabilidad, su documental relacionada con la facturación o sus clientes. Va de suyo que la certificación contable mentada no suple ese defecto (art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Aún más, del relato formulado al principio del pleito no es posible extraer cuáles son los servicios que ofrece, en qué tiempo los desarrolla y cómo los presta. Las omisiones señaladas denotan el incumplimiento de lo prescripto por el artículo 330, inciso 4 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación en lo que atañe a la exposición clara de los hechos constitutivos de su reclamo. Dije anteriormente que puede presumirse la frustración de ganancias en ciertas actividades, pero no en todas. Cuando el afectado es una empresa dedicada a un ramo que escapa a los estereotipos comerciales comunes —es lo que ocurre en autos—, la descripción pormenorizada de las tareas que realiza es imprescindible para determinar la existencia y extensión de los perjuicios que padeció (inclusive, la demora en la entrega de proyectos que no encuadra en el lucro cesante típico debe ser afirmada primero y probada después).

A pesar de la extensión del recurso, el apelante pasa por alto estos aspectos (art. 265 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

El rotulado "daño comercial" puede ser asociado con la afectación del prestigio

que ese campo tiene una empresa. De ser así, se ubica en el ámbito patrimonial y le son aplicables los argumentos que acabo de exponer (Fallos: 313:284 y 907; CSJN causa S.723.XXXI "Santa Fe, Provincia de c. Empresa Nacional de Correos y Telégrafos SA s/ cobro de pesos", fallada el 11/07/2002). Pero si se lo trata de asociar con el daño moral, este no es admisible respecto de sociedades comerciales, formadas por prestaciones de capital con ánimo lucro, y cuyo "buen nombre" está exclusivamente relacionado con las ganancias (Fallos: 298:223; CNCom., Sala B, causa 5868 del 23/08/1988, en sentido análogo, esta Cámara, Sala II, causa N° 7013/94 del 16/11/2000; esta Sala causa N° 3545/04 del 28/09/2006).

Comparto, entonces, la opinión del juez de grado en punto al rechazo de los dos ítems que él examinó en forma separada (considerando 5 apartados b, fs. 276/277 y vta. y d, fs. 278 último párrafo y vuelta).

En virtud de lo expuesto, el recurso de la actora debe ser desestimado.

V. Tampoco es admisible la apelación de Edesur por la distribución de las costas por su orden ya que el incumplimiento de la empresa al interrumpir el servicio en el inmueble de la actora y la multa que le impuso el ENRE por esa razón pudieron, verosíblemente, suscitar en Sentidos SA la creencia de que le asistía derecho a litigar con apoyo en el artículo 42 de la Constitución nacional y en las previsiones de la ley 24.240 (art. 68, párrafo segundo, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por ello, juzgo que la sentencia debe ser confirmada en lo que fue materia de agravio. Las costas de Alzada se distribuyen por su orden debido a las razones expuestas en el penúltimo párrafo (arts. 68, segundo párrafo,).

Los doctores *Recondo* y *Gottardi*, por análogos fundamentos adhieren al voto precedente.

Visto lo deliberado y las conclusiones a las que se arriba en el Acuerdo precedente, el Tribunal resuelve: confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de agravios. Las costas de alzada se distribuyen por su orden debido a las razones expuestas en el Considerando V (art. 68, segundo párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Una vez regulados los honorarios por la actuación profesional cumplida, se procederá a regular la concerniente a esta jurisdicción. Regístrese, notifíquese, publíquese y devuélvase. — *Ricardo G. Recondo*. — *Guillermo A. Antelo*. — *Eduardo D. Gottardi*.

## Edictos

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, secretaría N° 19, sito en Libertad 731, 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de el/La Sr./Sra. BENWEI WANG de nacionalidad china con

pasaporte N° G57392267 según Exp. N° 7198/2017 "WANG BENWEI s/solicitud de Carta de Ciudadanía". Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo

saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 17 de diciembre de 2020  
María Lucila Koon, sec. int.  
LA LEY: I. 01/03/21V. 02/03/21

