

Sentencia N° 232/2016.-

Montevideo, 9 de diciembre de 2016.-

VISTOS:

Para sentencia definitiva de primera instancia, en estos autos caratulados “S. G., P. c/ U., M.. Exhorto restitución internacional de menores de 16 años”, individualizados con la IUE N° 2-31922/2016, tramitados ante el Juzgado Letrado de Familia de Octavo Turno.-

RESULTANDO:

El día 29 de julio de 2016, se recibe en esta Sede la solicitud de restitución internacional de la niña N. S. U. desde el Reino de España, a través de la Asesoría de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional.-

La restitución fue peticionada por el padre del niño, Sr. P. S. G.. Fundamenta la solicitud en que su parte no dedujo impedimento alguno a la Sra. U. para que, con su hija, visite a su familia en Uruguay, debiendo volver el 25 de abril de 2016.-

Posteriormente, la madre de la niña le manifestó la intención de quedarse unos días más, a lo que su parte no dio importancia.-

Unos días después, la Sra. U. y su padre comunican al promotor que se quedarían en Uruguay definitivamente y no regresarían a España.-

La Sra. U. le impide el poder hablar con su hija (fs. 25 y 26).-

La Autoridad Central reseña que el Sr. S., padre de la niña, solicita la restitución de su hija al Reino de España por entender que existió una retención ilícita de la misma en la República Oriental del Uruguay por parte de su madre ya

que fue trasladada lícitamente, con su autorización, a los efectos de vacacionar, pero debía volver a su país de residencia habitual (España) el 24 de mayo de 2016, lo que no se efectivizó.-

La Autoridad Central española informa que, de conformidad con al derecho español, ambos padres ejercen la patria potestad y, por ende, el cambio de radicación de la menor debe ser autorizado por ambos progenitores.-

Adjunta documentación glosada de fs. 3 a 40.-

Por providencia 3781 de 29 de julio de 2016 (fs. 51 y 52) se dispuso la restitución internacional de la niña N. S. U. y se ordenó la citación de excepciones por el término de 10 días a la requerida, Sra. M. N. E. U. M..-

Asimismo, se adoptó la cautela del cierre de fronteras con respecto a la niña y su progenitora y se ordenó la retención de la documentación para viajar de las mismas.-

Se designó Defensora del actor a la Sra. Defensora Pública, Dra. Mariana Carrerou, y de la niña al Sr. Defensor Público, Dr. Walter Pritsch.-

Se ordenó la comunicación a la Autoridad Central y a la Sra. Juez de Enlace, a sus efectos.-

La Sra. M. N. U. M. comparece a fs. 164 y siguientes a efectos de oponer excepciones. Manifestó, en síntesis, que es una madre de 32 años con una hija de 4 años que decidió quedarse en Uruguay tras descubrir que en España su hija estaba siendo sometida a abuso sexual por parte de su padre.-

Su relación con el Sr. S. fue particular. Quedó embarazada cuando hacía 7 meses de que estaban en pareja. Durante el embarazo le insistió para que abortara

y se negó. Desde entonces, su vida fue cada vez más conflictiva pero luchó por su pareja para que N. tuviera una familia unida.-

Sin embargo, con el paso del tiempo, el Sr. S. se volvió cada vez más violento y agresivo y se intensificó su consumo problemático de drogas. En ese contexto, comenzó a descuidar y dañar a N..-

Fue entonces que decidió separarse. Antes de hacerlo, viajaría con la niña a Uruguay a visitar a su familia. Es cierto que en un principio pensaba volver a España, pero el plan cambió cuando descubrió que el Sr. S. había abusado sexualmente de su hija en una práctica constante cuando la madre no estaba en su casa. Su hija y ella han vivido una pesadilla.-

La salud y felicidad de N. exigen no volver a España. Busca proteger a su hija.-

Este caso no es normal. No es una retención ilícita. Si se ordena la restitución internacional de N. se la expone a nuevas situaciones de abuso sexual, lo que debe ser prevenido por la justicia.-

Estuvo en pareja con el Sr. S. desde diciembre de 2010. A partir del embarazo, comenzó a vivir situaciones de violencia intrafamiliar: consumo abusivo de drogas, discusiones permanentes y descuidos del padre a su hija. En Montevideo, descubrió que él abusaba sexualmente de la niña.-

N. nació en la ciudad de Vielha e Mijaran, provincia de Lleida, España, el día 7 de abril de 2012.-

Ha trabajado como mesera y su padre como técnico radiólogo, quien se desempeña en el hospital Valle de Aran, con domicilio en esa comunidad.-

El 22 de diciembre de 2015, cuando N. tenía 3 años, fue a una comida de despedida del año en el hospital donde trabajaba el Sr. S..-

N. pidió para ir al baño y el padre la acompañó. Notó que demoraban demasiado en retornar. Al entrar ella al baño, no estaban allí.-

Al acercarse a pediatría del hospital, vio al Sr. S. parado dentro de un consultorio, muy nervioso.-

Al preguntarle que había pasado, le extiende su mano que sostenía un papel higiénico lleno de sangre. N. estaba tensa, sentada en la camilla. Le señaló que la sangre le había salido del ano a N..-

Estaba muy nervioso y pálido y casi no podía hablar.-

La Dra. I. C. B.t ingresó al consultorio y revisó a la niña. Su diagnóstico fue que N. presentaba una doble fisura anal y explicó que “una es a las 12” y “la otra es a las 9”.-

La pediatra dijo que era algo muy raro e indicó que le pusieran una crema cicatrizante sobre la herida y dio por terminada la consulta.-

Ella se fue preocupada y su pareja, que tenía una actitud displicente, le señaló que era algo habitual en niños, que podía deberse al estreñimiento.-

Ante una nueva consulta de su parte a la pediatra, le respondió que observara a N. y que estuviera atenta a cambios de comportamiento. No hubo referencia a abuso sexual.-

Su parte entiende que el Sr. S. sí sabía de qué se trataba y que intentaba quitarle relevancia. Temía que descubriera la verdad.-

La doble fisura anal que se detectó a N. es un indicio de violación.-

N. fue víctima de otros episodios de abuso sexual de parte de su padre.-

A partir de ese episodio, empezó a notar un cambio de carácter de N. hacia su padre. No quiso jugar más con él ni saludarlo. Las noches en que no trabajaba, la niña le decía que tenía miedo del Sr. S., pero nunca lograba explicarle el por qué. Pensó que N. estaba sufriendo por la agresividad de su padre.-

Comenzó a orinarse en la cama con frecuencia cuando su madre se iba a trabajar.-

En el vuelo a Montevideo, N. comenzó a manifestar los primeros indicios de abuso sexual. La niña dibujó un osito con un pene enorme.-

A los pocos días, se despertó y entre sueños y llorando le dijo “mamá me duele el culito”. Luego, jugando con su abuela, le puso un pegotín en la entrepierna a un juguete y le dijo que era “para que le olera la pepita”.-

La llevó a la psicóloga L. G. que concluyó que en sus expresiones verbales y juegos se ven indicadores de abuso sexual por parte del padre, en actividades obligadas relacionadas con juegos sexuales a modo de rituales que incluían masturbación, el contacto con órganos sexuales y el uso de muñecos y objetos para esos fines.-

Coincide la psicóloga y sexóloga R. C..-

Consultó a la ginecóloga M. S.. Al llevarla, N. se puso en 4 apoyos. Acto seguido, cuando la doctora le fue a quitar la ropa, la niña se negó. La especialista concluyó que era una reacción típica de abuso sexual.-

Luego de las primeras sesiones con la Dra. G., N. comenzó un proceso de verbalización y expresiones corporales y gráficas que confirmaron el abuso sexual a través de un sorprendente grado de sexualización para una niña tan pequeña.-

La doctrina especializada refiere a indicadores de abuso: indicios de actividades sexuales, juegos sexuales inadecuados con niños, juguetes o con sus propios cuerpos y comprensión detallada de conductas sexuales no acordes a la edad.-

La prueba es clara, acredita el abuso y justifica el rechazo de restitución.-

N. habla de sexo y está contando, de a poco, las cosas que le hizo su papá de forma clara y dolorosa.-

Así, N. le ha dicho que “el pito de papá me da mucho asco” y ante su requerimiento se explaya “porque tiene mucho pelo”.-

El 28 de mayo, estando en lo de su hermano, N. se acercó con un inflador en su mano y le dijo “mami, esto va en la pepita”.-

El 6 de junio, estando N. orinando, previo a su baño, se abrió de piernas y le preguntó “mami, quieres chuparme la pepita?”.-

El 8 de junio comenzó la niña a meterse la mano en la cola. Su abuela le preguntó qué le pasaba y N. le dijo que “le picaba el culete” y le dijo que “que se iba a hacer mimos, que le gustaba”. Al rato agregó “No quiero que pase otra vez”, ante la pregunta de su abuela, respondió “que me rompa la ropa”.-

El 10 de junio, N. estaba nuevamente jugando con su abuela con muñequitos y le dijo “La muñeca tiene pupa (lastimadura) en la pepita. Se la hizo otro muñeco perrito. Le sale sangre y la limpia con una toallita. Después llega el

padre y ella se esconde porque tiene vergüenza. El padre la castiga como la castiga todos los días. Fin.”

El 11 de junio le dijo “¿Sabes lo que hago a veces? Intento coger un palo y me lo pongo en la nalga y se me cae”. Le preguntó quién hacía eso y le respondió “papá”.-

En otra oportunidad, N. le mencionó que su papá le hacía mimitos por todo el cuerpo con un gusanito y en varias oportunidades ha hablado de un gusano muy malo que tenía que matar.-

El 27 de junio le dijo que le iba a contar cosas feas de papá, pero luego no lo hizo.-

El 29 de junio le dijo que tenía cosas malas que contarle de su padre y luego le dijo “Que divertido estar libre, es muy lindo.”

Relata otras circunstancias.-

Ninguna de esas frases es habitual en una niña de 4 años ni reflejan a una niña feliz en España, cerca de su padre. Todas muestran un temor inmenso y la necesidad de liberarse y ser feliz.-

Refiere su sufrimiento personal. Graba su hija y siente que la revictimiza. Pero le explicaron que es lo mejor para protegerla.-

En una niña pequeña como N., sus sentimientos se expresan por dibujos.-

Muchos tienen referencias directas al abuso sexual al que fue sometida por parte del Sr. S.-

La psicóloga de la niña analiza varios dibujos.-

Las profesionales que han tratado a N. han formulado contundentes informes que dan cuenta del abuso sexual al que el Sr. S. sometía a N..-

Reseña el informe realizado por la Lic. G..-

La doctrina especializada explica que uno de los elementos del abuso sexual infantil está dado en el “secreto” que permite continuar con la conducta abusiva y proteger al abusador.-

La dependencia del menor respecto al agresor, el miedo al rechazo y los sentimientos de vergüenza y culpa, así como las frecuentes amenazas son razones habituales de peso para que el menor no exponga lo que está sucediendo. En el caso de N., de 4 años, tal problemática se agudiza.-

El niño puede develar el abuso sexual cuando percibe que ya no hay riesgo y se siente protegido. Es el caso de N..-

En las conversaciones con N. se refleja el temor que le genera romper el pacto de silencio. Ella titubea, llora, sus palabras se truncan y no logra decir lo que quiere decir.-

Su familia tiene muchos de los factores de riesgo para el abuso sexual: insatisfacción en el matrimonio, violencia en la pareja, abuso de alcohol o drogas por parte del ofensor, antecedentes de abuso sexual en la infancia del ofensor y fácil acceso a las víctimas.-

El Sr. S. no dio señales de estar abusando a N.. Hasta el día de hoy le escribe o le envía audios (la hostiga), no muestra señal de arrepentimiento. Esto coincide con la manipulación y negación que caracteriza a los abusadores sexuales infantiles.-

El Sr. S. tiene todas las características de un abusador sexual.-

No corresponde hacer lugar a la restitución internacional porque existe un grave riesgo para N. que la expone al peligro físico y psíquico de ser abusada sexualmente nuevamente por su padre, que encuadra en la excepción prevista en la Convención que rige el caso.-

Cita al artículo 13 de la Convención.-

La misma disposición rige en el Derecho patrio por aplicación del artículo 15 de la Ley 18.895.-

La jurisprudencia internacional así lo ha entendido.-

N. también ha sido víctima de la violencia constante de parte de su padre.-

El Sr. S. consintió que se quedaran a vivir en Uruguay, aunque ahora haya cambiado de opinión.-

N. se ha adaptado a su nuevo círculo, donde vive en paz, con una amplia red de apoyo familiar y afecto que le ha devuelto la fuerza, confianza y tranquilidad con que debe vivir una niña de 4 años.-

Reseña situaciones de violencia doméstica que habría padecido su parte.-

En condiciones aisladas, llegó a agredir físicamente a su parte. Era controlador y mentiroso.-

Con el paso del tiempo, descubrió que se drogaba. Comenzó a hacerlo diariamente diciendo que lo hacía porque no quería perderle. La presionó para dejar el trabajo. Renunció, pero él continuó drogándose.-

Reitera las intenciones de aborto del Sr. S.-

A pesar de todo, el primer año de la niña fue el más pacífico de la relación. Luego de ese lapso, se volvió a mostrar inestable y agresivo con ella y su hija. La insultaba y destrataba delante de la niña; golpeaba las paredes, muebles y juguetes de N..-

Fumaba también marihuana.-

Señala que lloraba su parte al dejar a la niña con él.-

La niña le rogaba que no fuera a trabajar porque temía quedarse sola con su padre, comenzando a tener trastornos de personalidad, mostrándose sumisa.-

En ese momento, a la niña le diagnosticaron las dos fisuras anales.-

Allí su parte decidió separarse y viajó a Uruguay.-

La violencia a la que la niña estuvo expuesta encuadra en la excepción del artículo 13 literal B de la Convención.-

Viajó a Uruguay estando de acuerdo el Sr. S..-

A los pocos días de estar en el país, tomó la decisión de que se quedarían a vivir aquí y se lo comunicó al Sr. S., el que estuvo de acuerdo. Se comunicaron por whatsapp, transcribiendo los mismos.-

En función de lo conversado con el Sr. S., habló con su familia y la niña comenzó a concurrir a un centro educativo. Además, continuó con su terapia psicológica, que había comenzado el 15 de abril.-

Ese fue el disparador de que el Sr. S. cambiara de opinión.-

Cita el artículo 13 literal a de la Convención.-

En Uruguay, la niña recuperó la paz y confianza y pudo expresar lo que sufría con su padre.-

Reitera que la niña tiene en el país una red de apoyo familiar. Concorre a psicólogo, controles médicos y a un centro educativo.-

Empezó a expulsar sus vivencias y miedos, recuperando autoestima y fuerza, transmitiendo alegría.-

Ordenar la restitución de la niña pondría en riesgo su salud.-

Por eso, atendiendo a su interés superior, corresponde se amparen las excepciones opuestas, admitiéndose la radicación definitiva en Uruguay.-

Agregó prueba y peticionó, en definitiva, cumplidas las restantes etapas inherentes al proceso, se acoja el excepcionamiento planteado y se rechace en todos sus términos la solicitud de restitución.-

Por auto 4188 de 15 de agosto de 2016 (fs. 184) se confirió traslado de las excepciones opuestas al requirente.-

La Sra. Defensora Pública, Dra. Mariana Carrerou, en representación de P. S. G.(artículo 28 de la Convención de La Haya), evacuó el traslado conferido expresando que su representado y la requerida son padres no matrimoniales de la niña N., nacida el día 17 de abril de 2012. La menor cuenta con 4 años de edad y es de nacionalidad española.-

A pesar de no estar controvertido en autos, recuerda que la menor reside en Vielha, Av. Maledeta, X, 3ª derecha.-

Su vida está en España, asiste al colegio al cual la madre, por su accionar, hizo que su hija dejara a la mitad del curso. Compañeritos y amigos extrañan a N., así como los familiares, abuelos y tíos.-

No son verdad los hechos expresados por la requerida. A finales de 2015, la Sra. U. manifestó a su representado el deseo de viajar a su país de origen en compañía de N., durante el período vacacional de Semana Santa. Así el requirente pagó los billetes de ida y vuelta con fecha de 7 de abril de 2016 la salida y 26 de mayo el regreso.-

Una vez instalados en el domicilio del abuelo materno, U. sorpresivamente manifestó la decisión de permanecer en Uruguay un par de meses con el fin de “pensar” acerca de la posibilidad de la separación de la pareja, a lo que inicialmente S. no se opuso. Se encontraba convencido de que el tiempo de la separación coincidían con la fecha del billete de regreso.-

La Sra. U. comenzó a acusarlo de ser culpable de que la pareja no funcionara. Incluso le pidió telefónicamente que acudiera a un abogado en España para suscribir documento en el que debía renunciar a la guarda de la niña. Allí se dio cuenta de que el viaje había sido premeditado y que la supuesta reconciliación no sería posible. Lo perseguido era sacar de España a su hija para no regresar.-

Cuando su representado le comunicó a U. su negativa en firmar dicho documento, la requerida le impidió contactar a su hija, llevando meses sin contacto con ella.-

El actuar de la requerida supone una infracción al artículo 236-8 del Codi Civil de Catalunya y el artículo 156 del Código Civil común, de acuerdo a los cuales la elección del domicilio es una cuestión de potestad parental (o de patria potestad) que precisa del consentimiento de ambos progenitores o, en caso de discrepancia, autorización judicial.-

Asimismo, España y Uruguay suscribieron el Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980, donde se considera ilícito el traslado o retención del menor. En su artículo 5 se establece el alcance del derecho de custodia y es el cuidado de la persona del menor y, en particular, de decidir su residencia.-

La Sra. U. ha decidido unilateralmente y sin el consentimiento de su representado, trasladar el domicilio de la menor a más de 10.000 kms. de distancia, desarraigándola de su entorno, quitarla de la escuela a mitad de curso del que es su colegio de siempre, apartándola de su padre. Todo ello sin resolución judicial que ampare tales decisiones. Sin siquiera denuncia previa realizada en España. Una vez cerciorada de que no le firmaría la cesión de la guarda, se dio cuenta del supuesto abuso. Tampoco antes, cuando se encontraba en España y sí después de que la abogada de España le aconsejara de que juntara toda la documentación para negar la vuelta de la menor.-

En estos 4 meses sin tener contacto con su padre, la niña ha llorado porque lo extraña (de las propias grabaciones aportadas por la contraparte se aprecia), la madre la ha sometido a intensos cuestionarios, prometiéndole premios, juguetes, salidas, paseos para que hable de algo que le susurra previamente y N. dice no recordar y que lo sabe la madre.-

Mientras no estaba escolarizada N., se repartían ambos progenitores el cuidado de la niña. S. la llevaba a la guardería, ya que U. trabajaba como camarera en el Parador Nacional de Arties en horario nocturno y por las mañanas dormía. S. también recogía a la niña del colegio y la acompañaba a la actividad extraescolar de piscina, luego a la casa y le daba de comer.-

Su representado trabaja como técnico superior de imagenología para el diagnóstico clínico en el Centro de Salud de Vielha desde el año 2007.-

En octubre de 2015, el requirente se le diagnosticó una discopatía L4-L5-S1, es decir, hernias discales que los médicos decidieron intervenir quirúrgicamente en el Hospital del Mar de Barcelona el 13 de enero de 2016. Por ello, tuvo que tomar una fuerte medicación para los dolores; en concreto, un derivado de la morfina, y por la imposibilidad de conciliar el sueño por los fuertes dolores, le prescribieron un hipnótico denominado “Noctamid”, que le provocó dormirse por completo en hasta 4 ocasiones. La primera vez fue estando solo con su hija, por lo que decidió solicitar ayuda de amigos para que hubiera alguien acompañándole si se quedaba dormido con ella. En una de esas ocasiones, fue en presencia de la Sra. U., quien aprovechó para grabarle. Es así que decidió dejar de tomar la medicación, contraviniendo las recomendaciones médicas.-

Durante ese período de la enfermedad, la requerida comenzó a acusarle de depender de fármacos, de desatender a N. y responsabilizarlo de problemas de pareja, demostrando su falta de humanidad.-

Todo lo contrario ha sucedido ya que U. lo ha manipulado en todo momento y convenciéndolo de que el viaje sería la oportunidad perfecta para vacacionar junto a su hija, a los familiares maternos y luego podrían reconciliarse.-

Repito que jamás hubo denuncia de maltrato de la Sra. U., pues su voluntad primaria no es volver. Incluso la causa económica para no volver fue manifestada en los whatsapp. Esa situación puede subsanarse, realizando la

correspondiente denuncia y solicitar las medidas cautelares que entienda corresponderle.-

La acusación de abuso no solo es falsa sino que forma parte de un plan para no volver a España, pues allí, como ella manifestara, no puede prosperar económicamente.-

Le ha quitado la posibilidad de defensa in situ a su representado, de la injuria que realiza la requerida. Le prohíbe tener contacto con ella desde entonces.-

De la prueba que aporta, surge que N. ha estado correctamente atendida.-

Resulta de suma importancia que la pediatra no haya notado nada raro en cuanto a la consulta de urgencia de N. debido a la fisura del ano. Un médico tratante, ante cualquier indicio de abuso sexual, debe denunciarlo; tanto aquí en Uruguay, como en el resto del mundo. Esto no sucedió así porque su revisión constató que era un sagrado por estreñimiento. N. es una niña con un desarrollo normal y que visitaba en consulta de pediatría a su pediatra de cabecera, I. C. B.. En dicha oportunidad, se le diagnostica la patología habitual de fisura anal en un contexto de hábito estreñido. Se le prescribió dieta y crema. En el certificado ampliatorio, agregó “en ningún momento a posteriori desde diciembre de 2015 a marzo de 2016, ni la madre ni el padre preguntan ni dudan sobre si el origen puede ser otro al distinto del hábito estreñido y la dureza de las deposiciones”.-

Reseña declaraciones realizadas ante notario.-

Del informe que emite Francisco Javier Forcade para el Ministerio de Justicia España, a petición de Autoridad Central española, surge que “una

situación de cese de convivencia entre progenitores no afecta para nada a las facultades inherentes al ejercicio de la patria potestad que normalmente se ejerce de forma conjunta en la gran mayoría de los casos, como ser las relativas al cambio de residencia del menor... cuando una persona tiene solo derecho de visita respecto a su hijo menor de edad pero al mismo tiempo es cotitular de la patria potestad, retiene importantes derechos y obligaciones respecto a las decisiones, por lo tanto, estas personas tienen derecho de custodia con arreglo a convenios internacionales como el de La Haya. Donde el derecho de custodia incluye el derecho a decidir el lugar de residencia del menor.” De lo que se expone, surge que el padre ejerce también la custodia del niño, con el alcance dado por el Convenio Internacional de La Haya. Aunque en la actualidad estén separados, debe señalarse que al momento del viaje la pareja aún continuaba.-

De acuerdo a lo ya expresado y a lo dispuesto en el artículo 108 del Código Civil español, la filiación puede ser matrimonial y no matrimonial. Y el artículo 154, refiere a “que los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores”. El artículo 156 establece que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Finalmente, el 158 establece la potestad de los jueces para evitar las sustracciones internacionales. Contrariamente a lo argumentado por la requerida, la situación de cese de convivencia entre los progenitores, no afecta la patria potestad; la que se ejerce de forma conjunta. Resulta necesario para dicho Derecho extranjero la intervención de ambos progenitores con independencia de

quien tenga la custodia, para decidir las salidas al extranjero de los hijos menores de edad.-

El objeto del presente proceso, según el artículo 1° de la Ley 18.895, es “...determinar si ha existido traslado o retención ilícitos de una persona menor de 16 años de edad, toda vez que se haya verificado en violación a un derecho de guarda o de custodia, conforme a la Convención de la Haya aprobada por Ley 17.019”.-

Al intentar retenerlo y radicar al niño en Uruguay, sin consentimiento del otro padre, es clara violación de las normas citadas.-

Además, la Convención de La Haya, en su artículo 5 (ratificada por ambos países), expresa que “a los efectos del presente convenio se entiende por derecho de custodia el derecho relativo al cuidado de la persona menor y en particular el de decidir sobre su lugar de residencia de la persona menor de 16 años”, situación que se da en autos.-

En efecto, de las afirmaciones de la denunciada, a lo que se debe dar por plenamente probado (confesión) su conducta encuadra dentro de la retención ilícita a la que alude la norma referida. Porque la residencia habitual de la niña era en España y no existe autorización expresa dada en dicho país, ni en otro, que habilite la residencia definitiva en Uruguay. En consecuencia, la conducta de la requerida transgrede las normas nacionales dispuestas en el artículo 252 y, más aún, las nacionales del país de residencia. También transgredió las de los artículos 3 y 5 del Convenio Internacional de La Haya Sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, por ser la residencia España.-

Tampoco es cierto que su representado le haya otorgado un permiso para radicarse junto a su madre, su consentimiento fue puntual, a que viajara por motivos de vacaciones de Semana Santa, teniendo desde la salida el boleto de regreso.-

Para la radicación de un menor, todas las legislaciones referidas necesitan el consentimiento de ambos padres, cosa que falta en los presentes, constituyendo una retención ilegítima del menor, lo que amerita el mantenimiento del decreto de restitución. Incluso de los propios whatsapp que se agregaron a conveniencia de la contraparte, se desprende que ofreció alquilarle un lugar en España y que volviera con un familiar, evidenciando que él sí quería el retorno de la niña junto a su madre.-

No se puede pretender y dar por probado un consentimiento de parte del padre basado en el transcurso del tiempo. Éste, una vez vencido el plazo establecido para las vacaciones, realizó la correspondiente denuncia policial.-

Si se pretende cambiar el centro de vida o lugar de residencia, debe existir consentimiento de ambos padres. Cita a Vécovi en “Aproximación al nuevo proceso de Restitución Internacional de Menores y Visitas”, en RUDP, “Procesos de Familia”, FCU, página 327.-

Las pruebas para establecer el consentimiento deben ser claras y convincentes y documentariamente recibidas. Por el contrario, la contraparte no ha presentado documento alguno que avale tal consentimiento. Se ha limitado a whatsapp, agregados a conveniencia de la contraparte.-

No es cierto lo afirmado en cuanto a que el Sr. S. no quiera ni quiso a N.. Es más, era quien se encargaba de alimentarla, llevarla al colegio y la piscina, estando siempre presente en su crianza. Tampoco es cierto que consumiera drogas, solo consumía medicamentos por su enfermedad. Es la propia requerida quien admitió dicha enfermedad. Llama la atención que el dolor que dice padecer la actora no se condice con ningún sentimiento de angustia o depresión que pueda lucir en la propia pericia de parte.-

Los dichos no se corresponden con la realidad pues la doble fisura fue diagnosticada como rectorragia fisura a las 12' y se prescribe crema y dieta. Reitera resultancias del certificado médico.-

Lo expresado por la contraparte denota injuria y simulación de un hecho que, incluso N., manifestó en grabaciones como causa del mismo "haber hecho caca".-

No existe riesgo alguno de retornar a la niña a España.-

Nunca su representado realizó violencia y lo alegado son meros dichos de la contraparte. Se cuestiona por qué no lo denunció en España, país de vanguardia en garantizar los derechos de las víctimas. Tampoco se entiende si quedó tan preocupada por la consulta, por qué no agregó la contestación de la Dra. B.. La fisura es a las 12' y no también a las 9', mintiendo a conveniencia.-

Tampoco resulta ser cierto que a N. la hostigaran en el colegio. Todo lo contrario surge del carnet escolar donde la maestra jamás lo refiere y denota la buena adaptación y la alegría de concurrir al jardín.-

Los accidentes de orinarse de noche, coinciden con el período en que el padre estaba enfermo. Puede obedecer a múltiples causas, entre ellas la salud del padre.-

De los hechos relatados son dichos de la contraparte y de las grabaciones no surge que es olerle la pepita, sino el ombligo, a pesar de la insistencia de que diga pepita. N. siempre habla de ombligo.-

Con respecto a los mensajes, la escribana no puede dar fe de que las haya escrito su representado. Los mismos fueron editados y sustraídos a conveniencia y fuera de contexto. A lo que se suma que de estos existe una permanente preocupación por la requirente y la niña. También surge que la niña pasó toda la noche llorando porque extrañaba al padre. De ellos no se desprende violencia, ni siquiera insulto alguno de su representado.-

No existió violencia alguna.-

Todas las grabaciones fueron realizadas por la madre, controlando la ocasión y escenario y en ellos se observa que la madre muchas veces susurra y luego la niña responde “No me acuerdo”, como expresando que no se acuerda qué tiene que decir. También señala situaciones que fuera de contexto resultan ambivalentes y despiertan suspicacias. Máxime que se basa en un capítulo y de las grabaciones no surge la frase “Pito en la cola”.-

En ellas se desprende que N. llora por su padre y que la madre introduce el tema de abuso constantemente y que le promete premios para que N. hable en el sentido que le satisface. Si no le satisface, sigue insistiendo con el tema.-

Los peritajes aportados a instancia de parte fueron realizados por hechos aportados por la contraparte, incluso se expiden sobre la personalidad del requirente, sin tenerlo presente.-

De entenderse probado el abuso sexual, que controvierte, no obsta a la restitución. En dicho país existe ley ejemplar de protección a la mujer y a los niños para dichos casos, e infraestructura superior, a los efectos de garantizar los derechos de ésta. La madre, incluso, por representante al día de hoy puede hacer la correspondiente denuncia en pro de lograr medidas cautelares a favor de la niña.-

En varios casos internacionales, también se ha ordenado la restitución con medidas de protección en el Estado requirente. Si éste tiene normas de protección a la infancia, bien puede tomarse garantías en la restitución.-

Cita el artículo 11 del Convenio de la Haya de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, ratificado por España y Uruguay.-

En cuanto a la excepción de integración del niño a su nuevo centro de vida, se tiene presente que la solicitud de restitución se presentó dentro del año en que se produjo la retención ilícita. No puede operarse la reinscripción al centro de vida ya que el artículo 12 del Convenio de La Haya y el artículo 6, literal B, de la Ley 18.895, establece claramente para que opere la prueba sobre su nuevo centro de vida, el requisito previo de que haya pasado el año.-

Es normal que tenga amigos en Uruguay, también los tiene en España, pues es una niña amigable. Tampoco que desarrolle actividades acordes a la edad,

máxime si la madre está apurada en insertarla a como diere lugar en el nuevo medio.-

En INCADATH, entre Estados Unidos como requirente y Australia en caso G. vs. D.I (1991), donde se alega la excepción de integración, se entendió “El test que el niño está preparado para establecerse debe ser más exacto que afirmar que el niño está a gusto, seguro y cómodo dentro de las circunstancias que lo rodean. “Establecerse” contiene dos elementos. El elemento físico de sentirse establecido en una comunidad y el elemento emocional constitutivo que denota seguridad y estabilidad. El establecerse se debe relacionar con un nuevo ambiente. Mientras que la presencia de la madre era parte de ese nuevo ambiente de lazos de los niños deben ir más allá de lo que ya es familiar.” El hecho de que un niño haya vivido en un país durante más de un año, no conlleva la presunción de que se haya establecido en su nuevo ambiente. El paso del tiempo en sí mismo no basta para fundar una alegación de integración. La obligación de restitución del niño se mantiene indefinidamente y no se extingue una vez finalizado el período de 12 meses.”

Debe desecharse dicha oposición por no cumplir con el requisito previo de un año de permanencia en Uruguay, previsto en la norma.-

Ofreció prueba y peticionó, en definitiva, que se rechace las excepciones deducidas, disponiéndose la restitución de N. S. U. a España, conforme a lo solicitado.-

Por auto 4488 de 30 de agosto de 2016 (fs. 402) se convocó a las partes y al Sr. Curador a la audiencia prevista en los artículos 18 y 19 de la Ley 18.895. En

virtud de solicitud de suspensión de los plazos peticionado por las partes (artículo 92 del Código General del Proceso) y convenio arribado que posteriormente se declarara caduco, se continuó la misma el día 8 de diciembre de 2016. En la misma, se fijó objeto del proceso y de la prueba, se diligenció la misma, las partes alegaron de bien probado, se escuchó al Curador de la niña quien se expidió de forma positiva a la pretensión deducida y se fijó el dictado de sentencia para el día de la fecha.-

CONSIDERANDO:

Corresponde desestimar las excepciones opuestas y, por ende, el mantenimiento del proveimiento inicial, por las razones que se expresarán.-

El principio rector del proceso en estudio es, necesariamente, el de conceder la restitución. Al decir de la Dra. María Lilian Bendahan, luego de sostener lo antedicho, la restitución “se constituye en un medio cautelar a los fines del derecho de guarda y en modo alguno constituye un proceso de guarda en sí mismo.” (“Comentarios sobre la nueva Ley de Restitución de personas menores de 16 años trasladadas o retenidas ilícitamente N° 18.895”).-

Dicho principio se consagra en el artículo 1° de la Convención de la Haya, aplicable en obrados, al estipular que la finalidad del mismo es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita; normativa a la que la ley vernácula remite (artículo 1°, inciso segundo).-

Por ende, las excepciones a ese principio rector han de ser interpretadas de forma restrictiva. Así lo ha reseñado TAF 1° al expresar que “para evaluar la admisibilidad de la excepción de grave riesgo que nos ocupa, puesto que las

excepciones previstas en el Convenio han de ser consideradas en forma absolutamente restrictiva, el punto de vista desde que se aprecia el riesgo, es decir la forma en que se aborda el riesgo, ha de ser la más exigente.” (Sentencia de 6 de febrero de 2015, dictada en los autos individualizados con la IUE 0530-000001/2014 y caratulados “D., G. c/ M., S.. Internacional”).-

Y, en este lineamiento, la parte accionada tiene la carga de acreditar sus alegaciones que, en la especie, se traducen en las excepciones que opusiera (cfm., Sentencia de TAF 1º ya citada).-

En autos, en lo pertinente a los requisitos de la acción, es un hecho incontrovertido que la niña ha sido retenida ilícitamente. En efecto, la propia accionada lo reconoce al señalar que su intención inicial era viajar por un tiempo y luego esa parte “tomé la decisión de que N. y yo nos quedaríamos a vivir aquí” (libelo de oposición de excepciones, numeral 17 a fs. 178 vto.).-

Posteriormente, señala que el Sr. S. consintió tal decisión, lo que se analizará Infra.-

Asimismo, según el Derecho español, ambos padres ejercen la custodia de la niña.-

Este último requisito se encuentra contemplado en el artículo 3 de la Convención de La Haya, aplicable en obrados. Asimismo, el artículo 5 literal a) de dicho instrumento señala que “A los efectos del presente Convenio: a) el “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;”.-

Coincidentemente, el artículo 1° de la Ley vernácula, inciso 3°, estipula que “A los efectos de esta ley se entiende por derecho de guarda o custodia aquel comprensivo del derecho de cuidado y decidir sobre el lugar de residencia de la persona de menos de 16 años de edad –incluyendo su traslado al extranjero- de conformidad con la ley del Estado de su residencia habitual. Tal derecho puede resultar de la aplicación de pleno derecho de una norma legal, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.”

Es decir, a los efectos de la legislación internacional y la Ley 18.895, debe considerarse que ambos progenitores poseen la custodia de la niña N..-

Se iniciará el análisis de las excepciones opuestas por la requerida.-

Invoca, primariamente, la Sra. M. N. U. la excepción prevista en el artículo 13, literal b) de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños y artículo 15 literal B) de la Ley 18.895; es decir, que existe un grave riesgo para N. de que su restitución la exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera la ponga en una situación intolerable.-

En la especie, refiere que N. ha sido víctima de abuso sexual de parte de su padre y, a su vez, ha presenciado y sufrido episodios de violencia doméstica causados por éste.-

Señala que la niña tiene derecho a una vida digna y feliz, sin abusos sexuales de parte de su padre (que eran constantes), para lo cual es fundamental que no se ordene la restitución.-

Agrega que este caso no es normal, no es una retención ilícita. En caso de accederse a lo pretendido, N. quedaría expuesta a nuevas situaciones de abuso sexual provocadas por el requirente.-

Añade a los efectos de esta excepción, que la niña ha sido víctima de violencia constante de parte de su padre; quien, a su vez, consume sustancias.-

Ahora bien. En lo pertinente al abuso sexual que la requerida ha argüido en la excepción de grave riesgo, no ha resultado acreditado en obrados.-

De la pericia psicológica adjuntada, se releva por la Psic. Ana Nin el apego seguro que N. tiene con su madre y el temor de perderla (fs. 192).-

Asimismo, reseña la vivencia de la figura paterna como hostil, agresiva y distante. Le teme por las represalias que pueda adoptar éste por el viaje a Uruguay (fs. 192).-

Concluye, de forma indubitable, que “la niña ha sido espectadora de situaciones de violencia doméstica y protagonista de conductas inadecuadas y violentas por parte de su padre.” (fs. 191 in fine).-

No encuentra elementos de sugestión en su relato y confirma lo expresado en la ampliación de su pericia, adjuntada de fs. 425 a 426.-

Amplía y detalla lo expresado en su declaración en la Sede en la audiencia (fs. 631 a 634). Así, explica la licenciada que la niña practicó en la entrevista un juego de persecución hacia ella misma y su madre, una figura muy amenazante la llevó a correr por todo el consultorio. Refiere específicamente que “Y era una nena con su mamá que se tenía que escapar del papá. Esto la angustia mucho, se

pone muy mal, y suspendí la entrevista, yo noté una ansiedad tremenda y tuvo que salir y defecar, yo decidí suspender la entrevista en ese momento.” (fs. 631).-

Por ende, la violencia doméstica que se ha invocado se entiende acreditada.-

Sin embargo, no ha logrado la Sra. perito recabar elementos que indiquen que la niña haya sufrido abuso sexual, aunque no puede descartarlo. Así lo expresa en su ampliación de pericia, al señalar que “En el material obtenido no surgen elementos que permitan afirmar o descartar la existencia de abuso sexual.” (fs. 426).-

Lo reitera nuevamente en su declaración, a fs. 631 in fine. Explica un extremo ampliamente conocido, que es la complejidad de una pericia sobre el punto. A los efectos de un diagnóstico reseña que el primer indicador de abuso, el más importante, es el relato de la presunta víctima que la licenciada no pudo constatar. Si bien expresa haber trabajado “bastante con N.” (fs. 632), no se pusieron en evidencia en esa entrevista los indicadores usualmente presentes en una víctima de abuso sexual, lo que reitera a fs. 633 in fine.-

Añade que no es un indicador de abuso sexual los dibujos con órganos sexuales grandes o tachados en la zona genital (fs. 632 in fine), debe estudiarse cada caso.-

En definitiva, no ha logrado la Sra. perito extraer elementos que pudieren indicar el abuso denunciado.-

La progenitora de N. señala la existencia de dos fisuras anales. De la historia clínica oportunamente adjuntada, no emergen las mismas sino una en exclusividad, a las 12 hs. (fs. 222).-

La médica tratante, Dra. I. C. B., realiza un comentario sobre dicha lesión con fecha 22 de agosto de 2016, señalando que “N. presentaba una fisura anal en un contexto de hábito estreñido. Esta es una patología habitual en los niños que, aún controlando ya sus esfínteres, inician la escolarización. Esto puede provocar problemas para evacuar en la escuela, retención fecal, heces duras y consecuentemente fisuras en mucosa anal.

Es un cuadro no infrecuente en estas edades.”

Añade posteriormente que tiene la obligación de notificar a ciertas autoridades que detalla ante cualquier sospecha o certeza de la más mínima lesión que sea compatible con maltrato infantil. Y que no existía en la paciente ningún indicio de que el sangrado anal hubiere sido secundario a maltrato (fs. 245).-

La pericia médica efectuada es coincidente con las apreciaciones transcriptas. La perito, Dra. Marta Brum, pediatra, considera posible y frecuente, sobre todo en los niños de la edad de N., en que las conductas retencionistas, la ausencia de hábito defecatorio adecuado y la alimentación selectiva son causa recurrente de estreñimiento y éste puede ocasionar fisuras con las características señaladas (fs. 425).-

Evidentemente, los informes efectuados por la psicóloga tratante y otro profesional, carecen de la característica de imparcialidad necesaria a los efectos de

acreditar, por sí mismos, los hechos que se imputan al Sr. S.. Diferente sería la situación de encontrarse respaldados por las pericias efectuadas.-

Iguales consideraciones deben vertirse con respecto a las declaraciones testimoniales, todas comprendidas por circunstancias de sospecha por vínculos familiares muy estrechos con la requerida (madre, tía y cuñada de la accionada).-

En idéntico sentido, no pueden entenderse concluyentes los videos que se visualizaran en audiencia.-

En cambio, las pericias relevadas y lo señalado por la otrora pediatra de la niña, coadyuvan a concluir la inexistencia en obrados de elementos probatorios contundentes del abuso sexual invocado.-

Por ende, sí se ha acreditado la violencia doméstica invocada; no así el abuso sexual a N..-

Sin embargo, la felicidad de N. no depende de su residencia en un determinado país, como sostiene la requerida. Y que la niña sea restituida, no implica la concesión de la tenencia al progenitor de la misma, ni que pueda éste visitarla.-

La efectiva resolución de estos extremos corresponde al juez naturalmente competente, que es el de la residencia habitual de N.. Allí, en su caso, deberán continuarse las actuaciones que al día de hoy se encuentran iniciadas o comenzarse las correspondientes a los efectos de la resolución de la guarda, tenencia, visitas y pensión de la niña; en procesos a celebrarse con las garantías correspondientes a un adecuado derecho de defensa de las partes.-

Evidentemente, a los efectos de analizar un eventual abuso sexual, en territorio español podrá periciarse al Sr. S. y contarse con mayores elementos a los efectos de resolver un extremo tan complejo y delicado.-

No puede sostenerse que la requerida no accederá a la protección de la niña en el Reino de España.-

Señala TAF 1º, en sentencia mencionada supra, el concepto de lo que significa el acceso real y efectivo a los medios de protección adecuados o medidas de protección efectivas. Es decir, al decir de dicha Sede, “Se trata no solamente de considerar si de retornar al Estado de su residencia habitual el niño estaría expuesto a una situación intolerable, sino de establecer si, aún acreditado el riesgo, puede éste ser conjurado por la existencia de mecanismos y/o medidas de protección específicas que se encuentran al alcance en el conglomerado social al que pertenece, se ofrecen por el requirente, o se disponen por la autoridad jurisdiccional.”

En la especie, la Sra. M. N. U. tiene asesores letrados en territorio español y con poder suficiente a los efectos de su representación (fs. 580 y vto.). Asimismo, hay audiencia fijada en expediente existente entre las partes con respecto a N. (testimonio notarial de fs. 598), en un proceso ya en curso.-

Por los argumentos expuestos, debe concluirse que, teniendo a su alcance medidas de protección efectivas, debe desestimarse la excepción en estudio.-

La Sra. M. N. U. esgrime que el Sr. S. consintió posteriormente su permanencia con la niña en Uruguay. La prueba allegada de tal alegación son mensajes enviados por whatsapp que son dubitados por su contraparte.-

Sin embargo, aun analizando tal medio probatorio, no puede desconocerse que la actitud del Sr. S. es errática, manifestando en más de una oportunidad que no desea estar lejos de la niña y que la extraña profundamente.-

En el punto, se comparten las argumentaciones de la Sra. Defensora del requirente en cuanto a que una autorización otorgada por el padre debe ser indubitable, expresa.-

Y se reitera, aun analizando un medio probatorio que ha sido fundadamente rechazado por el requirente, con apreciaciones que se comparten.-

Por lo expuesto, debe concluirse que la retención de la niña de parte de su madre, no ha sido autorizada.-

La Sra. U. sostiene que N. se ha integrado a su nuevo centro de vida.-

Este último entendido como “el lugar donde el menor reside habitualmente, concurre al centro de enseñanza, pasa la mayor parte del tiempo, tiene sus vínculos y lazos más estrechos (familiares o amigos), independientemente que uno de los progenitores (o algún otro pariente cercano) viva en otro país al cual el menor concurre habitualmente en períodos de vacaciones, feriados, o festividades, pero siempre de visita y por un período determinado.” (Eduardo Véscovi en “Aproximación al nuevo proceso de restitución internacional de menores y visitas”, en “Procesos de Familia”, RUDP, FCU, página 636).-

Señala que concurre a un centro educativo, a tratamiento psicológico y controles médicos; además de tener un apoyo familiar.-

Expresa que la restitución pondría en riesgo la salud de la niña e impediría su recuperación y evolución, no siendo acorde a su interés superior.-

Sin embargo, a los efectos de la Ley 18.895, el interés superior del niño es “el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional.” (artículo 3).-

Sin perjuicio de la concurrencia de N. a un centro educativo, al tomar en consideración el escaso lapso en que ha permanecido en el país, que no llega a un año, y los requisitos legales (artículo 16 literal B) y emergentes del Convenio de la Haya (artículo 12 inciso 2°), debe desestimarse la defensa en análisis.-

Se reitera que los extremos reseñados son sin perjuicio de referir que, evidentemente, no corresponde que el presente pronunciamiento se expida sobre la custodia o tenencia del niño; la que, en caso de replantearse, deberá dirimirse ante las autoridades españolas, que son las que corresponden al país de residencia de la niña, de acuerdo a su interés superior (artículos 2° y 3° in fine de la Ley 18.895).-

Atento a los argumentos esgrimidos, con el Sr. Curador, se desestimarán las excepciones opuestas, manteniéndose firme el proveimiento inicial. Sin perjuicio, a los efectos de practicar una restitución segura, se ordenará la restitución viajando la niña en compañía de un familiar diverso a su padre.-

Por los fundamentos y textos normativos precedentemente expuestos; de conformidad en los artículos 11, 14, 15, 17 a 19 de la Ley 18.895, y demás disposiciones complementarias,

SE FALLA:

Desestímase las excepciones opuestas y, en su mérito, mantiénesse en todos sus términos el proveimiento inicial de restitución internacional de la niña N. S. U., estipulándose el retorno de la niña al Reino de España en compañía necesariamente de un familiar diverso a su padre.-

Decrétase el cese de la cautela de cierre de fronteras dispuesto respecto de N. S. U. y M. N. U., comunicándose y cometiéndose a la Sra. Alguacil de la Sede, en su oportunidad, la entrega de la documentación necesaria a las autoridades correspondientes.-

Devuélvase la documentación de la requerida a la misma y la de la niña a la persona en cuya compañía efectuará el viaje, cometiéndose a la Sra. Alguacil de la Sede en su oportunidad.-

Previénese al Reino de España lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 18.895 (artículo 21 de igual norma).-

Comuníquese a la Autoridad Central y a la Sra. Juez de Enlace a sus efectos.-

Distribúyase costas y costos del juicio por su orden entre los litigantes.-

Ejecutoriada, cúmplase; expídase testimonio si se solicitare; practíquese los desgloses a que hubiere lugar y, oportunamente, archívese estos obrados.-