San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 11 días del mes de agosto del año 2023. Reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA, DE MINERÍA Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA de la Tercera Circunscripción Judicial, el Dr. Emilio RIAT, la Dra. María Marcela PÁJARO y el Dr. Federico Emiliano CORSIGLIA, después de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada '[redacted] y discutir la temática del fallo por dictar, con la presencia del señor Secretario Dr. Alfredo Javier Romanelli Espil, emiten sus votos en el orden establecido en el sorteo practicado respecto de la siguiente cuestión por resolver: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada, el Dr. RIAT dijo:

I. Que corresponde resolver lo siguiente: **1)** el pedido de apertura a prueba en segunda instancia formulado por la demandada al expresar agravios (I0036); y, en su caso, **2)** la apelación interpuesta por la misma parte (E0041) contra la sentencia del 05/04/2023 (I0027) que, en virtud del "Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores" celebrado en La Haya en 1980 y aprobado por Ley 23857 (en lo sucesivo "CH1980"), ha rechazado las excepciones de consentimiento y grave riesgo (artículo 13, CH1980), hecho lugar a la restitución inmediata a Irlanda del Norte de la hija menor de edad que tiene en común con el demandante, nacida el 25/07/2017, y establecido medidas de regreso seguro.

La apelación fue concedida libremente (I0030) y sustanciada en las audiencias celebradas al efecto (I0036 e I0037), donde la Defensora de Menores finalmente dictaminó propiciando la confirmación de lo resuelto, con la sola modificación de las medidas de regreso seguro en los términos planteados por la recurrente.

II. Que resulta improcedente el pedido de apertura a prueba en esta segunda instancia.

La demandada solicita que se produzca la prueba denegada en la instancia anterior por considerar incorrecta su denegación, sin perjuicio de las medidas

para mejor proveer que el Tribunal entienda necesarias para establecer la verdad material de los hechos. Aduce que las pruebas ofrecidas y denegadas son conducentes para demostrar que el cambio de residencia fue decidido por el progenitor antes del viaje -lo que tornaría inaplicable el Convenio de restitución- y acreditar a todo evento el grave riesgo invocado.

Sin embargo, para producir esa prueba en segunda instancia es necesario que la parte oferente haya formulado reserva de replantearla cuando le fue denegada en la instancia anterior (artículo 83 del CPF). En este caso, la demandada interpuso revocatoria contra el auto denegatorio (I0017), pero no hizo reserva del replanteo en segunda instancia (E0024). Por lo tanto, la cuestión precluyó con el rechazo de esa revocatoria (I0019).

Además, el replanteo de prueba denegada debe consignarse en la memoria como un agravio (artículo 83 del CPF), lo que a su vez requiere que el apelante lo incluya entre los puntos de agravio cuando interpone el recurso, para que la otra parte asista a la audiencia de fundamentación con conocimiento de los temas por tratar y en igualdad de armas (artículos 75 y 85 del CPF). No obstante, en este caso la demandada omitió incluir la injusta denegación como punto de agravio cuando interpuso el recurso (E0041), razón adicional para juzgar inadmisibles la crítica formulada al respecto en la audiencia de fundamentación y el consiguiente pedido de apertura a prueba.

Por otro lado, si se atiende a las normas procesales de aplicación supletoria (artículos 230 del CPF y 811 del CPCC), no se trata de documental posterior a la providencia de autos de primera instancia -o anterior pero desconocida- (artículo 260, inciso 3, del CPCC), ni de confesional acerca de hechos no sometidos a prueba en la instancia anterior (artículo 260, inciso 4, del CPCC), ni de medios probatorios relativos a hechos nuevos (artículo 260, inciso 5 -subinciso "a"- del CPCC).

Por último, tampoco se trata de pruebas mal denegadas o incorrectamente tenidas por desistidas (artículo 260, inciso 2, del CPCC). En este tipo de procesos se debe rechazar "in limine" toda prueba inadmisible, inconducente o manifiestamente impertinente; mientras la prueba admisible deberá producirse

en el plazo más acotado posible y sin exceder los quince días, tras los cuales se debe avanzar a la etapa procesal siguiente aunque no esté producida (artículo 14 del PA, anexo al CPF) para garantizar la urgencia (artículo 11 del CH1980). En este caso, se ha compatibilizado esa premura con el debido proceso, ya que la prueba denegada es de todos modos inconducente (E0017, punto IV). El pedido de informes a la Dirección Nacional de Migraciones tiene por objeto acreditar los ingresos al país de la niña y de su madre desde 2017, hechos incontrovertidos y de todos modos intrascendentes para demostrar si la actual retención es legítima o legítima. La informativa de la agencia de viaje (Expedia) y la compañía aérea (Lufthansa) para acreditar la autenticidad de los recibos de viaje y las tarjetas de embarques tampoco son conducente porque esas piezas carecen de trascendencia para incidir en la solución del caso aunque sean auténticas, tal como se volverá a indicar más adelante. Lo mismo cabe para el peritaje informático propuesto sobre los dispositivos electrónicos de la demandada y de su madre con el objeto de acreditar las comunicaciones mantenidas con el demandante y sus familiares, porque esas comunicaciones mencionadas en el descargo tampoco son conducentes para el éxito de la defensa por más que resulten ciertas. Y, por lo mismo, idéntica consideración corresponde formular sobre la testimonial en audiencia remota de las personas que habrían mantenido esas comunicaciones (medio probatorio que la propia demandada supeditó a que la jueza "lo considere pertinente").

III. Que los agravios de la recurrente son insuficientes para revocar la restitución ordenada, aunque son parcialmente idóneos para ampliar las medidas de regreso seguro. Todo ello por lo siguiente.

a) No está controvertido que la niña, nacida en Argentina el 25/07/2017 y de doble nacionalidad argentino-británica, hija de padre británico y madre argentina, tuvo su residencia habitual por más de cuatro años en una granja de Armagh, Irlanda del Norte, donde el grupo familiar convivía, hasta que el 20/08/2022 la progenitora demandada la trasladó a Argentina con autorización del progenitor, pero sin regresarla desde entonces. Nada de eso está controvertido.

Lo controvertido radica en que el progenitor denuncia una retención ilícita de la niña en este país por no haber autorizado más que un viaje de dos semanas en medio de una crisis de pareja (I0001), mientras la progenitora invoca un cambio lícito de residencia definitiva por contar con autorización previa de aquél a raíz de esa misma crisis -más aun: invoca que ambas fueron expulsadas por el demandante-, oponiendo a todo evento la excepción de consentimiento del padre y la excepción de grave riesgo en caso de restitución, fundada esta última en los peligros que entraña la granja para la niña sin su presencia como cuidadora principal, como así también la violencia de género, doméstica, psicológica, patrimonial y simbólica ejercida por el demandante (E0017).

La sentencia ha hecho lugar a la restitución (I0027) en coincidencia con lo dictaminado previamente por el Ministerio Pupilar (E0028) y el Ministerio Fiscal (E0030) porque no se ha demostrado fehacientemente el consentimiento del padre para la radicación definitiva de la menor en Argentina, ni el grave riesgo analizado con perspectiva de género; de modo que aquella restitución satisface el interés superior de la niña, quien fue escuchada al respecto. Asimismo, ha dispuesto lo siguiente para garantizar un regreso seguro: 1) que el viaje de retorno se efectúe en compañía de la madre, excepto que ésta no lo deseara acompañarla, en cuyo caso deberá informarlo al Juzgado en dos días para que el progenitor si retirará a la niña; 2) que el costo de los pasajes de la niña y de la acompañante sean pagados por el progenitor; y 3) que el progenitor provea una vivienda independiente para la madre en la localidad de destino si ella decide regresar.

Contra lo resuelto se agravia la demandada en extensos términos registrados por medios audiovisuales, a los que cabe remitir. En apretada síntesis, impugna la sentencia porque: **1)** no ha podido indicar concretamente si hubo traslado ilícito o retención ilegítima, únicas causales que justificarían la restitución (artículo 3 del CH1980) pero que en este caso no han concurrido, ya que el traslado y la radicación de la niña en Argentina se produjeron por decisión de "sus padres", como el mismo pronunciamiento ha mencionado; **2)** no obstante lo anterior, ha desestimado la excepción de consentimiento (artículo 13,

inciso a, CH1980) por no valorar adecuadamente los múltiples indicios de la conformidad prestada por el progenitor, nuevamente detallados en la expresión de agravios; **3)** ha desestimado la excepción de grave riesgo (artículo 13, inciso b, CH1980) por no valorar adecuadamente los peligros de la granja sin la presencia materna como cuidadora principal, como tampoco ha valorado con perspectiva de género el riesgo de la violencia denunciada, y los peligros implicados en las restricciones migratorias de Irlanda del Norte, equivalentes a una desprotección de sus derechos humanos que impide la restitución pretendida (artículo 20, CH1980); **4)** no ha tenido integralmente en cuenta el interés superior de la niña -cuya voluntad se ha malinterpretado- al identificarlo incorrectamente con una residencia habitual que cesó lícitamente, ni se lo ha armonizado con los derechos humanos de la madre como mujer; y **5)** a todo evento, ha dispuesto medidas de regreso seguro meramente retóricas y no proporcionales a los riesgos que se procura evitar en protección de la madre y la niña, ya que debió garantizarse: su estatus migratorio, una vivienda para ella y la niña en condiciones de habitabilidad comprobada y una asistencia alimentaria provisional para las dos hasta que recaiga sentencia en los tribunales de Irlanda del Norte.

Por su parte, el demandante se opone a los agravios de la recurrente mediante diversos argumentos también registrados por medios audiovisuales a los que cabe remitir. En síntesis, rescata que la sentencia no haya salido del eje fundamental y haya respetado la jurisprudencia de la Corte Suprema, sobre cuyo análisis se explaya. Advierte que los agravios vertidos exceden el marco del Convenio y de esa jurisprudencia. Coincide con que la salida de Irlanda del Norte fue efectivamente lícita porque se llevó a cabo en virtud de una autorización de viaje otorgada en años anteriores en un contexto de asiduidad de viajes; pero la estancia en Argentina jamás fue consentida. Asimismo, se encarga de refutar los agravios vertidos sobre las excepciones, que deben apreciarse con criterio restrictivo. En particular, se opone a la existencia de un consentimiento, advirtiendo que no hay una sola prueba de que el demandado hubiera consentido la permanencia de la niña en Argentina, y que el

consentimiento debe surgir de manera clara y precisa. Pone énfasis en que promovió la restitución apenas transcurrido un mes y fracción del viaje, después de insistentes comunicaciones efectuadas con tal propósito, pese a que el CH1980 otorga un año de plazo. Insiste con su versión de que el viaje fue acordado como un lapso reflexivo en un contexto de crisis de pareja. Indica que la niña ya estaba inscripta en la escuela para iniciar las actividades en septiembre. También se opone a la existencia de un grave riesgo, argumentando que el mero temor y que la crisis de pareja no son suficientes para configurarlo, entre otras razones. Se explaya asimismo sobre el interés superior de la niña y acepta las medidas de regreso seguro impuestas por la sentencia, proponiendo incluso una instancia conciliatoria al respecto.

A su turno, la Defensora de Menores, dictamina en la audiencia respectiva a cuyo registro audiovisual también corresponde remitir. En síntesis, entiende que corresponde confirmar la restitución dispuesta, aunque postula acceder a los agravios respecto de las medidas de regreso seguro. Para ello, advierte que es insoslayable atender a la escucha de la niña para advertir su interés superior, entrevistada en este caso no sólo por ella y la jueza sino también por una especialista del Equipo Técnico Interdisciplinario. Discrepa en ese punto sobre la interpretación que la demandada asigna a los dichos de la niña, especialmente cuando se refiere a "los dos mundos". Rescata la imagen de la propia niña como granjera, la cual debe ser tenida en cuenta a pesar de los agravios. Observa que la niña se manifestó de visita en Argentina, que eligió los objetos y animales familiares de Irlanda y que afirmara "en la granja estamos todos". Advierte que la escucha fue reciente, que está grabada, que no es un medio de prueba, y que la extensión de la entrevista fue adecuada. Coincide con la demandada en que el centro de vida podría modificarse en un día con la debida información de la niña, pero le llama la atención que ninguno de los adultos le haya explicado un presunto cambio; amén de que los hechos indiciarios invocados por la demandada no demuestran un consentimiento. Sostiene que las excepciones de consentimiento y grave riesgo fueron debidamente abordadas por la sentencia. Asimismo, indica que hubo una adecuada perspectiva de género tanto en el

pronunciamiento como los dictámenes de los Ministerios Públicos. En cambio, con relación a las medidas de regreso seguro, admite la necesidad de ampliarlas, razón por la cual propicia que la vivienda y los alimentos sean exigibles por doce meses, salvo acuerdo sobreviniente, y que ambas medidas sean *"espejo"*.

b) Hecha esa reseñada e ingresando al análisis de los agravios, es verdad que la sentencia no ha indicado explícitamente cuál es la causal que justifica la restitución ordenada, pero toda su exposición ha sido consistente y ha dado por sentado que esa causal es obviamente una retención ilegítima en vez de un traslado ilícito que ni siquiera el demandante había invocado. Como ya se dijo, la causa de la pretensión es justamente una retención ilegítima, y sobre ella ha versado todo el pronunciamiento.

Por consiguiente, la argumentación de la apelante sobre esa supuesta oscuridad o incongruencia del fallo es inatendible. Cuando éste alude a la permanencia de la niña en Irlanda del Norte hasta la decisión intempestiva de *"sus padres"* no se refiere, obviamente, a la radicación definitiva en Argentina sino solamente al viaje que después desembocó en la retención. Considerada en su conjunto y contexto, esa alusión no puede en modo alguno referirse a un acuerdo entre ambos progenitores sobre el cambio de residencia, ya que todo el pronunciamiento ha postulado justamente la interpretación contraria.

En este caso la retención debe considerarse efectivamente ilegítima (artículos 1 -inciso a- del CH1980) porque importa sustraer a la niña de la residencia habitual donde era custodiada conjuntamente por ambos progenitores (artículo 3 -inciso b- del CH1980), sin conformidad inequívoca del padre ni una venia judicial supletoria. Tal como se verá seguidamente, no está acreditado en absoluto su consentimiento.

Es una finalidad del Convenio velar por los derechos de custodia (artículo 1 -inciso b- del CH1980) a tal punto que la afectación del derecho de custodia es la característica definitoria de la ilicitud, tanto en el desplazamiento como en la retención. Ahora bien, según la Corte Suprema, *"la expresión convencional «derecho de custodia» no coincide con ninguna concepción particular de custodia en las leyes nacionales, sino que adquiere su significación desde las*

definiciones, estructura y propósitos del CH 1980 y que la comunidad jurídica de naciones ha alcanzado un amplio consenso respecto de que la previsión ne exeat -prohibición dirigida al cuidador primario del niño de sacarlo de la jurisdicción sin la conformidad del otro progenitor o del tribunal- cae dentro del dominio de la citada noción convencional "(CSJN, "RMA c/ FMB", 21/12/2010, Fallos 333:2396; y su cita: Fallos 333:604).

c) La excepción de consentimiento ha sido debidamente desestimada por la sentencia en crisis ya que no se ha demostrado fehacientemente una anuencia del padre anterior a la retención, ni una aceptación posterior (artículo 13, inciso a, del CH1980).

Los agravios de la demandada se limitan a meras y débiles conjeturas que ni siquiera son indiciarias ni generan presunción (artículo 163 -inciso 5- del CPCC). La recurrente arguye que la conformidad inequívoca no debe constar necesariamente por escrito, que no hace falta una declaración expresa y que se puede inferir de la conducta del progenitor, la que en este caso se manifiesta en múltiples indicios, como la compra de pasajes únicamente por el tramo de venida al país, a poco de comenzar la actividad escolar en Irlanda; o la cantidad de pertenencias trasladadas en dos valijas de 23 kg cada una, más dos carriones, donde trajeron de todo, hasta el cordón umbilical de la niña, dejando la casa prácticamente vacía de cosas propias; o el tenor de los mensajes de despedida definitiva que la madre y las hermanas del progenitor le enviaron a ella por medio de la aplicación WhatsApp, como así también el tenor de los intercambiados entre las abuelas, lo cual sugiere que él ya les había informado que mudaban la residencia. Es más, afirma que el demandante no sólo consintió el traslado definitivo a Argentina sino que directamente las expulsó en ejercicio del rol patriarcal propio de su entorno cultural.

Sin embargo, nada de eso es suficiente para demostrar el consentimiento.

La Corte Suprema ha señalado que, *"constatada la ilicitud a la que el CH 1980 supedita la operatividad del procedimiento de restitución, corresponde examinar si se configura alguna de las excepciones alegadas por la demandada que obstarían a la solución adoptada por el a quo. A fin de realizar dicho*

análisis debe tenerse en cuenta que el tratado en cuestión establece como principio la inmediata restitución del menor y, por lo tanto, las excepciones a dicha obligación son de carácter taxativo y deben ser interpretadas de manera restrictiva a fin de no desvirtuar la finalidad del Convenio (conf. parágrafo nº 34 del Informe explicativo de la profesora Elisa Pérez-Vera, Ponente de la Primera Comisión redactora del Convenio por encargo del Décimo Cuarto período de sesiones de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado). Al respecto, la Corte ha señalado que las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del CH 1980 (conf. Fallos 318:1269; 328:4511 y 333:604), concepto que aun cuando se encuentra referido a la excepción por grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico, o a situación intolerable, también resulta de aplicación para las restantes circunstancias contempladas por la norma que impedirían la restitución inmediata del menor" (CSJN, "RMA c/ FMB", 21/12/2010, Fallos 333:2396).

Con ese criterio, el consentimiento debe acreditarse categórica y fehacientemente.

El viaje se decidió intempestivamente 19/08/2022 tras una discusión entre los progenitores, y se concretó el 20/08/2022. En eso no hay controversia entre las partes. La declaración escrita presentada por la misma progenitora el 08/12/2022 ante el Tribunal de Newry & Armagh, es elocuente sobre la angustia y confusión que embargaba a los dos por el desborde de la crisis que transitaban (E0027 -anexo- y E0029). Ella reconoció que estaba *"en shock"*, mientras que atribuyó a su pareja expresiones como *"Ya está!!! No doy más. Quiero un tiempo!!"*, *"necesito un tiempo"* (ver particularmente el punto 7), amen de que la angustia venía desde tiempo atrás a tal punto que llegó a temer un suicidio de su pareja (puntos 2 y 11). En ese contexto es inverosímil que un progenitor aturdido por las circunstancias, suplicante a los gritos de un tiempo para reflexionar, haya decidido, consentido, conformado, el cambio de residencia habitual de su hija de cinco años de edad, nada menos que en un país ubicado a

miles de kilómetros. Según la versión de la progenitora brindada al contestar la demanda, el consentimiento (o *"expulsión"* de la hija, según ella) se habría consumado ese mismo 19/08/2022. Sin embargo, su declaración ante el Tribunal de Newry & Armagh permite inferir todo lo contrario. Según lo informado allí, en horas posteriores a la discusión de ese día le pidió a la esposa del mejor amigo del demandante que intercediera, quien después de conversar con él le transmitió que *"...está convencido. Quiere separarse"*, y que respecto de la niña *"... no puede procesarlo en este momento"*. Rotundamente, a juzgar por esa declaración de la propia demandada, no hubo entonces ningún consentimiento por parte del progenitor sobre el cambio de residencia habitual que aquí interesa, ya que nada pudo *"procesar"* en ese momento. Es obvio que la separación referida era respecto de su pareja, no de su hija, porque la crisis y el conflicto era entre ambos progenitores, no entre el padre y la niña. No hay el menor atisbo en todas las actuaciones de que el demandante haya experimentado alguna crisis con la hija. Al contrario, el cariño filial evidenciado por ésta en la entrevista descarta por completo esa posibilidad (más adelante se tratará ese punto).

Es más, ni siquiera la demandada había interpretado en ese momento, ni en los días posteriores, que el propósito del viaje fuera mudar la residencia habitual de la hija, de acuerdo con lo relatado por ella misma en la declaración posterior presentada ante el Tribunal de Newry & Armagh (E0027-anexo- y E0029). Allí admite que, ya en Bariloche,*"no sabía cuáles eran las intenciones del requirente"*-es decir, del progenitor- (punto 20), algo que contradice la supuesta expulsión de la niña y el supuesto consentimiento de radicación en Argentina dado antes del viaje. Es cierto que allí afirma *"el requirente me había echado de la casa en contra de mi voluntad"*, pero eso tampoco implica consentir la mudanza de la hija a otro país. También refiere que desde entonces *"nunca me había vuelto a hablar y nunca me había pedido que nos sentáramos como dos adultos para hablar sobre la crianza compartida, una nueva residencia para -la niña- y para mí, etcétera"* (punto 20); de modo entonces que nunca le consintió un cambio de residencia nacional. También dice que*"mientras estaba en el avión "*envió un correo electrónico a la directora de la escuela de Armagh -

donde asistía la hija- para explicarle *"la incertidumbre"* de la situación, porque *"no sabía lo que iba a pasar"*, tras lo cual acordó con aquélla mantener la inscripción de la niña en espera durante dos semanas *"para ver si el requirente rompía su silencio"* (puntos 20 y 28). Eso quiere decir que no hubo consentimiento sino incertidumbre, ni manifestación positiva sino silencio. De paso, es muy sugestivo que acordara con la directora una espera de dos semanas, justamente el tiempo que duraría el viaje con fines reflexivos según el progenitor. Pero lo decisivo es que *"cuando esas dos semanas casi habían terminado y viendo que el requirente todavía no estaba rompiendo su silencio, y sabiendo que -la niña- necesitaba una rutina constante lo antes posible, ya que veníamos de las vacaciones de verano, le dije al requirente que había estado viendo escuelas y que ya estaba inscrita en actividades que amaba como nadar y montar a caballo. Fue entonces cuando me envió un correo electrónico con autoridad ordenándome que volviera a Irlanda del Norte de inmediato"* (punto 29). Con eso admite que decidió radicar unilateralmente a la hija en Argentina ante la falta del pronunciamiento y definición esperada, porque procurarle una escuela e inscribirla en actividades recreativas de ese tipo implicaban esa radicación. Al mismo tiempo, la reacción instantánea del progenitor reclamando una restitución inmediata de la niña al lugar de residencia habitual es el indicio típico y concluyente de que no había prestado consentimiento alguno (CSJN, "RMA c/ FMB", 21/12/2010, Fallos 333:2396).

Está claro que el viaje realizado no fue literalmente de "vacaciones" ni de descanso para los adultos (como imprecisamente ha dicho el demandante en algunos pasajes de su demanda), sino de reflexión y distanciamiento temporario. Pero esa cuestión semántica no tiene trascendencia alguna. Lo transcendente es que no fue una mudanza para la niña.

Frente a esas evidencias inequívocas, los hechos expuestos por la recurrente ni siquiera constituyen indicios de un consentimiento, y mucho menos una presunción.

Por lo pronto, no fue el demandante sino la demandada quien gestionó la compra de los pasajes por un solo tramo. Ella misma lo expuso en su

declaración ante el Tribunal de Newry & Armagh (E0027-anexo- y E0029). Dijo que en aquella discusión del 19/08/2022, ciertamente obnubilante e idónea para un *shock,* tras escuchar de su pareja que necesitaba un tiempo le preguntó si ella compraba un pasaje hacia Argentina y él entonces le respondió que *"si es necesario, sí"*. Así fue que después ella misma reservó los pasajes de ida y lo llamó para sortear un inconveniente con la tarjeta de crédito; tras lo cual, dijo, *"presioné pagar y compré los pasajes"* (punto 7). Al contestar la demanda cambió un poco la versión y agregó que el demandante participó en la operatoria virtual; sin embargo, según esa misma versión, la intervención de aquél se siguió limitando al pago de los boletos y del costo adicional por selección de asientos. Así que no puede inferirse de esa conducta que haya elegido o impuesto las condiciones del viaje, particularmente la compra de un solo tramo. Pero, sea como fuere, la compra de un solo tramo es absolutamente irrelevante en este caso. Aunque el progenitor hubiera hecho toda la gestión por sí mismo y comprado un solo tramo, no habría razón suficiente para inferir de ese hecho el delicado consentimiento de una mudanza internacional de la hija. Los motivos para comprar un solo tramo pudieron ser infinitos sin que implicaran ese consentimiento. Por ejemplo, ante la vorágine emocional que los enfrascaba, la urgencia de un distanciamiento y la incerteza de cuándo convendría el regreso, es razonable que cualquiera de los progenitores, o ambos, hayan priorizado exclusivamente la ida y pospuesto la definición de la vuelta. O también es razonable que el padre no haya querido inmiscuirse en la fecha del retorno para dejarlo librado a la elección de la madre viajante según sus necesidades y el desenvolvimiento de las circunstancias. Piénsese que el viaje fue resuelto abruptamente, en cuestión de horas, en medio de una gran incertidumbre y con escasa claridad de juicio. No es extraño en absoluto que en ese contexto haya quedado un tramo sin definir. Y eso sin conjeturar otras posibilidades no menos probables en la generalidad de los casos, aunque quizás improbables en éste, como la falta circunstancial de ofertas comerciales aceptables para el tramo de regreso al momento de la compra; o la conveniencia financiera personal en diferir la adquisición del retorno; o directamente la insuficiencia de fondos para

comprar los dos tramos de una sola vez y de modo urgente; etcétera. Por eso, en las circunstancias de este caso, la compra de un solo tramo no indica en absoluto que el progenitor haya consentido la mudanza definitiva de la niña a otros país, aunque el hubiera participado personal y exclusivamente en toda la operación. Y con ello se corrobora, de paso, que la prueba ofrecida para demostrar su participación es inconducente.

La inminencia en el reinicio de las clases escolares en Irlanda del Norte tampoco es un indicio del consentimiento del progenitor. Una vez más, en la vorágine de los acontecimientos ese detalle, como tantos otros, quedó relegado o sin atención suficiente por importante que fuera. Lo que urgía definir era un distanciamiento temporario y reflexivo, y eso evidentemente pospuso la consideración de todo lo demás. Ello incluso surge de la declaración de la propia demandada ante el Tribunal de Newry & Armagh (E0027-anexo- y E0029) cuando narra la intercesión realizada por la esposa del mejor amigo del demandante: *"Le pregunté a E. si podía intentar hablar con él, para persuadirlo de que pensara en -la niña- y su pequeño mundo estable. Ella se fue a los gallineros y habló con el requirente durante aproximadamente una hora. E. regresó y me dijo: No, está convencido. Quiere separarse. Le pregunté:¿Le preguntaste sobre -la niña- ??!! ¡¡Ella necesita comenzar la escuela esta semana!! A lo que ella respondió: Sí, pero no puede procesarlo en este momento"* (punto 12). Claramente, el reinicio inminente de las clases como todo lo atinente a la custodia de la niña fueron asuntos pospuestos por progenitor, porque no podía *"procesarlo"* en ese momento; de modo que tampoco puede ser un indicio de su consentimiento. Además, de acuerdo con la misma declaración, ni siquiera la madre interpretaba que aquella circunstancia fuera indicativa de una mudanza definitiva de su hija, porque ya se dijo que remitió un correo electrónico a la directora de la escuela de Armagh para explicarle *"la incertidumbre"* de la situación y decirle que *"no sabía lo que iba a pasar"*, tras lo cual acordó con ella mantener la inscripción de la niña durante dos semanas (puntos 20 y 28). Eso quiere decir inequívocamente, una vez más, que no hubo consentimiento sino incertidumbre, indefinición, y que así lo interpretaba la

misma demandada.

La cantidad de pertenencias trasladadas en las valijas tampoco es un indicio del consentimiento del progenitor. Las valijas fueron armadas exclusivamente por la madre según su versión ante el Tribunal de Newry & Armagh (E0027-anexo- y E0029). Allí dijo que después de aquella discusión del 19/08/2022, del retiro del demandante al sector de los gallineros y de la intercesión de la esposa de su amigo, cuando aquél reingresó a la casa a la 1:00 am (del 20/08/2022, cabe entender) ella *"estaba empacando en ese momento"* y él *"esa noche nunca me ofreció ayuda para empacar"*, y *"nunca me preguntó por documentos, protocolo COVID, etc."*(punto 12). Por lo tanto, la cantidad y naturaleza de las pertenencias empacadas personal y exclusivamente por la madre puede indicar que ella misma barruntaba una mudanza definitiva y unilateral de la niña, e incluso indicar un motivo de sospecha para el progenitor, pero de ningún modo puede sugerir que él lo haya consentido. Piénsese otra vez que el empaque ocurrió a horas de la discusión y en un marco de extrema confusión, donde no hay modo de inferir una decisión tan trascedente a partir de un hecho ajeno y no explícito. En todo caso, si él hubiese armado las valijas el hecho podría haber tenido otra connotación; pero no fue lo ocurrido, ya que la propia demandada reconoce su nula participación. Y con ello se descarta otra vez la conducencia de la prueba, porque en este caso nada puede cambiar con que se tenga por cierta la cantidad y naturaleza de pertenencias trasladadas.

Por último, los mensajes de despedida intercambiados por la demandada con la madre y las hermanas del demandado, como así también los intercambiados entre las abuelas de la niña, tampoco son indicios de que el progenitor haya consentido el cambio de residencia habitual, porque ninguno de esos mensajes pertenece a su autoría. Según la argumentación de aquélla al contestar la demanda, ante el contenido de los mensajes remitidos por las hermanas del demandante *"es dable suponer que -el progenitor- puso a ambas al corriente del tenor definitivo del viaje, puesto que al despedirse, lo hicieron con palabras que denotan pesar ante tal circunstancia. Los términos que utilizaron no se condicen con una ausencia vacacional de apenas 15 días, sino*

con el hecho de emprender un viaje sin retorno" (E0017, parágrafo 53). Pero, contrariamente a lo así razonado, en ningún caso es dable *"suponer"* un consentimiento fehaciente sobre algo tan relevante. Menos cuando, en virtud de todo lo expuesto anteriormente, ni siquiera la propia progenitora interpretaba inequívocamente por entonces, ni en los días posteriores, que se tratara de *"un viaje sin retorno"*, aunque en su fuero íntimo elucubrara esa alternativa de hecho. Además, de acuerdo con su declaración el ante Tribunal de Newry & Armagh, fue ella misma quien envió mensajes a algunos familiares comunicando su separación (punto 17), con lo cual es más *"dable suponer"* que ella instaló la versión de un viaje definitivo entre los parientes del demandante. Como sea, aunque se tengan por reales todos los mensajes aludidos (lo que una vez más demuestra la inconducencia de la prueba), ninguno pertenece al progenitor ni tiene entidad suficiente para *"suponer"* que ha consentido el desplazamiento de la residencia habitual de su hija hacía un país lejano, máxime cuando ha instado prontamente la restitución y demostrado un interés inequívoco en obtenerla. Con criterio semejante al aquí adoptado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en otro caso que ni siquiera un correo electrónico remitido por el mismo progenitor a la progenitora manifestando su voluntad de que el hijo se quedara en este país, sumado a la autorización para que tramitara la nacionalidad argentina, implicaba conformidad posterior en los términos del artículo 13, inciso a, del Convenio si de todos modos había iniciado con premura -a los once días de haber enviado aquella misiva- el trámite de restitución ante la Autoridad Central de la residencia habitual y demostrado una preocupación constante por los trámites procesales consiguientes (CSJN, "RMA c/ FMB", 21/12/2010, Fallos 333:2396)

d) La excepción de grave riesgo también ha sido debidamente desestimada por la sentencia en crisis (artículo 13, inciso b, del CH1980).

La apelante insiste con que las actividades, maquinarias y animales de la granja entrañan peligro para la menor sin su presencia materna como cuidadora principal, circunstancia que dice reconocida en una declaración jurada del propio demandante y de su madre, pero subestimada por la sentencia. También

se agravia por la escasa perspectiva de género con que se habría soslayado el riesgo de la violencia denunciada, como así también la desigualdad estructural con que son tratados los géneros en en Irlanda del Norte, donde llegó a convertirse en un mujer desubjetivizada. Asimismo, se agravia por no haberse considerado el grave riesgo implicado en las restricciones migratorias de aquél país, donde en virtud de los antecedentes del caso corre peligro de ser expulsada en detrimento de la niña en caso de no ejercer su condición de cuidadora principal, circunstancia equivalente a una desprotección de los derechos humanos que impide la restitución pretendida (artículo 20, CH1980).

Sin embargo, pese al esfuerzo argumental desplegado al respecto, esas críticas no son atendibles.

Una granja no implica por sí misma un riesgo grave que impida el hábitat y desarrollo de una niña o de un niño bajo custodia de los adultos. Si lo implicara, ningún niño podría crecer en una granja o ámbito rural. Por supuesto que riesgos existen en todas partes, como también los hay -y a veces mucho mayores- en las ciudades. Pero la excepción debe fundarse en un peligro particularmente grave para el infante implicado por la misma restitución, y para ello es manifiestamente insuficiente invocar los riesgos propios de cualquier campo sin ninguna anomalía particular, donde además la menor ha tenido su residencia habitual casi siempre. En verdad, la apelante procura demostrar que la granja es un lugar peligroso para una niña *"sin supervisión"*, y que a esa supervisión solamente podría ejercerla ella como cuidadora principal en virtud de la imposibilidad paterna por razones laborales. Pero ese argumento es inválido, porque es obvio que la niña estará bajo la custodia de quien designe el sistema judicial del país de origen -si los padres no lo acuerdan- y habitará en el ámbito que allí se decida -granja o ciudad-, cuestiones que no hacen a la restitución inmediata en sí. Por lo mismo, es ocioso analizar aquí los alcances de las declaraciones juradas del progenitor y de la abuela paterna sobre las posibilidades de custodia de cada uno, formuladas hace unos años en un trámite migratorio de la demandada. Esas declaraciones en la que tanto énfasis pone la apelante son francamente inconducentes en este proceso.

De acuerdo con la Corte Suprema, *“a la luz del criterio riguroso y restrictivo con que deben apreciarse las excepciones, una interpretación armónica de los términos del art. 13, inc. b y de la finalidad que inspira el instrumento en el que se encuentra inserta, determina que quien se opone a la restitución demuestre los hechos en que se funda y esa demostración requiere, ineludiblemente, de una prueba concreta, clara y contundente acerca de la existencia de aquéllos. De ahí que, el simple temor, las sospechas o los miedos que puedan llevar -en el mejor de los casos- a una presunción sobre su ocurrencia, de ninguna manera importan una demostración que habilite, sin más, la operatividad de la excepción en juego. Una interpretación contraria conduciría a frustrar el propósito del CH 1980. Empero, no debe perderse de vista que el objetivo del citado convenio radica en garantizar el regreso no solo inmediato del niño sino también seguro. En consecuencia, aun cuando de acuerdo con tales criterios, los hechos invocados y acreditados no alcancen a configurar una excepción a la restitución, nada impide recurrir a las herramientas que resulten necesarias y adecuadas para asegurar que el retorno se lleve a cabo de modo que queden resguardados los derechos de los menores involucrados”* (CSJN, "PS, M. c/ SM., M", 24/05/2022, Fallos 345:358; CSJN, "Q, A. c/ C, MV", 25/10/2016, Fallos 339:1534; etcétera)

El invocado riesgo de violencia de género, doméstica, psicológica, patrimonial y simbólica ejercida sobre la demandante tampoco es suficiente en este caso para exceptuar la restitución inmediata porque, adoptando el estándar interpretativo perfilado por la Corte Suprema, no hay evidencia alguna de que recaiga sobre la niña en sí, ni mucho menos que sea grave. Dicho tribunal ha expresado que *"en los supuestos en los que la citada excepción se sustenta en la violencia familiar o de género, quien la invoca, como en todos los casos, debe demostrar de forma ineludible, mediante prueba concreta, clara y contundente, que el efecto que aquella situación produce en el niño tras su restitución alcanza un alto umbral de grave riesgo que autoriza tenerla por configurada. Ello es así, pues la presunción, indicio y hasta la existencia misma de aquella situación no determina por sí sola la operatividad de la excepción en juego,*

dado que lo que exige probar el convenio a tal fin es un riesgo grave para el niño con motivo de la restitución, en los términos del art. 13, inc. b, del CH 1980 (art. 11, inc. b, de la Convención Interamericana). Es decir, tal violencia no es una excepción diferente a las que prevén, con carácter taxativo, los convenios en cuestión, sino una especie más del género "grave riesgo". De ahí que el análisis del presente caso debe centralizarse en el efecto que la situación de violencia familiar invocada pudiera producir en la niña de consumarse su restitución, pues ella es el sujeto sobre quien debe recaer el riesgo grave, que deberá ser ponderado en forma prospectiva. Dicho de otro modo, es la acreditación del riesgo grave que implicará para el infante dicho retorno y la ausencia de medidas de protección adecuadas y eficaces para eliminarlo, paliarlo o neutralizarlo –circunstancia que hace que el regreso no sea seguro–, lo que sellará la suerte de la pretensión restitutoria" (CSJN, "PS, M. c/ SM., M", 24/05/2022, Fallos 345:358).

En tal sentido, según el informe realizado por el Equipo Técnico Interdisciplinario con motivo de la denuncia de violencia familiar formulada por la demandada tras arribar al país y conocer el reclamo de restitución (expediente 00061), no pudieron constatarse conductas del demandante que pudieran considerarse violentas con relación a ella o a la hija, aunque vivieran inmersos en un ambiente cultural hegemónico, patriarcal, con roles estereotipados y estancos que no permitan la movilidad. Ello descarta o relativiza considerablemente la violencia denunciada contra la misma demandada; amén de que nada indica que nuestra cultura local y sudamericana sea menos hegemónica o patriarcal que aquélla. En cualquier caso, está claro que no se trata de culturas extremistas o fundamentalistas que hagan sospechar un riesgo suficientemente grave para impedir la restitución.

Pero más significativo aun es el informe elaborado por la profesional del Equipo Técnico Interdisciplinario que participó de la entrevista con la niña. Según ese informe, no se detectaron indicadores de que esté expuesta a situaciones de violencia, malos tratos o negligencia de parte de sus progenitores, aunque haya sido testigo de discusiones entre ambos; ni indicios de

manipulación psicológica de parte del entorno familiar adulto. Al contrario, según la misma profesional, se trata de una niña que contaría con estímulo ambiental afectivo e intelectual favorable a su desarrollo psicoevolutivo (I0015).

La Corte Suprema ha desestimado la excepción de grave riesgo incluso ante *"la existencia de una situación familiar conflictiva que tuvo escenarios de violencia respecto de la progenitora que pudieron, inicialmente, haber repercutido en la niña"*, puesto que *"no se ha logrado demostrar, con la rigurosidad que requiere la excepción, que dicho ambiente importe un riesgo grave de que la restitución pudiere exponer a la infante a un peligro físico o psíquico (art. 11, inc. b, de la Convención Interamericana), que no pueda ser paliado o neutralizado por medidas concretas y efectivas a adoptarse en la jurisdicción de su residencia habitual"* (CSJN, "PS, M. c/ SM., M", 24/05/2022, Fallos 345:358). Es irrelevante que ese caso se haya regido por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores en vez del CH1980, porque en esa misma oportunidad el máximo Tribunal hizo notar, como otras veces, que ambos convenios tienen idéntico propósito y contemplan semejantes remedios básicos contra la sustracción internacional de niños, razón por la cual los criterios interpretativos de uno son aplicables al otro (Fallos 334:1287, 341:1136 y 345:358).

Pero aun suponiendo hipotéticamente que pudiera existir algún riesgo de violencia para la niña, no existe evidencia alguna de que el sistema judicial del país de origen carezca de medios adecuados para abordarlo. Véase que la demandada no ha formulado siquiera una denuncia en aquel Estado que ponga en evidencia su ineficacia judicial. La evidencia de una falencia tal es también requisito para demostrar el grave riesgo sobre el niño (CSJN, "PS, M. c/ SM., M", 24/05/2022, Fallos 345:358).

Por lo demás, las eventuales restricciones migratorias no fueron invocadas ni puestas a consideración de la jueza de grado al contestar la demanda (E0017) como causal de excepción por grave riesgo (artículo 13, inciso b, del CH1980) u ofensa de los derechos humanos y libertades fundamentales para el Estado requerido (artículo 20 del CH1980). Por lo tanto, los agravios formulados en tal

sentido durante la audiencia respectiva resultan inatendibles en esta instancia (artículos 82 del CPF y 277 del CPCC), sin perjuicio de su consideración en las medias de regreso seguro. Además, se trata de un riesgo meramente conjetural que, como ya se ha visto, no puede impedir la restitución inmediata.

e) El interés superior de la niña también ha sido atinadamente enfocado y resguardado por la sentencia en crisis ante la evidencia de una sustracción ilegítima.

La recurrente indica que la solución adoptada vulnera el interés superior de la niña, incorrectamente identificado por el fallo con la residencia en Irlanda del Norte que ya cesó, en vez de interpretarlo en la situación integral de la menor en el caso concreto. Manifiesta que la sentencia no ha hecho más que un análisis aparente y formal de ese interés y ha tergiversado la doctrina en que se funda, según la cual el interés superior de la niña debe armonizarse con todos los derechos humanos en juego -como en este caso el de la mujer- en vez de ponerse en pugna con ellos. Observa que, al no tratarse de un traslado ilícito ni una retención ilegítima, debe interpretarse integralmente el interés superior de la niña, es decir como un conjunto de bienes y de derechos necesarios para su desarrollo integral y la protección de su persona en una situación histórica determinada, sin reducirlo a los términos del Convenio en cuestión.

Sin embargo, es inatendible la argumentación de la apelante en cuanto procura disociar la restitución inmediata del interés superior de la niña.

El Protocolo de Actuación indica claramente que el interés superior del niño *"debe ser entendido como el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente, a que se dilucide ante el juez de su residencia habitual decisión sobre su guarda o custodia, el derecho a tener contacto fluido con ambos padres, y a obtener una rápida resolución del pedido de restitución"* (artículo 5, apartado a, del PA, anexo al CPF).

En ese mismo sentido y una vez comprobada la ilicitud, de acuerdo con la Corte Suprema *"la mejor protección del interés del niño se alcanza volviendo en forma inmediata al statu quo anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos, a fin de que sean los tribunales con competencia en el lugar de su*

residencia habitual los que decidan acerca de las cuestiones de fondo, atinentes a la guarda, al cuidado personal de la niña o niño, al régimen de comunicación y a la cuota alimentaria, entre otras" (CSJN, "V, M c/ SY, CR", 22/10/2020, Fallos 343:1362)

La Corte Suprema ha dicho también, claramente y reiteradas veces, que *"el procedimiento de restitución inmediata instaurado por el CH 1980 se encuentra inspirado en la regla del interés superior del niño establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño -aprobada por la ley 23849-, dado que en su preámbulo los Estados firmantes declaran estar profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia; que no existe contradicción entre dichas fuentes en tanto ambas propenden a la protección del citado interés superior, y que el CH 1980 parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos, preservando el mejor interés de aquél mediante el cese de la vía de hecho"* (CSJN, "RMA c/ FMB", 21/12/2010, Fallos 333:2396; y sus citas: Fallos 318:1269, 328:4511 y 333:604).

La licitud de la retención ya quedó descartada y el resto es inatendible. La sentencia ha enfocado con precisión el genuino interés superior de la niña que corresponde garantizar ante un caso de sustracción internacional, sin caer en disquisiciones que quiten la atención de ese punto delicado y fundamental. Los agravios formulados al respecto por la apelante son inadmisibles justamente por desatender ese punto central y dispersarse en cuestiones que ahora no corresponde abordar. Ello no significa quitarle trascendencia a los restantes componentes que hacen al interés de la niña. Pero, ante una retención indebida, el interés primario, urgente, principal y superior es la restitución inmediata a su residencia habitual, para que la autoridad competente aborde justamente el resto de sus derechos e intereses.

Además, la niña del caso ha sido suficientemente escuchada por la jueza de grado, la defensora de menores y la psicóloga del Equipo Técnico Interdisciplinario del Juzgado (I0005), y en modo alguno puede inferirse su

retención ilegítima en este país haya coincidido con sus deseos e intereses. Con aquella entrevista se le ha dado participación activa conforme a su escasa edad y grado de madurez, con la intervención de una profesional especializada. Asimismo, cabe advertir que la extensión de la escucha ha sido razonable a efectos de *"reducir el riesgo de posibles consecuencias negativas"* para ella *"a raíz de su participación en el proceso"* (artículo 5, apartado, del PA, anexo al CPF).

Con motivo de la entrevista, la profesional del Equipo Técnico Interdisciplinario participante ha elevado el informe (I0015), del cual cabe destacar que se trata de una niña expresiva, afectuosa y espontánea, con un despliegue gestual, conductual y verbal esperable para su edad -o incluso superior-, quien refiere que *"sus papás se estaban peleando mucho, por eso vinieron de visita, vinieron a visitar este mundo, a la familia de acá"*, que *"ella es una granjera"*, que *"le da de comer a los animales"*, que *"en la granja tenía caballos y ponys"* y que aquí *"se encuentra de visita"*, aunque no contesta cuando se le pregunta si prefiere quedarse o regresar a su casa. Entre las expresiones que ha rescatado el informe, se destaca asimismo que *"en la granja viven todos"*, *"nosotros tres"*, aunque la niña también mencionara a un vecino y a *"la abuela Grany"*con quien *"hacía pasteles"*. También es destacable que, al ser preguntada sobre el regreso a su escuela de Irlanda, la niña dijera que *"necesita volver"*, que *"le quedaron muchas cosas por hacer"*, y que en otro pasaje volviera a mencionar *"el viaje de visita"*. Asimismo, resulta particularmente elocuente que, hacia el cierre de la entrevista y al ser consultada si quería transmitir algo a sus padres, la niña dijera que *"mi papá es bueno"*, y que *"los animales son buenos"*, refiriendo a modo de anécdota que su papá la cargaba sobre sus hombros y su cabeza.

Pero la niña no sólo ha expresado su afinidad con la granja -su residencia habitual- y con sus progenitores mediante lenguaje verbal, ya que también lo ha hecho con lenguaje gestual y conductual en un contexto lúdico. Según el informe de la profesional participante, la niña tiene internalizadas normas sociales que le han permitido respetar el trabajo encarado en tales términos. En

efecto, durante la entrevista y a través del juego ha podido expresar simbólicamente su cotidianidad infantil, sus actividades en la granja y su relación con los adultos. Así, *"la niña recrea lúdicamente los cuidados nutricios y afectivos que recibe de sus progenitores, dándole mayor énfasis al vínculo materno-filial cuando se refiere a los cuidados primarios y al vínculo paterno-filial cuando se refiere a las distintas actividades de la granja. En este sentido hay un paralelismo entre la modalidad y dinámica de familia tradicional que asumieron los adultos y las identificaciones que de allí se desprenden. Ambos referentes son modelos de identificación primaria y secundaria centrales para la niña, que contribuyen al enriquecimiento de aspectos constitutivos de su personalidad"*. Asimismo, en el discurso verbal de la niña, *"surge la necesidad de reafirmar y valorar la figura paterna, a través del juego simbólico escenifica a un animal que queda solo por no poder incluirse en el conjunto de los animales vivos (animal prehistórico), ubica un animal pequeño a su lado en el lugar de hijo, formando así un nuevo subgrupo. Puede pensarse que aquí repara simbólicamente al progenitor, así como también se ubica ella en esta ausencia"*. *"Hace referencia a dos mundos, como forma de significar y comprender desde su pensamiento infantil el contraste y la diferencia entre su vida cotidiana anterior y la actual. La niña afirma en varias oportunidades que se encuentra de visita en este mundo. Dos mundos a los que pareciera faltarles la trama que unifica y conecta entre dos cotidianidades alejadas, geográfica y culturalmente"*. Argentina es el *"lugar al que permanentemente se refiere como un mundo en el que está de visita"*.

En función de todo ello, no hay el menor atisbo de que la retención unilateralmente decidida pueda coincidir con los deseos y el interés superior de la niña; mucho menos que ella se oponga al regreso, supuesto que ni siquiera ha sido planteado como excepción (artículo 13, cuarto párrafo, del CH1980). Al contrario, en la declaración escrita presentada el 08/12/2022 ante el Tribunal de Newry & Armagh, la misma demandada ha reconocido que la niña *"tampoco quería irse"* de su residencia habitual (E0027 -anexo-, punto 25). Pero incluso en el caso de oposición del niño, la Corte Suprema también ha señalado que

"por la singular finalidad del convenio que rige el asunto, no cabe adherir a una sumisión irrestricta respecto de la opinión que pudiese haber expresado el infante. La posibilidad de negar el regreso fundado en ese supuesto particular sólo se abre frente a una voluntad cualificada dirigida al reintegro al país de residencia habitual que no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio genuino e irreductible a regresar" (CSJN, "AGLI. c/ RMGH", 28/10/2021, Fallos: 344:3078; y sus citas: Fallos 333:604, 334:913, 335,1559, 336:97 y 458; y 339:1742).

En fin, corresponde desestimar todos los agravios expresados con relación al interés superior de la niña.

f) Las medidas de regreso seguro, en cambio, deben ampliarse aunque con alcances menores a los pretendidos por la apelante y sin perjuicio, por supuesto, de los acuerdos que las partes puedan alcanzar y para lo cual han sido criteriosamente exhortadas por el pronunciamiento (puntos 6 y 7 de la parte resolutiva).

La demandada cuestiona las medidas dispuestas por ser meramente retóricas y no ser proporcionales a los riesgos que se procura evitar, ni garantizar simultáneamente la protección de la niña y la situación de la madre apreciada con perspectiva de género, ni considerar correctamente su condición migratoria. Así, observa que la sentencia ha ignorado que en virtud de los antecedentes sólo podría permanecer en Irlanda del Norte como cuidadora principal de la hija, que el estatus migratorio previo al viaje ha cambiado por haberse ausentado más de seis meses, que en caso de revocación automática de su residencia debería solicitar un permiso de permanencia indefinida cuyo trámite es costoso y su duración no menor a doce meses, lapso durante el cual no podría acceder a ningún trabajo, ni alquilar una vivienda, ni tener los servicios habitacionales a su nombre, ni contratar un seguro de automotor para sus desplazamientos; todo lo cual pone en duda la posibilidad material de que pueda acompañar a la niña y permanecer en aquel país. Hace notar que se ha previsto el alquiler de una vivienda sólo para la madre pero no para la hija, ni se han contemplado las

condiciones adecuadas de habitabilidad (dimensiones, servicios, cercanía de transporte público, etcétera). Asimismo, advierte que no se ha contemplado ninguna asistencia alimentaria; a pesar de sus obstáculos laborales en aquel país, donde a pesar de su elevada calificación se ha postulado infructuosamente para diecisiete empleos, quizás relegada por su condición de mujer, migrante latina y madre cuidadora principal de una niña. De paso, advierte que en Argentina cuenta con empleo apropiado y que el demandante no ha hecho ningún aporte alimentario desde que arribaron al país para presionar el regreso. En definitiva, para el eventual caso de confirmarse la sentencia en lo sustancial, solicita las siguientes medidas de retorno seguro como condición inexorable: **1)** que pueda gozar de un estatus migratorio que le permite ingresar al país, permanecer en él, continuar con la crianza de su hija y desarrollar actividad laboral o profesional para el sustento de ambas; **2)** que se garantice durante dieciocho meses una vivienda a la madre y a la hija en condiciones de habitabilidad comprobada, con una localización adecuada a las necesidades de salud, escolarización, sociabilidad y movilidad de la niña y de su madre cuidadora principal, hasta que ésta obtenga actividad laboral o profesional que le permita el sustento; **3)** que se establezca una suma de alimentos provisionales para la niña y la madre hasta tanto recaiga sentencia en los tribunales de Irlanda del Norte.

Hecha esa reseña, no es factible dictar una medida que asegure un estatus migratorio mínimo de la demandada porque eso concierne a la soberanía del Estado requirente. Con otras palabras, el Estado requerido no puede condicionar el cumplimiento del Convenio y la restitución inmediata con una exigencia de ese tipo. Además, en términos generales, ello permitiría al sustractor agravar deliberadamente el incumplimiento de los requisitos migratorios para sabotear la restitución aludida. No obstante, cabe exhortar al demandante para que se abstenga en la medida de lo posible de formular mayores denuncias y planteos contra la demandada que puedan perjudicar su situación migratoria, como así también requerir a la Autoridad Central de Argentina que por intermedio de su par en Irlanda del Norte colabore con la progenitora en la obtención de los permisos migratorios pertinentes, lo que se hará constar expresamente en el

oficio ordenado en el punto 2.d de la sentencia en cuestión.

Asimismo, respecto de la vivienda corresponde añadir algunas precisiones a lo previsto en la instancia de origen, pero sin la extensión pretendida por la demandada. En tal sentido, cabe ampliar la medida habitacional de regreso seguro estableciendo que, en caso de que la demandada haga saber la voluntad de retornar su propia residencia a Irlanda del Norte, deberá el demandante proveer una vivienda en condiciones de habitabilidad y en cercanías del establecimiento educativo de la hija, que cuente al menos con un ambiente comedor, dos dormitorios aptos para la progenitora y la niña -con independencia de quién quede a cargo de la custodia-, cocina separada y baño, hasta que la autoridad competente de aquel país se expida provisional o definitivamente a instancias de cualquiera de las partes sobre ese punto. A tal efecto y como condición previa a la restitución de la niña, el demandante deberá demostrar sumariamente qué vivienda ofrece y obtener la aprobación judicial irrecurrible de la jueza de grado previa sustanciación con la demandada por plazo abreviado de dos días, tras lo cual tendrá la carga de acreditar su adquisición o locación por plazo no menor a 12 meses. En caso de que la eventual locación concluya antes de que las autoridades competentes se expidan sobre el punto, deberá el demandado renovar la locación o proveer otra vivienda de similares características, y toda controversia que se suscite al respecto deberá dirimirse ante tales autoridades.

Por último, también resulta imprescindible atender la necesidad alimentaria hasta el abordaje de las autoridades competentes. Las circunstancias invocadas por la apelante son suficientes para ello. En tal sentido, a pesar del escaso conocimiento al respecto que permite el estrecho marco de este proceso y dado que el progenitor participa en la explotación de un establecimiento de cierta importancia con verosímil capacidad económica, cabe fijar una cuota alimentaria en favor de la demandada de u$s 1.500 mensuales, pagadera del 1 al 10 de cada mes, desde el momento en que retome su residencia en Irlanda del Norte y hasta que la autoridad competente de aquel país se expida provisional o definitivamente a instancias de cualquiera de las partes sobre ese punto.

Con el criterio adoptado, no corresponde establecer plazos determinados para la provisión de vivienda y alimentos porque regirán por plazo indeterminado hasta que la autoridad judicial competente se expida al respecto.

IV. Que lo dicho es suficiente para resolver el recurso, porque sólo deben tratarse las cuestiones, pruebas y agravios conducentes para resolver en cada caso lo que corresponda, sin ingresar en asuntos abstractos o sobreabundantes (Fallos 308:584; 308:2172; 310:1853; 310:2012; etcétera).

V. Que las costas de segunda instancia deben imponerse en el orden causado por no existir razones para soslayar regla general y local en procesos de familia (artículo 19 del CPF).

VI. Que los honorarios de segunda instancia de la Dra. Carla Bertelli por un lado (abogada patrocinante del demandante), y de las Dres. Griselda Ingrassia y Natalia Jerman por otro (abogadas patrocinantes de la demandada), deben regularse en ambos casos en el 30 % de lo regulado respectivamente en su favor por los trabajos de primera instancia, de acuerdo con la naturaleza, la complejidad, la duración y la trascendencia del asunto, con el resultado obtenido, y con el mérito de la labor profesional apreciada por su calidad, eficacia y extensión (artículo 6, ley citada), todo lo cual justifica la proporción indicada (artículo 15, ley citada).

VII. Que, en síntesis, propongo resolver lo siguiente: Primero: Modificar la sentencia del 05/04/2023 (I0027) en virtud de la apelación interpuesta por la demandada (E0041) al solo efecto de: 1) Ampliar la medida habitacional de regreso seguro estableciendo que, en caso de que la demandada haga saber la voluntad de retornar su propia residencia a Irlanda del Norte, deberá el demandante proveerle una vivienda en condiciones de habitabilidad y en cercanías del establecimiento educativo de la hija, que cuente al menos con un ambiente comedor, dos dormitorios aptos para la progenitora y la niña -con independencia de quién quede a cargo de la custodia-, cocina separada y baño, hasta que la autoridad competente de aquel país se expida provisional o definitivamente a instancias de cualquiera de las partes sobre ese punto. A tal efecto y como condición previa a la restitución de la niña, el demandante deberá

demostrar sumariamente qué vivienda ofrece y obtener la aprobación judicial irrecurrible de la jueza de grado previa sustanciación con la demandada por plazo abreviado de dos días, tras lo cual tendrá la carga de acreditar su adquisición o locación por plazo no menor a 12 meses. En caso de que la eventual locación concluya antes de que las autoridades competentes se expidan sobre el punto, deberá el demandado renovar la locación o proveer otra vivienda de similares características, y toda controversia que se suscite al respecto deberá dirimirse ante tales autoridades. 2) Fijar como medida de regreso seguro adicional una cuota alimentaria a cargo del demandante y en favor de la demandada de u$s 1.500 mensuales, pagadera del 1 al 10 de cada mes, desde el momento en que regrese a su residencia a Irlanda del Norte y hasta que la autoridad competente de aquel país se expida provisional o definitivamente a instancias de cualquiera de las partes sobre ese punto. 3) Añadir como medida de regreso seguro la exhortación al demandante para que se abstenga en la medida de lo posible de formular mayores denuncias y planteos contra la demandada que puedan perjudicar su situación migratoria, como así también requerir a la Autoridad Central de Argentina que por intermedio de su par en Irlanda del Norte colabore con la progenitora en la obtención de los permisos migratorios pertinentes, lo que se hará constar expresamente en el oficio ordenado en el punto 2.d de la sentencia en cuestión. Segundo: Confirmar la sentencia del 05/04/2023 (I0027) en todo lo demás y cuanto fue apelada (E0041). Tercero: Tener presente la reserva del caso federal formulada por la demandada. Cuarto: Imponer las costas de segunda instancia en el orden causado. Quinto: Regular los honorarios de segunda instancia de la Dra. Carla Bertelli (abogado del demandante) en el 30 % de lo regulado en su favor por los trabajos de primera instancia. Sexto: Regular los honorarios de segunda instancia de las Dras. Griselda Ingrassia y Natalia Jerman en el 30 % de lo regulado en su favor por los trabajos de primera instancia. Séptimo: Protocolizar y notificar la presente en los términos de la Acordada 36/2022, Anexo I, punto 9. Octavo: Devolver oportunamente las actuaciones.

A la misma cuestión, la Dra. PÁJARO dijo:

I. Que mi opinión difiere de la del colega que me antecede, por lo que explicaré seguidamente las razones de mi disidencia.

Primeramente debo señalar que no puedo criticar el razonamiento del Dr Riat, quien ha analizado minuciosamente los hechos, el derecho y la jurisprudencia dominante en esta materia, llegando a la conclusión de que corresponde confirmar la sentencia de grado que ordenó la restitución, ampliando las medidas para el retorno seguro de la niña de que se trata a Irlanda del Norte, medidas estas últimas con las cuales coincido en caso de resultar mi opinión en minoría.

Ahora bien y dicho esto encuentro otros argumentos contrarios a lo expuesto, relativos fundamentalmente a la interpretación del instrumento que rige esta delicada materia de la restitución internacional -Convenio de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores- a los que me abocaré seguidamente.

II. Parece innecesario reproducir los antecedentes del expediente, perfectamente detallados por mi colega preopinante, por lo que ingresaré en lo que a mi criterio se ha omitido en la sentencia apelada.

Para ello, es necesario empezar poniendo en evidencia que, como su propio nombre lo indica, la Convención de La Haya data de 1980, esto es 43 años atrás. Argentina dictó la ley que aprobó el tratado en 1990, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 pero también a la constitucionalización del derecho de familia, a la incorporación al derecho argentino -con distintos rangos- de instrumentos de derechos humanos en particular de las mujeres y a la reforma del Código Civil y Comercial.

El trámite de restitución que nos ocupa es un procedimiento autónomo cuyo objetivo es, además del regreso seguro del niño o niña al país en que tenía su residencia, determinar la jurisdicción en que se discutirán las cuestiones de fondo cuyo tratamiento está vedado en este. En otras palabras, no es materia de tratamiento con quién vivirá la niña, ni quién está en mejores condiciones de ejercer la custodia e inclusive parece vedado abordar el análisis de la satisfacción del interés superior, salvo por supuesto la acotadísima excepción de

grave riesgo.

El proceso regulado en el Convenio así como en las guías de buenas prácticas, ponen énfasis en la resolución rápida del asunto. Esto inclusive es lo que se sostiene en muchos pronunciamientos judiciales que se ajustan a este imperativo de celeridad. Aun así, me permito observar que esa celeridad casi nunca resulta satisfecha. Aún cuando, como en el caso de autos, una Jueza de Familia experta en esta materia hizo un enorme esfuerzo para ajustarse a los tiempos acotados y dictar su sentencia en tiempo y forma, las sucesivas instancias dilatan este tipo de trámites hasta la desmesura, como se advierte en innumerable cantidad de casos. No creo que esto pueda ser reprochado al sistema judicial en si. En realidad, la legislación no ha previsto instancias diferenciadas de resolución y entonces puede observarse que gran cantidad de causas recorren todo el sistema judicial local y concluyen en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Encuentro sentido en realizar esta descripción para poner al menos en debate que, en aras de una celeridad que casi nunca llega a ser satisfecha, transitamos un proceso en que la progenitora requerida -en el caso de autos- ha visto cercenado su derecho de defensa al no poder producir muchas de las pruebas que consideraba hacían a su derecho. Adelanto aquí que no considero atendible el planteo de inconstitucionalidad e inconvencionalidad del Protocolo de Actuación, en tanto es un mero instrumento al cual operadores del sistema deben ajustar su práctica pero sin que ello impida armonizar sus directrices con la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos, en un diálogo de fuentes equilibrado.

La Convención de la Haya es un compromiso asumido por la República Argentina en el concierto de naciones, pero también hay muchos otros compromisos -aún de superior jerarquía- que nos obligan en el mismo sentido y son también fruto de la cooperación internacional.

Está claro que no hubo en el caso traslado ilícito de la niña. La discusión se centra en determinar si su permanencia en nuestro país encuadra en el supuesto de retención ilícita.

Tampoco está en discusión que el país de residencia era Irlanda de Norte pero si está en discusión si el cambio de residencia fue o no consentido y si la permanencia en todo caso, resulta segura para la niña.

No voy a soslayar que la jurisprudencia mayoritaria, incluyendo la de la Corte Suprema de Justicia nacional, se apega al texto de la Convención de la Haya, soslayando otros elementos que en mi opinión -que deseo dejar a salvo- son aún más relevantes.

El Código Civil y Comercial en su art. 2° manda a la judicatura interpretar la ley teniendo en cuenta, entre otras pautas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos. Este artículo encuentra anclaje en el art 28 de la Constitución Nacional que instaura el principio de razonabilidad y establece que los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no pueden ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio. Debo enfatizar que el Código impone el diálogo de fuentes e incorpora los tratados en su texto. La norma no alude a los tratados "en general" sino solo a aquellos referidos a derechos humanos. He aquí la diferencia entre la Convención de la Haya y la Convención CEDAW.

Luego, la Constitución Nacional incorpora en el art 75 inc. 22 un elenco de instrumentos sobre derechos humanos entre los que destaca para el caso que nos ocupa, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, ambos con jerarquía superior al Convenio de La Haya de 1980.

A inciso seguido, la Carta Magna se compromete a legislar y promover medidas de acción positiva en favor de cuatro colectivos, entre los cuales se encuentra el de las mujeres, obligando así a garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la propia constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.

Me atrevo a afirmar, sin temor a equivocarme, que la Convención de la Haya carece de toda sensibilidad de género y que es obligación de quienes la aplicamos aportar o morigerar esa carencia de modo de evitar que el deber de

celeridad eche por tierra la satisfacción de otros derechos de rango superior. Se trata de un instrumento que, por su antigüedad, se contrapone con la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de aplicación directa y plenamente operativo.

El Superior Tribunal de Justicia dictó este año la Acordada 06/2023 que enumera una gran cantidad de normativa que va desde la Carta Magna a principios y declaraciones cuya naturaleza es de soft law, de las que desprende la obligación de juzgar con perspectiva de género. Sobre estas bases, el Alto Tribunal trazó los lineamientos e implicancias de este concepto.

Entre las pautas rectoras, se establece que "Los procesos y actuaciones judiciales tramitan garantizando el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación que gozan de protección constitucional y convencional. En aquellas situaciones en que las mujeres, diversidades o disidencias, en razón de su género y/o sexo, se encuentran en posiciones de desigualdad, se realiza un análisis riguroso que considere la adopción de medidas de acción positiva para equilibrar la igualdad" (Punto 4.I.).

En el mismo punto también se impone el análisis del contexto en clave de género (inc. c del Punto III. Tutela judicial efectiva), la valoración de la prueba en clave de género (inc. f. mismo Título) y la Interseccionalidad (inc. h mismo punto).

Quiero detenerme en este último principio -la interseccionalidad- toda vez que resulta decisivo en el caso que nos ocupa. La Sra Van Brock es en Irlanda del Norte, una mujer migrante -con una condición migratoria al menos indefinida ya que está atada al cuidado de su hija-, proveniente de América Latina, desempleada, sin ingresos, que residía junto a su marido en una zona rural. El concepto de interseccionalidad lleva a ponderar que algunos indicadores -como los citados- agravan la vulnerabilidad, ya que su sumatoria los potencia y empeora la situación de quien los padece.

La imposición de regreso entonces, no deja de ser una situación dilemática para la progenitora. Cierto es que la sentencia apelada no le impone el retorno a la madre, pero al imponer el de la hija a cuya crianza ella se dedicó en forma

exclusiva y permanente desde el nacimiento, la coloca en una vulnerabilidad extrema y la fuerza al propio retorno. Muchas mujeres, como parece ser el caso de la Sra Van Brock, delinean su vida en función de un proyecto de familia, moldean su cotidianeidad en función de la sus hijos y en torno a ellos. Observo en relación a este punto, que al formalizar su pretensión ante las autoridades administrativas, Allen aseveró que entendió que “ambas” (madre e hija) retornarían. Es claro que la asignación de roles era clara para los miembros de esta familia.

Entonces, para la requerida se trata de elegir entre dejar a su hija a cargo de un padre que según el mismo ha declarado es incapaz de cuidarla en tanto desarrolla una actividad laboral que le insume extensas jornadas diarias, siete días a la semana ó regresar ella misma a una situación de absoluta incertidumbre personal que ni siquiera las medidas espejo podrán paliar. Como se ve, no hay aquí una real elección posible.

De allí que, si lo que en realidad se va a discutir en Irlanda es el fondo del asunto, está claro para mi que la Sra Van Brock tendrá en cualquier escenario jurídico, la peor de las posiciones. Por ejemplo, desconocemos si en aquel país accederá a defensa pública o contará con alguna ayuda para costear la asistencia legal.

Emilia Gortari Wirz y Nieve Rubaja en su comentario al art. 2642 del CCyC que establece los principios generales y de cooperación en esta materia, consideran que: "El abordaje de estos casos deberá integrarse con una obligada perspectiva de género a los fines de visibilizar, comprender y afrontar cualquier forma de discriminación o estigmatización que deje a las mujeres en una posición de desigualdad en estos complejos escenarios… En definitiva, al velar por el interés superior de el/la NNA también debe atenderse a las circunstancias que dejan a las partes en una situación de asimetría en base al género, aspirando a lograr el goce pleno y efectivo de todos los derechos humanos que se encuentren en juego" (Código Civil y Comercial de la Nación y Leyes Especiales Comentado y Anotado con perspectiva de género. Directoras Marisa Herrera & Natalia de la Torre. Editores del Sur. 2023. Pag 625/626).

Con lo dicho, pretendo desnudar que en casos como el que nos convoca, la aparente neutralidad de las normas encubre y hasta favorece la desigualdad. En esta línea, la jurista feminista Catharinne MacKinnon observa que ciertos criterios igualitarios o de igualdad entre hombres y mujeres importan tratar a las mujeres como si fuesen hombres. Denomina este estándar como “regla de la igualdad”. Dice MacKinnon: “Se lo considera de género neutro, abstracto, neutral, principista, esencialmente procedimental y objetivo. Yo argumentaré que, sustantivamente, este representa la masculinidad, el estándar masculino para los hombres y lo aplica a las mujeres. …” (Feminismo Inmodificado. Siglo XXI Editores. 2014. Pag 110).

Así, la aplicación pura y simple del Convenio de La Haya de 1980, sin distinguir las cualidades y características de las partes cuyos intereses están en juego, importa una perspectiva de falsa igualdad carente del otro elemento determinante para administrar justicia, cual es la equidad.

La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, Reem Alsalem, dedica en el informe emitido el 13/04/2023, un título (VI C) a la materia que nos ocupa. Allí, alude a la “Aplicación sexista del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”. La Relatora consigna que en la actualidad alrededor de tres cuartas partes de los casos presentados en virtud del convenio van contra las madres y que en la mayoría de los casos, se huye de la violencia doméstica o se trata de proteger a los hijos. Alude la Relatora a la reticencia de los tribunales en general en indagar acerca de la excepción de grave riesgo, pero resalta y expone el ejemplo de Australia. Ese país, según reza el informe, aprobó una ley que obliga a los tribunales a examinar las denuncias de violencia familiar y doméstica antes de dictar cualquier orden de restitución de menores en virtud del convenio.

Como se ve, algunos países privilegian su derecho interno por sobre el Tratado con la intención de proteger a las mujeres y a la niñez. Advierto también en línea con ello, que el informe del Equipo Técnico alude a un sistema cultural hegemónico patriarcal, con roles estereotipados que pudieron haber sido

percibidos -vividos- como violencia de parte de Allen hacia Van Brock.

Quiero dedicar asimismo un párrafo a la entrevista cumplida con Brooke. La niña pudo expresar sus pareceres y sentimientos en relación a la situación, pero por su corta edad no pudo expresar concretamente su deseo u opinión. Las impresiones recabadas evidencian un mayor apego hacia la madre y también su conocimiento de las constantes peleas entre los progenitores.

Su ideal de familia -la granja, los animales, la presencia de su mamá y su papá juntos- habla a las claras de una idea que no se verá satisfecha con el regreso, ya la familia evocada ya no existe.

Así las cosas, no creo que pueda concluirse que el mejor interés de Brooke esté dado en un retorno incierto, siendo que su cuidadora principal puede continuar aquí dedicando tiempo a su cuidado, mientras se debate el fondo del asunto.

III. En concreto, y sobre la base de lo desarrollado en el acápite anterior, considero que efectivamente se ha vulnerado el debido proceso al restringir la posibilidad de acreditar que existía de parte del progenitor, conocimiento del traslado y acuerdo para el cambio de residencia y la excepción de grave riesgo. Máxime, cuando se ha valorado insuficiente la prueba producida pero a la vez se limitó la producción de la prueba ofrecida al contestar demanda.

Coincido con la apelante en que la sentencia exige a la progenitora un deber de previsión distinto al que se requiere del padre, ya que la mentada crisis matrimonial, en cualquier caso, los afectó a ambos.

La desigualdad de trato se advierte también en la respuesta a ciertos requerimientos. Por ejemplo, al solicitar el Sr Allen se le exima de la traducción de la totalidad de la documental por la vía prevista en el código de rito, se hizo lugar parcialmente al pedido (auto de fs. 13/3/2023).

Mientras el padre al demandar pudo aportar una serie de elementos documentales respecto del fondo del asunto así como fue llamado a reconocer o desconocer la documentación aportada por la demandada en su responde, esta apenas pudo esbozar su caso con escasa prueba.

Cierto es que la judicatura interviniente en la restitución no está llamada a

decidir con quién vivirá en definitiva Brooke, pero este razonamiento simplifica una cuestión verdaderamente compleja y carece de realismo. En la práctica, si la madre no regresa, la niña vivirá con el padre, en la granja cuyas condiciones de seguridad son al menos cuestionables.

Esto que afirmo no es una mera especulación, sino que surge de las actuaciones del Tribunal de Migración, el cual valoró las aseveraciones de Allen. En el aludido pronunciamiento, el progenitor declaró que su jornada laboral era de entre 10 y 14 horas diarias, que no contaba con medios para pagar una niñera y que en caso de abandonar la madre el Reino Unido el no sería capaz de cuidar a la niña ni contaba con nadie que lo asista. Hizo alusión a sus dificultades económicas y financieras y compromisos comerciales a ser atendidos.

También se consideró la inseguridad de la granja, lo que fue puesto en tela de juicio en la sentencia de grado apelada, por haber vivido la familia varios años en ese lugar. Ahora bien, la peligrosidad de la granja se presenta en caso de que no exista una persona diligente para el cuidado y atención. Dijo el juez irlandés que “Una granja en funcionamiento pone en riesgo a la vida de un niño sin supervisión”.

Así las cosas, considero que la excepción de grave riesgo se ve configurada por la conjunción de las condiciones de la granja y la situación de incertidumbre y vulnerabilidad de la progenitora.

IV. En conclusión, ningún compromiso internacional asumido para la restitución de la niña puede justificar inaplicar otros de mayor jerarquía y colocar así una ciudadana argentina y su hija en una situación de abandono, lo que además importa ponernos en contradicción con el plexo normativo de derechos humanos y generar responsabilidad internacional. Por ello, postulo revocar lo decidido y hacer lugar a la excepción de grave riesgo, con costas en el orden causado conforme el principio general del art. 19 del CPF.

V. Que los honorarios de segunda instancia de la Dra. Carla Bertelli en su calidad de abogada patrocinante del demandante y los de las Dras. Griselda Ingrassia y Natalia Jerman, abogadas de la demandada, deben regularse en ambos casos en el 30 % de lo regulado respectivamente en su favor por los

trabajos de primera instancia. Ello, considerando la naturaleza, la complejidad, la duración y la trascendencia del asunto, con el resultado obtenido y el mérito de la labor profesional apreciada por su calidad, eficacia y extensión (artículo 6 LA), todo lo cual justifica la proporción asignada (art. 15 ley citada).

VI. Que, en síntesis, propongo resolver lo siguiente: Primero: Revocar la sentencia del 05/04/2023 y hacer lugar a la excepción de grave riesgo, rechazando el pedido de restitución internacional planteado por Jonathan Nelson Allen. Segundo: Imponer las costas en el orden causado. Tercero: Regular los honorarios de segunda instancia de la Dra. Carla Bertelli, patrocinante del Sr. Allen, en el 30 % de lo regulado a su favor por los trabajos de primera instancia. Cuarto. Regular los honorarios de segunda instancia de las Dras. Griselda Ingrassia y Natalia Jerman en el 30 % de lo regulado en su favor por los trabajos de primera instancia. Quinto. Tener presente la reserva del caso federal. Sexto: Protocolizar y notificar la presente en los términos de la Acordada 36/2022. Séptimo: Devolver oportunamente las actuaciones a origen.

A igual cuestión, el Dr. CORSIGLIA dijo:

I. En mi carácter de tercer votante, me corresponde dirimir la disidencia suscitada entre mis colegas preopinantes, con relación al pronunciamiento que corresponde frente al pedido de apertura a prueba en segunda instancia (I0036), y el recurso de apelación (E0041), ambos por parte de la demandada, contra la sentencia del 05/04/2023 (I0027).

II. En forma previa a principiar el análisis, debo señalar que ambos votos se encuentran sólidamente fundados, suscitándose la disidencia respecto de la interpretación que se realiza en torno a si en definitiva se trata de una retención ilícita de la menor (posición de la actora), o si por el contrario se trata de un cambio lícito de residencia definitiva, a cuyo fin –eventual- se opuso la excepción de consentimiento del padre y la de grave riesgo en caso de restitución.

Parece innecesario reproducir los antecedentes del expediente, perfectamente detallados por el Dr. Riat, tan solo reiterar que la sentencia de primera instancia hizo lugar a la restitución (I0027), coincidiendo con el

dictamen previo del Ministerio Pupilar (E0028) y el del Ministerio Fiscal (E0030), en tanto no se ha demostrado fehacientemente el consentimiento del padre para la radicación definitiva de la menor en Argentina, ni el grave riesgo analizado con perspectiva de género, por lo que la restitución satisface el interés superior de la niña, quien fue escuchada al respecto. Del mismo modo se dispusieron una serie de medidas con el fin de garantizar el regreso seguro: 1) que el viaje de retorno se efectúe en compañía de la madre, excepto que ésta no lo deseara acompañarla, en cuyo caso deberá informarlo al Juzgado en dos días para que el progenitor si retirará a la niña; 2) que el costo de los pasajes de la niña y de la acompañante sean pagados por el progenitor; y 3) que el progenitor provea una vivienda independiente para la madre en la localidad de destino si ella decide regresar.

III. A los fines de establecer mi criterio, y conforme los puntos de disidencia existentes entre los colegas preopinantes, entiendo que;

a. En primer orden, la pretensión por parte de la recurrente de una apertura a prueba en esta instancia, no puede prosperar, en tanto no cumple con art. 83 del CPF; no se encuentra como punto de agravio (cf. Art. 83 del CPF).

b. Por otro lado, la causal que justifica la restitución ordenada por la Jueza de Primera Instancia es con claridad la retención ilegítima, y no un eventual traslado ilícito, que como bien postula el Dr. Riat, ni siquiera ha sido un supuesto invocado por el demandante.

De allí se desprende que tampoco puede deducirse un “acuerdo entre ambos progenitores sobre el cambio de residencia”, en tanto el mismo no ha existido.

c. Así adelanto que no encuentro acreditado de ningún modo el consentimiento por parte del progenitor – Sr. Allen- para que la niña mute su lugar de residencia habitual, de modo tal que la retención debe, en este supuesto, considerarse efectivamente ilegítima (Cf. Art. 1 inc. A. CH1980).

Ello se conecta con la custodia de la menor, que era ejercida por ambos padres, en los términos sentados por nuestra propia CSJN, en cuanto afirma que: "la expresión convencional «derecho de custodia» no coincide con ninguna

concepción particular de custodia en las leyes nacionales, sino que adquiere su significación desde las definiciones, estructura y propósitos del CH 1980 y que la comunidad jurídica de naciones ha alcanzado un amplio consenso respecto de que la previsión ne exeat -prohibición dirigida al cuidador primario del niño de sacarlo de la jurisdicción sin la conformidad del otro progenitor o del tribunal- cae dentro del dominio de la citada noción convencional" (CSJN, "RMA c/ FMB", 21/12/2010, Fallos 333:2396; y su cita: Fallos 333:604).

En el punto, los intentos de la recurrente para demostrar el consentimiento del progenitor, son insuficientes: ni la compra de los pasajes por solo un tramo, ni la cantidad de equipaje, ni los mensajes de despedida cursados con la familia del progenitor, son idóneos para demostrar el consentimiento requerido, en los términos que postula la propia CSJN.

Así, en cuanto a la forma de acreditación del consentimiento, el alto Tribunal es muy riguroso al sostener que: "constatada la ilicitud a la que el CH 1980 supedita la operatividad del procedimiento de restitución, corresponde examinar si se configura alguna de las excepciones alegadas por la demandada que obstarían a la solución adoptada por el a quo. A fin de realizar dicho análisis debe tenerse en cuenta que el tratado en cuestión establece como principio la inmediata restitución del menor y, por lo tanto, las excepciones a dicha obligación son de carácter taxativo y deben ser interpretadas de manera restrictiva a fin de no desvirtuar la finalidad del Convenio (conf. parágrafo nº 34 del Informe explicativo de la profesora Elisa Pérez-Vera, Ponente de la Primera Comisión redactora del Convenio por encargo del Décimo Cuarto período de sesiones de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado). Al respecto, la Corte ha señalado que las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del CH 1980 (conf. Fallos 318:1269; 328:4511 y 333:604), concepto que aun cuando se encuentra referido a la excepción por grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico, o a situación intolerable, también resulta de aplicación para las restantes circunstancias contempladas por la norma que impedirían la restitución

inmediata del menor" (CSJN, "RMA c/ FMB", 21/12/2010, Fallos 333:2396).

En este análisis, resulta llamativo uno de los puntos, -el 20-, de la declaración prestada por la progenitora ante el Tribunal de Newry & Armagh (E0027, anexo; E0029), en cuanto reconoce que una vez situada en la ciudad de Bariloche, “no sabía cuales eran las intenciones del requirente”, en referencia al padre de la menor, extremo que bloquea en su totalidad la posibilidad de pensar –conforme el escenario planteado por la apelante-, de un supuesto de expulsión de la menor y consecuente consentimiento para su radicación en la Argentina.

En la misma sintonía se mantiene el envío de un correo electrónico por parte de la progenitora a la directora de la escuela de Armagh, establecimiento educativo al cual asistía la menor-, con el objetivo de explicar la situación de “incertidumbre” que transcurría, y aquí el dato de mayor peso, luego de lo cual acordó mantener la inscripción de la niña en un modo de espera, por el plazo de dos semanas (puntos 20 y 28 de la citada declaración ante el Tribunal de Newry & Armagh).

Finalmente, el punto 29 de la declaración da cuenta que frente a la expresa manifestación al progenitor de que ya habían transcurrido casi en su totalidad las dos semanas, y ante la necesidad de la menor de realizar actividades con cierta rutina, propuso la alternativa de buscar escuela en la Argentina, como así también la inscripción en distintas actividades –nadar y andar a caballo-, la reacción y respuesta del progenitor fue contundente, en orden a su voluntad de un regreso inmediato a Irlanda del Norte.

En definitiva, la desestimación de la excepción de consentimiento por parte de la primera instancia es acertada, en tanto no existen elementos que acrediten el consentimiento del padre con anterioridad a la retención, ni tampoco su posterior aceptación.

d. Con relación a la excepción de grave riesgo para la menor, que fuera desestimada en la sentencia en crisis, adelanto que he de coincidir con dicha postura, que además ha sido ampliamente abordada en el voto de mi colega Dr. Riat.

Así, cabe partir de la pauta rectora dispuesta por la CSJN, justamente para

el análisis de las excepciones en este tipo de procesos, en cuanto expresa que “a la luz del criterio riguroso y restrictivo con que deben apreciarse las excepciones, una interpretación armónica de los términos del art. 13, inc. b y de la finalidad que inspira el instrumento en el que se encuentra inserta, determina que quien se opone a la restitución demuestre los hechos en que se funda y esa demostración requiere, ineludiblemente, de una prueba concreta, clara y contundente acerca de la existencia de aquéllos. De ahí que, el simple temor, las sospechas o los miedos que puedan llevar -en el mejor de los casos- a una presunción sobre su ocurrencia, de ninguna manera importan una demostración que habilite, sin más, la operatividad de la excepción en juego. Una interpretación contraria conduciría a frustrar el propósito del CH 1980. Empero, no debe perderse de vista que el objetivo del citado convenio radica en garantizar el regreso no solo inmediato del niño sino también seguro. En consecuencia, aun cuando de acuerdo con tales criterios, los hechos invocados y acreditados no alcancen a configurar una excepción a la restitución, nada impide recurrir a las herramientas que resulten necesarias y adecuadas para asegurar que el retorno se lleve a cabo de modo que queden resguardados los derechos de los menores involucrados” (CSJN, "PS, M. c/ SM., M", 24/05/2022, Fallos 345:358; CSJN, "Q, A. c/ C, MV", 25/10/2016, Fallos 339:1534).

Así, la granja per se, no genera un riesgo que impida el retorno de la menor, bajo la custodia de un mayor, no al menos para que pueda sostener la excepción que fuera articulada, la cual debe indefectiblemente fundarse y contener un peligro grave para la niña involucrado en la misma restitución.

Luego, la accionada incorpora el supuesto de violencia de género ejercida sobre la progenitora de la menor, el que no solo no recae sobre la menor, sino que tampoco tiene una entidad tal que pueda ser calificado como grave.

En tal sentido la CSJN tiene recientemente expuesto que: "en los supuestos en los que la citada excepción se sustenta en la violencia familiar o de género, quien la invoca, como en todos los casos, debe demostrar de forma ineludible, mediante prueba concreta, clara y contundente, que el efecto que aquella situación produce en el niño tras su restitución alcanza un alto umbral de grave

riesgo que autoriza tenerla por configurada. … Dicho de otro modo, es la acreditación del riesgo grave que implicará para el infante dicho retorno y la ausencia de medidas de protección adecuadas y eficaces para eliminarlo, paliarlo o neutralizarlo –circunstancia que hace que el regreso no sea seguro–, lo que sellará la suerte de la pretensión restitutoria" (CSJN, "PS, M. c/ SM., M", 24/05/2022, Fallos 345:358).

e. Para terminar, un tema de esencial importancia, que también ha sido abordado por el primer votante con una claridad y profundidad elogiables, es el que se conecta con el interés superior de la niña.

El agravio radica en esencia en postular que el tratamiento del punto efectuado en la sentencia de grado no trasciende de ser un análisis formal y aparente del interés de la menor.

No obstante, como ya expuse infra, y de algún modo adelantando mi postura al respecto, tratándose el supuesto de una retención ilegítima, resulta de aplicación el criterio expuesto por la CSJN, en cuanto sostiene que “"la mejor protección del interés del niño se alcanza volviendo en forma inmediata al statu quo anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos, a fin de que sean los tribunales con competencia en el lugar de su residencia habitual los que decidan acerca de las cuestiones de fondo, atinentes a la guarda, al cuidado personal de la niña o niño, al régimen de comunicación y a la cuota alimentaria, entre otras" (CSJN, "V, M c/ SY, CR", 22/10/2020, Fallos 343:1362).

Al punto se suma que la menor ha sido debidamente escuchada tanto por la magistrado de Primera Instancia, como por la Defensora de menores y la psicóloga del Equipo Técnico Interdisciplinario del Juzgado, cuya participación resultó no solo activa, sino que en un absoluto marco de razonabilidad y coherencia. Para una mayor precisión de ello, cabe remitirse a la lectura del informe elaborado por el Equipo Técnico Interdisciplinario (I0015).

IV. En síntesis, a fin de no extender en demasía mi voto y siendo que ya me he pronunciado sobre la disidencia suscitada entre los votantes precedentes, hago míos respecto a las demás cuestiones los sólidos argumentos vertidos por el Dr. Riat, adhiriendo a su voto en su totalidad, incluyendo la ampliación de las

medidas de regreso seguro que propone, las que entiendo razonables y racionales. Mi voto.

Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia, de Minería y Contencioso Administrativa,

RESUELVE:

Primero: Modificar la sentencia del 05/04/2023 (I0027) en virtud de la apelación interpuesta por la demandada (E0041) al solo efecto de: 1) Ampliar la medida habitacional de regreso seguro estableciendo que, en caso de que la demandada haga saber la voluntad de retornar su propia residencia a Irlanda del Norte, deberá el demandante proveerle una vivienda en condiciones de habitabilidad y en cercanías del establecimiento educativo de la hija, que cuente al menos con un ambiente comedor, dos dormitorios aptos para la progenitora y la niña -con independencia de quién quede a cargo de la custodia-, cocina separada y baño, hasta que la autoridad competente de aquel país se expida provisional o definitivamente a instancias de cualquiera de las partes sobre ese punto. A tal efecto y como condición previa a la restitución de la niña, el demandante deberá demostrar sumariamente qué vivienda ofrece y obtener la aprobación judicial irrecurrible de la jueza de grado previa sustanciación con la demandada por plazo abreviado de dos días, tras lo cual tendrá la carga de acreditar su adquisición o locación por plazo no menor a 12 meses. En caso de que la eventual locación concluya antes de que las autoridades competentes se expidan sobre el punto, deberá el demandado renovar la locación o proveer otra vivienda de similares características, y toda controversia que se suscite al respecto deberá dirimirse ante tales autoridades. 2) Fijar como medida de regreso seguro adicional una cuota alimentaria a cargo del demandante y en favor de la demandada de u$s 1.500 mensuales, pagadera del 1 al 10 de cada mes, desde el momento en que regrese a su residencia a Irlanda del Norte y hasta que la autoridad competente de aquel país se expida provisional o definitivamente a instancias de cualquiera de las partes sobre ese punto. 3) Añadir como medida de regreso seguro la exhortación al demandante para que se abstenga en la medida de lo posible de formular mayores denuncias y

planteos contra la demandada que puedan perjudicar su situación migratoria, como así también requerir a la Autoridad Central de Argentina que por intermedio de su par en Irlanda del Norte colabore con la progenitora en la obtención de los permisos migratorios pertinentes, lo que se hará constar expresamente en el oficio ordenado en el punto 2.d de la sentencia en cuestión.

Segundo: Confirmar la sentencia del 05/04/2023 (I0027) en todo lo demás y cuanto fue apelada (E0041).

Tercero: Tener presente la reserva del caso federal formulada por la demandada.

Cuarto: Imponer las costas de segunda instancia en el orden causado.

Quinto: Regular los honorarios de segunda instancia de la Dra. Carla Bertelli (abogado del demandante) en el 30 % de lo regulado en su favor por los trabajos de primera instancia.

Sexto: Regular los honorarios de segunda instancia de las Dras. Griselda Ingrassia y Natalia Jerman en el 30 % de lo regulado en su favor por los trabajos de primera instancia.

Séptimo: Protocolizar y notificar la presente en los términos de la Acordada 36/2022, Anexo I, punto 9.

Octavo: Devolver oportunamente las actuaciones.