

Sentencia Nro. DFA 0011-00506/2016 SEF 0011-000119/2016

Ministra Redactora: Dra. Loreley B. Pera Rodríguez.

Ministros Firmantes: Dr. Eduardo Cavalli Asole y Dr. Eduardo Martínez Calandria.

Montevideo, 23 de Mayo de 2016.

Vistos:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados **“ASESORÍA AUT. CENTRAL DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL - RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR” IUE 9999 - 1 / 2016** venidos a conocimiento de este Tribunal como consecuencia de la apelación de las resoluciones N° 2102/2016 (fs.308 vto.) y 2104/2016 (fs. 309 vto.) y sentencia No. 30 de fecha 4 de mayo de 2016 (de fs. 329 a 337 vto.), dictadas por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Flores de 2° Turno, a cargo de su titular Sra. Juez, Dra. María Fátima Boné.

Resultando:

1ro. Por la primera de las providencias no se admite el informe de la Psicóloga Roxana Mechoso realizado el 25 de abril de 2016 que tiene por objeto un “Psicodiagnóstico y acompañamiento terapéutico del niño J. G. M.” y aportado al proceso el 28 de abril de 2016, el que reviste la condición de hecho nuevo, y como tal debió ser admitido.

En el mismo la Ps. Mechoso no recomienda que el niño vuelva a vivir solo a España con su padre, por haber sido sometido a muchas situaciones de violencia doméstica, y expresa que es Uruguay donde ha tenido mayor estabilidad.

2do. Por decreto N° 2104/2016 la sede revoca por contrario imperio el auto N° 2110/2016 (fs. 293-294) por el cual había admitido la

absolución de posiciones y convocado a audiencia, y “lo desestima por la imposibilidad de su realización”.

La Ley 18.895, especialísima por el claro recorte de los medios de prueba, no excluye la absolución de posiciones.

Pero además, surge del expediente acordonado IUE 500-1096/2015 (fs. 136 a 141) que, en un acto forense donde el mismo Sr. G. presenta escrito en expediente que se tramitaba en Montevideo el pasado 19/2/2016, si bien indica que está ubicable en Barcelona, pide expresamente se lo emplace formalmente por ser parte interesada, por lo que, está en condiciones de comparecer a Uruguay.

Por lo tanto, y habiéndose aportado el pliego correspondiente, lo que corresponde es que dicha prueba sea admitida, y si la parte citada no comparece, la sanción es tenerle por confeso.

3ro. Por la sentencia definitiva recurrida, se desestimaron las excepciones opuestas, y en su mérito, se dispuso la restitución del niño J. G. M. al Reino de España, a efectos de ser entregado a su padre, comunicándose a la autoridad requirente, quien debía de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del niño, sin perjuicio de la restitución voluntaria del niño por parte de su madre, conforme lo previsto por el artículo 10 del Convenio de La Haya de 1980.

Asimismo, se ordenó: a) el levantamiento del cierre de fronteras respecto de la Sra. A. M. F. y del menor de obrados, oficiándose a la Dirección Nacional de Migraciones; b) que la Sra. Defensora del niño debía leerle a J. la impugnada en el capítulo dirigido a él; c) el realizar las notificaciones pertinentes.

La madre del menor, A. M. F., apela dicho pronunciamiento (fs. 351 vto. a 373) fincando sus agravios en que:

1) En este proceso está plenamente probado e incluso admitido por la sentenciante, la existencia de una notoria y prolongada violencia familiar y ambiental en la que ha vivido J.;

2) Los fundamentos del agravio en lo sustancial surgen porque la Sede de primera instancia no hizo una valoración correcta de los hechos, modificando las fechas y otros elementos en más de una oportunidad, con lo

que se alteró la plataforma fáctica, siempre en perjuicio de su parte, por cuanto se afirmó: a) que el niño estuvo en tratamiento psicológico desde diciembre de 2015, cuando lo comenzó en febrero de 2016; b) luego, en la sentencia definitiva, se indicó que J. estuvo más o menos cuatro meses en Trinidad, cuando arribó allí el 26 de noviembre, entendiendo que el plazo omitido es sumamente relevante por cuanto se afecta la estabilidad que está ya consolidada; c) que “*su país*” es España, olvidando que J. es ciudadano nacional Uruguayo; d) que se manifestó “...*el niño en España donde ha vivido casi toda su vida aunque en diferentes ciudades*”, lo que no es así, detallando tales circunstancias.

3) Se omitió por la Sede A Quo, al referir a la “*Vía de tramitación y Normas aplicables*”, cualquier referencia al amplio marco de Derecho que se le impone, especialmente el referido a la protección del interés superior del niño, ya fuera normativa internacional, supra nacional, constitucional o nacional, las que cita.

4) Resulta sustancialmente agraviado el menor de autos, por cuanto se desatendieron sus derechos humanos fundamentales de vivir en un ambiente sano, libre de violencia, en donde desarrollarse en paz y no estar inmerso en un ambiente en donde se consumen drogas.

5) No se veló ni se procuró su educación en valores y principios que le permitan convertirse en una persona digna, abocada al trabajo y la superación, citándose la prueba recabada en apoyo a su postura, en la que quedaron reflejados los actos llevados a cabo por el accionante. Éste, nunca le alimentó, no le abrigó ni le aportó comodidades a J., llegando a consumir drogas en su presencia, habiendo violentado al niño directamente junto a su madre en forma constante. Tampoco le impartió ni le brindó educación alguna, conducta en que se mantiene hasta el momento de la interposición del recurso en estudio. Cita la sentencia del TAF 1º, de fecha 6 de febrero de 2015, dictada en los autos IUE 0530-000001/2014, indicando que la ahora recurrida no tuvo en cuenta nada de lo que surge de aquella en cuanto a normas, ni efectivización al proceso del principio de interés superior y la Teoría del Apego, estimando que lo que el niño desea es residir en Trinidad por cuanto allí es donde siempre vivió en paz, lejos de

un ambiente de permanente violencia ambiental, lo que fuera denunciado por la recurrente en más de una oportunidad.

6) Identifica como agravio, el que no se acogiera la excepción del artículo 15 literal a de la ley 18.895 por cuando el Sr. G. no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado J. a Uruguay, cobrando especial relevancia un acto propio del Sr. G. en el IUE 500-1096/2015, en donde compareciera a solicitar se le permitiera efectivizar su derecho de “visitas” y no el de su “guarda material”.

Afirma que en autos nunca se le negó la condición de padre del Sr. G., citando la atacada en pasajes en donde se afirmó que “...*se verifica un traslado y retención ilegítima...dicha resolución fue objeto de una denuncia...No obstante ello, la Sra. M. admite no haber regresado...*” no percibiendo relación causal entre el traslado inconsulto de autos, la denuncia que se tramita ante otra Sede competente, y la admisión de no haber regresado para desechar la excepción, destacando que, no obstante, se acreditó que el actor carecía al momento del traslado del niño del derecho de custodia efectivo y que ésta lo hizo de pleno derecho.

Afirma que salvaguardó los derechos humanos a la salud, educación, desarrollo integral de J., sin apoyo alguno de su padre y consigna, asimismo, que no ocultó al niño en tanto informó al actor de su ubicación y, pese a ello, el mismo falseó los hechos y lo denunció como con paradero desconocido, lo que fuera detectado por el MRE y surge en el IUE 500-1096/2015, a fs. 25.

Estima que el centro de vida de J. está claramente constituido en Trinidad, no teniendo incidencia alguna en ello que el traslado fuera inconsulto, no comprendiendo de dónde la sentenciante de primera instancia obtuvo prueba para fundar que el niño vivió casi toda su vida en España, por cuanto resulta que es todo lo contrario como ya oportunamente explicara y detallara.

7) En cuanto al agravio al no acoger la excepción del artículo 15 literal B de la ley 18.895, resalta que la misma sentenciante de primer grado admitió y dio por probada la existencia de riesgo psíquico para J. al ser restituido, entendiendo que el hecho que se llegara a Uruguay en un

traslado inconsulto no detenta relevancia alguna para desplazar la excepción que debe prosperar.

No se compadecieron con las resultancias de autos las afirmaciones de la Sede A Quo de fs. 333 a 334 vto., las que transcribe, indicando respecto de las mismas que se vuelve a admitir el riesgo psíquico, sólo que lo cuantifica en menos.

Enuncia y relaciona la prueba recabada en autos, la que acreditó: a) la existencia de riesgo y peligro a que sería expuesto el menor al ser restituido, b) que el actor ejerció violencia por medio de carta enviada por su letrado, invadiendo su intimidad y ámbito laboral; c) que también el accionante ejerció actos de violencia respecto del menor.

Atento a ello entiende que se cumplió con la carga de probar el riesgo mencionado en situaciones como la de obrados, donde aquella se invierte, lo que genera que quien debería entonces acreditar que el menor no corría riesgo en España era el actor, el que se llamó a silencio en tal sentido.

No impugna la atacada en cuanto ésta tiene por probado el ámbito de violencia hacia la recurrente, sino que lo que la agravia es que no se le dio el correcto alcance a la plataforma probada de violencia y, de forma infundada y contraria a normativa, doctrina y jurisprudencia unánimes, excluye al menor, el que claramente se manifiesta como víctima de esa situación, particularmente al elegir este centro de vida.

La Sede de primer grado nunca refirió a la apelante como la cuidadora primaria de J. ni como la única persona referente que ha estado durante toda la vida del niño, no solo dando sustento económico, sino el amor, cariño, comprensión, afecto, cuidado, etc., tanto en lo moral como en lo material, destacando las manifestaciones del menor en tal sentido.

Indica que se denunció por su parte la existencia de riesgo psíquico, citando las actuaciones en apoyo a su postura y, en lo que respecta al riesgo físico, el mismo no se denunció y no debía hacerse por cuanto el mismo no es excluyente para que prospere la excepción, máxime con la claridad y contundencia con que se trató el primero, que fue el que efectivamente se acreditó.

Se probó en autos su personalidad, modo de comportamiento propio de víctima de violencia doméstica y el valor que asigna a la familia, no sólo en lo moral sino también en lo religioso -por eso apoya el vínculo padre - hijo- resultando que es en nuestro país donde procura la defensa del interés superior de J., así como lograr la estabilidad, protección y atención efectiva de las redes sociales, la propia comunidad y la Justicia, todo lo que no obtuvo en el Reino de España.

Alude a que el padre de J. claramente refiere siempre a que quiere visitas con el niño -solicitud a la que no se opone- por lo que debería oportunamente juzgarse qué régimen instrumentar y más aún, que dichas visitas se efectivicen en este país, de acuerdo a las propias aspiraciones del menor.

No comparte la fundamentación resultante de la atacada en cuanto se verificaría *“una incapacidad de tipo financiera”* alegada por su parte, lo que no representaría -según la sentenciante- un fundamento para *“oponerse a la restitución...el hecho de que la madre no tenga trabajo, los costos de vida en España sean altos”*, no considerando a estos *“argumentos de peso que impliquen un riesgo grave para el niño”*, citando Doctrina y Jurisprudencia que sostienen todo lo contrario, por cuanto estima deber de la madre el procurar sustento, dar protección y estabilidad al niño.

La misma impugnada admitió expresamente la violencia, la que se verificara desde siempre y, asimismo, que existió un cuadro de violencia prolongado en el tiempo y, afirmó, que hay un grado de perturbación emocional al restituir, no obstante posteriormente relativizar este hecho.

No comparte que el *“proceso de restitución”* esté *“acotado a determinar si efectivamente corresponde hacer lugar a la misma.”*, por cuanto en el mismo se debe determinar si se acogen las excepciones y, especialmente, verificar el interés superior del menor.

8) Identifica como agravio el no acoger la *“excepción”* del artículo 16 literal A de la ley 18.895, defensa en que la Sede debe identificar la voluntad del menor de 16 años, resultando que la norma no dice a partir de qué edad es que se tiene que tener en cuenta, por lo que, y

en el caso de autos, estima que la opinión de J., plena y extensamente fundada, debió de aquilatarse y ponderarse para rechazar la restitución.

Se expresó por el menor, en forma categórica y contundente, a todos los que forman parte del proceso que: a) estando en España quería venir a este país; b) estando en Trinidad quiere seguir viviendo allí; c) para salir de visitas le gusta Montevideo, d) quiere ver a su padre, pero que el Sr. G. se traslade a Trinidad.

Nunca J. dio una preferencia, siempre afirmando su voluntad en términos claros y asertivos, quedando probada su madurez, soltura y suficiencia de razonamiento como para decidir claramente el lugar donde quiere vivir.

9) Alude como agravio el no acoger la “excepción” del artículo 16 literal C de la ley 18.895, por cuanto el fallo atacado viola claramente los Derechos Humanos Fundamentales de J..

10) Denuncia la absoluta inexistencia de medidas para una restitución segura, lo que no fue objeto de este proceso y por ende no podría incluirse, no comprendiendo cómo puede efectivizarse una restitución del niño a Barcelona, por lo que también le agravia el fallo que dispone sea entregado “*a su padre*”, siendo aquí el fallo extra petita, por cuanto ello jamás fue solicitado ni lo dispone la norma, por lo que el fallo viola la congruencia entre lo pedido y lo dispuesto.

Dicho fallo también es contrario al dispuesto por la misma Sede a fojas 99, por cuanto Barcelona es donde no vive su padre, sino que está a más de 1.000 kms de allí, debiéndose también tener presente que el niño siquiera tiene trato con sus abuelos paternos.

No se explicó por la Sede en qué consiste el impedimento para que el Sr. G. visite a J. en este país, ni mucho menos porqué traslada al niño, con todo lo expuesto y acreditado y pese a que es lo que no desea el menor.

11) Especial agravio merecen las confusas frases finales, cuando la Sentenciante dice “...*eso no quiere decir que no puedas volver acá donde te sentís tan bien*”, lo que no puede ser otra cosa que la admisión y reconocimiento de la Sentenciante de primera instancia que donde se

siente tan bien es en Trinidad, pero, lo manda a España, donde no quiere ir, ni de visitas.

Denuncia como hecho superviniente al cierre de la primera instancia que el niño experimentó una reacción consistente en un estado de angustia e incertidumbre por pensar en tener que volver a vivir a España.

No se tuvo en cuenta su explícito deseo de querer vivir en Uruguay con su madre y rodeado de sus familiares, abuelos maternos, tía, prima, compañeros y amigos de la escuela y de las actividades extracurriculares que realiza, ni se ponderó su sentimiento de pertenencia y arraigo al lugar donde vive, todo lo que repercutió en su actualidad y futuro, solicitando se tuviera en cuenta la evaluación psicológica del niño, presentada el 25 de Abril de 2016.

Ofrece prueba y, en definitiva, solicita se revoque la impugnada y se acojan las excepciones por su parte impetradas.

En caso denegatorio, se rechace la restitución pretendida

4to. Por auto N° 2236/2016 (fs. 374) se confirió traslado a la contraparte y a la Defensora del niño del recurso impetrado, resultando que es ésta quien (a fs. 379 y siguientes) interpone, a su vez, recurso de apelación.

Consigna que la impugnada agravia a su representado porque vulnera su interés superior al hacer una incorrecta valoración de la excepción prevista en el artículo 15 literal b de la ley 18.895, así como de lo establecido en el artículo 16 literales a y c de la referida norma.

Destaca que en el Considerando IV, la Sede olvidó incluir dentro de la normativa aplicable al presente proceso aquellas normas tanto de fuente internacional como nacional que contribuyen a determinar qué es lo mejor para la protección de los derechos del niño, y para atender al “*interés superior*” de J..

Afirma, que al ingresar en el análisis de la excepción prevista en el artículo 15 literal b de la norma mencionada, la Sentenciante de primer grado sostuvo que la excepcionante no pudo probar el riesgo alegado, no compartiendo el análisis realizado en tal sentido, y considerando que

existen múltiples elementos que demuestran el peligro psíquico y emocional al que se expondría al niño, de proceder a la restitución solicitada.

Se admitió por la Sede de primer grado la violencia ejercida por el Sr. G. hacia la Sra. M., e incluso la prolongación en el tiempo de la misma, habiéndose considerado que dicha conducta no era ejercida hacia el niño y, por consiguiente, no podía ser estimada como prueba de un riesgo para él, interpretación que le causa agravio por desconocer que los niños, niñas y adolescentes han dejado de ser considerados como víctimas secundarias o indirectas de la violencia ejercida por el padre hacia la madre y han pasado a ser víctimas directas, máxime, si la misma se ejerce en su presencia, como quedó acreditado en autos.

No se valoró ni ponderó en la atacada que a la corta edad de J., la separación de su madre -figura de referencia y con quien ha convivido desde su nacimiento- podría causarle un daño psicológico mayor al que ya ha sufrido por la separación de sus padres.

Tampoco se tuvo en cuenta que, de producirse la restitución, J. pasaría a vivir con su padre, con quien hace casi un año que no tiene contacto directo, sino tan sólo un esporádico relacionamiento a través de comunicaciones telefónicas.

No se consideró el hecho de que se desconocen las circunstancias materiales en que operaría el regreso del menor a España, incertidumbre que agrava el riesgo psíquico al que se expondría al niño, así como tampoco se tomó en cuenta que actualmente el mismo se encuentra integralmente bien atendido, totalmente integrado y adaptado al medio, máxime, teniendo en cuenta que es en la ciudad de Trinidad, en donde el niño vivió la mayor parte de su vida, y no en España, como indicara la Sede A Quo.

No se valoró el deseo y sentir de J. quien, clara y espontáneamente, expresó en su declaración ante la Psicóloga de la Sede de primer grado el querer vivir con su madre en Uruguay y que su padre lo visitara aquí, lo que contradice lo afirmado por la atacada en el Considerando nro. 7.

No se tuvo en cuenta el fuerte vínculo de J. con su madre, ni se ponderó el alto grado de madurez que demostrara el menor en la audiencia, agravando su derecho a ser consultado a la hora de resolver sobre cuestiones que afectan su vida y que su opinión sea tomada en cuenta, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del CNA y 18 de la Convención sobre Derechos del Niño.

Destaca el fundamento que expresara el menor para no querer volver a España, por cuanto el mismo manifestó “*porque ellos...*” (sus padres) “*...se pelearían mucho y causarían un problema muy grande*”, demostrando que en España ya se encontraba en esa situación y nada fue efectivo para lograr su protección, mientras que es en Trinidad donde se siente seguro y cuidado.

Si bien se respetaron formas y garantías a la hora de tomar la declaración de J., no se interpretó correctamente por la decisora de primera instancia su contenido, en el sentido de que lo que ésta consideró como “*mera preferencia*” es una elección fundada del niño.

La restitución implicaría la exposición del menor a situaciones de violencia doméstica entre sus progenitores, lo que constituye una violación de sus derechos humanos fundamentales, citándose jurisprudencia en apoyo a su postura.

Estima que la decisión a tomarse debe apuntar a determinar qué es lo mejor para J., evitar causarle un daño mayor al que se pretende reparar con la restitución, y así protegerlo en el goce de sus derechos ampliamente reconocidos y consagrados en normativa nacional e internacional.

Pide se revoque la atacada y se haga lugar a las excepciones oportunamente opuestas.

5to. Por dispositivo N° 2244/2016 (fs. 385), se confirió traslado del recurso de apelación por el término legal, el que fuera evacuado por el letrado de la Sra. M. (fs. 388 a 391) manifestando que se allana al mismo excepto en cuanto se entendió por la Defensora que no procedía la excepción del artículo 15 literal a de la 18.895, reafirmando lo ya postulado en el recurso incoado oportunamente por su parte.

Pide la revocatoria de la impugnada y se rechace la restitución pretendida.

6to. La defensora de oficio, por su parte, evacúa el traslado que le fuera conferido (fs. 392 a 393 vto.) en los siguientes términos: a) en referencia al recurso de apelación contra el decreto 2102/2016, no se opone a la admisión del hecho nuevo alegado, por cuanto considera que la fecha del informe es posterior al excepcionamiento, independientemente de que el tratamiento haya comenzado con anterioridad al mismo, y especialmente atendiendo a la importancia de conocer la opinión de la profesional tratante de J.; b) en lo que atañe al recurso de apelación contra el decreto 2104/2016, comparte con la recurrente que: 1) la absolución de posiciones no se encuentra excluida del marco regulatorio dispuesto por la 18.895, 2) su admisión no fue recurrida, 3) el sr. G., no invocó causa alguna de impedimento, y 4) el padre del menor manifestó en el acordonado estar en condiciones de comparecer, por lo que coincide en que no existen razones jurídicas para no admitir el referido medio de prueba.

En lo que hace al recurso de apelación contra la Sentencia definitiva: a) comparte plenamente las consideraciones iniciales efectuadas por la recurrente en cuanto al agravio producido al interés superior del niño, por cuanto se desatendió su derecho humano fundamental de vivir en un ambiente libre de violencia; b) adhiere al fundamento de la atacada en cuanto a que el interés superior del niño a no ser desplazado de su residencia habitual cede ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico o colocada en una situación intolerable; c) comparte plenamente los agravios esgrimidos por la recurrente para no acoger la excepción prevista en el artículo 15 literal b de la ley 18.895, en lo que al riesgo psíquico refiere; d) estima que aunque la Sede de primer grado desconociera a J. como víctima directa de la violencia por ella admitida, lo que no comparte, igualmente y sólo por el hecho de haber sido testigo de la misma, aspecto que fue ampliamente acreditado, es fundamento suficiente para la existencia de riesgo de daño psíquico o de exponerlo a una situación intolerable, de disponerse su restitución; e)

coincide con los agravios esgrimidos en cuanto a la valoración realizada por la Sede de lo previsto en el artículo 16 literal a de la multicitada ley, considerando que el niño no manifestó una preferencia, sino una elección fundada de vivir en Trinidad junto con su madre, sin que ello obste al vínculo con su padre; f) se comparte con la recurrente que la decisión a la que arribara la decisora de primer grado en la atacada es violatoria del derecho humano fundamental de J. en vivir una vida libre de violencia, así como de los derechos internacionalmente consagrados en los artículos 9, 11, 12 y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño; i) comparte el agravio en cuanto a que en la atacada no se hizo ninguna referencia a cómo se produciría la restitución dispuesta, sin garantía alguna de que la misma se efectivice en forma segura para el niño.

Pide, se le tenga por evacuado el traslado conferido.

7mo. De fs. 394 a 402, la representante del Sr. J. B. G. evacúa el traslado conferido, expresando en lo sustancial: a) los agravios de la recurrente son una consecuencia de su incapacidad de probar los hechos expresados en la demanda, y sus reiteradas contradicciones; b) comparte la resolución N° 2102/2016, dictada en audiencia, por cuanto el menor estaba concurrendo a tratamiento psicológico desde principios de febrero de 2016, es decir que llevaba cumpliendo un mes de terapia al momento de la presentación del escrito de oposición de excepciones; c) no puede considerarse como hecho nuevo el informe psicológico, dado que el tratamiento comenzó un mes antes de la presentación del escrito de excepcionamiento; d) se dispuso por la Sede la realización de una pericia psicológica por técnico de la misma, a solicitud de la demandada, la que se efectivizó en el transcurso de la audiencia y se tradujo en una perfecta valoración de las circunstancias fácticas; e) el informe psicológico no cumple con la definición de hecho nuevo, resultando que la contraparte tuvo la oportunidad de ofrecerlo como medio de prueba al momento de oponer las excepciones; f) en referencia al agravio respecto de la resolución N° 2104/2016, estima que no se interpretó en forma correcta por su contrario el contenido de la ley 18.895, por cuanto en el artículo 14 de dicha norma se prevé que en el mandamiento de restitución se designe para el solicitante un

Defensor, el que actuará con las facultades de representación, salvo que el solicitante lo designe personalmente; g) analiza la normativa relacionada y el trámite de obrados y concluye que: 1) a su representado no se lo puede tener por confeso cuando no tiene la obligación de asistir a audiencia, 2) es evidente que falta de interés no existe por cuanto el Sr. G. inició las acciones judiciales correspondientes tras el traslado ilícito de J., 3) se olvida la demandada que debe probar que el traslado realizado no fue ilícito, extremo no demostrado; h) las excepciones opuestas no prosperaron por falta de prueba, habiéndose verificado que el Sr. G. está en ejercicio del derecho de guarda o de cuidado, derechos conferidos por la patria potestad; i) tampoco se probó por la demandada que la restitución del niño a España lo exponga a un peligro físico o psíquico sino que, por lo contrario, la Sra. M. expresó que su intención es no romper la relación de padre e hijo, considerando que J. debe tener contacto con su padre y que jamás le negó visitas; j) de la prueba diligenciada no surge que se haya impuesto al Sr. G. medida alguna, ni que se haya dictado resolución al respecto; k) no es de recibo la violencia económica alegada por la demandada, porque perfectamente pudo haber presentado la sentencia de divorcio ante quien la embargó; l) cita las declaraciones del menor en audiencia, en donde éste expresó su deseo de visitar a su representado, manifestando que su madre le dijo que él había estado en discusiones y peleas de sus padres, pero no mantuvo un recuerdo nítido al respecto; m) comparte con la Sede que el centro de la vida de J. y la residencia habitual de éste es en España, lo que surge de la prueba rendida en obrados; n) se afirmó erróneamente que en Uruguay es donde J. tiene estabilidad, por cuanto en noviembre de 2010 el niño residía en Montevideo, mudándose a Trinidad en abril de 2011; ñ) el conjunto de normas a que la contraparte hizo alusión en el escrito recursivo contempla de igual manera el derecho del menor de estar con su padre y comunicarse con él, estimando que su representado es tan padre de J. como la Sra. M., extremo que pudo releerse de las declaraciones del menor de fs. 306 y vto., las que cita y transcribe; o) surgió suficientemente acreditado que el viaje -con ánimo de residencia- del menor a Uruguay se realizó sin el consentimiento de su padre y sin contar con una autorización judicial,

resultando insólito que la demandada haga alusión a un traslado inconsulto y que el mismo no tiene relevancia alguna, procediendo a no darle al asunto la importancia que tiene hasta ahora; p) no es suficiente la mera alegación de violencia, sino que debió de probarse por la demandada en autos que hubo un procedimiento que versara sobre eso, que hubiera interpuesto denuncia ante un Juzgado y que obtuviera una sentencia de condena por esos hechos contra su representado, lo que no se verificó en obrados; q) el niño, en ningún momento, hizo referencia a episodios de violencia, ni tampoco la pericia -la que comparte en su totalidad- refirió a que el menor haya presenciado situaciones de tal tenor; r) no comparte la valoración que la contraparte realiza respecto al informe social, entendiendo que es falso lo afirmado sobre la inexistencia de medidas para una restitución segura, citando las resultancias de la normativa aplicable a la hipótesis de obrados en apoyo a su postura.

En lo que refiere a la expresión de agravios de la defensora del menor, establece: a') comparte el criterio de la Sede al sostener que la excepcionante no pudo probar el riesgo psíquico alegado; b') se dispuso la restitución del niño a España, por lo que quedó excluido expresamente del proceso el tema de la guarda del menor, lo que es materia privativa del Estado de residencia habitual; c') el interés del menor también se define en mantener un contacto fluido con ambos progenitores y sus familiares, lo que fue reflejado a través de la entrevista de la psicóloga de la Sede con el niño y sus declaraciones en la audiencia celebrada en la sede de primer grado; d') comparte el criterio de la Sede A Quo al no hacer lugar a la excepción del artículo 16 literal a y c de la ley 18.895, ya que se realizó una correcta valoración de la capacidad cognoscitiva y volitiva del niño, tomándose con respeto su opinión y, la misma, fue valorada de acuerdo a su edad y madurez; e') no se desprendió de las declaraciones de J. razones fundadas para no ser restituido a España, sino todo lo contrario, por cuanto preguntado si le gusta dicho lugar manifestó que sí, agregando que el más lindo es Nerja; f') cita y transcribe las declaraciones del menor, compartiendo las valoraciones que de ellas realizara el informe psicológico de autos.

Pide, en definitiva, el mantenimiento de la atacada en todos sus términos, con más la condena en costas y costos del grado de cargo de la demandada.

8vo. Por resolución N° 2397/2016 (a fs. 403), se dispuso por la Sede A Quo el franqueo de los recursos de apelación interpuestos en obrados, previas las formalidades de estilo.

9no. Llegado el expediente a este Tribunal, se ordenó el pasaje a estudio sucesivo de los Sres. Ministros, y culminada dicha etapa procesal, se acordó el dictado de sentencia anticipada.

Considerando:

I) Que la Sala por voto unánime de sus integrantes naturales, habrá de confirmar las resoluciones y sentencia definitiva atacadas, por entender que los agravios esgrimidos por los impugnantes no resultan de recibo, sin perjuicio de la precisión que se habrá de formular infra.

II) Apelación de la interlocutoria N° 2102/2016.

Respecto al informe de la Psicóloga Roxana Menchoso, se entiende que no reviste el carácter de “hecho nuevo”, ya que, como bien lo señala la Sra. Jueza a-quo, a la fecha en que se opusieron excepciones, J. ya estaba concurriendo a consulta con la profesional antes mencionada, habiéndose padecido error tan solo al indicar que el tratamiento comenzó en el mes de diciembre cuando, de acuerdo a la constancia extendida el 26 de febrero de 2016 el mismo habría empezado a comienzos de febrero (fs. 175).

En cuanto a la fecha que luce el informe, ha de tenerse en cuenta que el mismo fue expedido a solicitud de la parte demandada, sin que conste el tiempo que necesitaba la profesional para estar en condiciones de realizarlo, así como que la excepcionante pudo haber ofrecido la declaración de la Psicóloga a la audiencia a fijarse, como forma de subsanar

la dificultad denunciada, lo que además habría sido importante, en la medida que hubiera permitido que tanto la juzgadora como las partes le formularan las preguntas aclaratorias y/o ampliatorias que entendieran pertinentes.

III) Apelación de la interlocutoria N° 2014/2016.

En cuanto a la solución relativa a la absolución de posiciones, se comparte íntegramente lo resuelto en primera instancia al no admitir dicha prueba por resultar imposible su producción, en este proceso en particular.

Cabe recordar, que la inadmisibilidad de la prueba: “...*puede obedecer simplemente a razones formales, entendiendo por tales las circunstancias de tiempo y lugar en que ha de ofrecerse y producirse la prueba, así como los requerimientos de forma de exteriorización propiamente dichos*” (Véscovi y colaboradores: “Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado” Tomo 4, pág. 273).

IV) En cuanto a la sentencia definitiva, los agravios de la Sra. M. fincan en que se estiman acreditadas las excepciones planteadas, esto es: a) que el Sr. G. no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que J. fue trasladado a Uruguay, y b) que existe un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro psíquico o de cualquier otra manera, a una situación intolerable.

En su defecto, entiende que debería rechazarse la restitución, con fundamento en el art. 16 lit. A., esto es, por existir oposición fundada del menor a ser restituido, y/o en el lit. C, del mismo artículo, porque la misma violaría principios fundamentales en materia de protección de sus derechos y libertades fundamentales.

Por su parte, la Defensora de Oficio coincide con la demandada, salvo en lo que respecta a la configuración de la excepción

planteada en el literal A) de la Ley 18.895, la que no incluye dentro de sus agravios.

V) En primer lugar, se ingresará al análisis de esta última excepción.

Respecto al concepto del “derecho de custodia” el XXVIII Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” el inc. a) del Artículo 5 establece que “*comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia*”.

Pues bien, en el caso que nos ocupa surge de los autos acordados caratulados: “M. F., A. y G. A., J.. Homologación de convenio” que, con fecha 12 de marzo de 2012 se presentaron A. M. y J. G. ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Flores de 2º Turno, pidiendo se homologara un convenio con relación a J., en el que acordaron que: “*La guarda será compartida por ambos progenitores, en tanto la tenencia del mismo será ostentada por la madre*” (fs. 7 vto.)

Tanto a este convenio (que también regulaba visitas y pensión) como a la sentencia de divorcio recaída en los autos IUE 254-92/2012 el Juzgado de 1ª Instancia N° 3 de Granado les otorga exequátur por autos N° 145 B/15 de fecha 22 de abril y 11 de mayo de 2015 (fs. 55 a 58), situación que no fue modificada posteriormente, por lo que resulta de folios que la custodia de J., que refiere claramente a la guarda jurídica, como atributo de la patria potestad, y no a la mera tenencia de hecho, la detentan ambos progenitores.

El art. 3º del Convenio establece que el traslado se considera ilícito cuando se haya producido en infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente a una persona o una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.

La residencia habitual de J., antes de su traslado a Uruguay, era en Barcelona, donde según el relato de la demandada fue a vivir en el mes

de junio de 2015, ya que había conseguido un buen trabajo allí, alquilando un apartamento e inscribiendo a J. en el colegio (numeral a fs. 213).

En España, el derecho a fijar el domicilio es una consecuencia del ejercicio de la patria potestad (art. 154 del Código Civil Español) por lo que la custodia, según los términos del Convenio de la Haya, la tienen ambos padres.

Pero además esa custodia era ejercida en forma efectiva, como lo acredita el hecho de que el Sr. G. reclamó ante el Juzgado de Primera Instancia Número 3 de Granada, y obtuvo con fecha 30 de setiembre de 2015 el dictado de resolución ordenando el estricto cumplimiento del régimen de visitas (fs. 59-62).

En este punto, y dado el Ámbito de Aplicación del Convenio: “*a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante*” (art. 1) se impone determinar si nos encontramos en alguna de las hipótesis previstas por la norma.

La Sra. M. afirma que para obtener la documentación necesaria en la Embajada de Uruguay en Barcelona, que le permitiera salir de España, contó con la ayuda de un juez, de nombre Santiago Lorenzo que era paciente de la óptica en que trabaja su hermana (declaración de parte a fs. 311 vto.).

A estarse al escrito presentado por la representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, Dra. Escurrell en los autos acordonados IUE 500-1096/2015, la demandada, ante la respuesta obtenida en el Consulado de nuestro país en Barcelona, de que la única forma para obtener el documento de viaje para su hijo, era con la autorización del padre, o en su defecto autorización judicial que la supliera, informó que contaba con dicha documentación, aportando la que obra a fs. 8 y 9 de esos autos. Al ser analizada nuevamente (luego de presentarse el Sr. G. en el Consulado) se detecta que la firma de la segunda sentencia remitida por M. (que supuestamente prorrogaba la autorización con la que contaba por unos días) no coincide con la firma de la autorización judicial presentada por ella en el Consulado. Se contacta así a la Actuaría del Juzgado de Familia 15° la

que le confirma, que el Juez que figura suscribiendo la sentencia es el titular de esa Sede, no de 21° Turno (como figura en el sello), pero no existe una causa con esa numeración y carátula y, al facilitársele copia, se le comunica que el Juez no reconoce ni las sentencias ni su firma fs. 83).

De la página web de consulta de expedientes del Poder Judicial resulta que los autos individualizados con la IUE 246-63/2015 no corresponderían al Juzgado Letrado de Familia de 21° Turno sino al Juzgado de Paz de la 4ª Sección de Durazno, se caratulan: “R. U., L. A., R. C., M. V. y L. M.. Artículo 117 CNA” IUE 246-63/2015, no existiendo en el mismo la resolución 413/2015.

En consecuencia, y más allá de lo que resulte de las actuaciones en la sede penal de 11° Turno, Ficha IUE 500-1142/2015, la conclusión que se impone, en lo que a este proceso refiere, es que J. fue traslado del Reino de España a Uruguay, de manera ilícita.

VI) En cuanto al excepcionamiento basado en el literal b) de la ley, se entiende que no surge acreditado que el reintegro de J. a España, implique el riesgo descrito en la norma.

Al respecto es dable señalar que si bien la Sra. M. remonta los episodios de violencia doméstica al mes de **enero del año 2011**, cuando la pareja empezó a tener problemas económicos (numeral 41 de su escrito a fs. 211 vto.), tal situación no solo no resulta probada, sino que no condice con la actitud asumida por ella, incluso en este proceso.

En efecto, en el juicio de divorcio, los dos integrantes de la pareja presentaron demanda y contestación conjunta, invocando como causal, la de riñas y disputas (fs. 7 y 8 de los autos ya relacionados), y arribaron a un convenio de visitas que establecía que el menor viajara a Argentina, donde en ese momento se domiciliaba el padre, durante seis días al mes, además de una semana en las vacaciones de invierno y 15 días al comienzo y al final de las vacaciones de verano (fs. 7 vto.).

Después que se reconcilian y vuelven a vivir a España (en mayo de 2013) la madre de J. debe viajar a Uruguay por la venta de una propiedad, en febrero de 2014, y si bien estaba previsto que lo hiciera con J., no puede acompañarla porque el padre no da su autorización, razón por

la cual, en definitiva el niño permanece con el Sr. G. (numeral 48 a fs. 212).

Más adelante, cuando se separan, según lo relata la Sra. M., estando en Granada, el padre lo llevaba cada 15 días, y mientras vivieron en Nerja lo levantaba el viernes del colegio y lo devolvía el lunes (declaración de parte a fs. 312). Y, aparentemente, según lo declara la perito psicóloga Silvia García, quien tuvo una entrevista con la demandada de aproximadamente una hora, lo que desbordó la situación fue que el padre llevó a J. un fin de semana que le correspondía y permaneció con él durante 20 días (fs. 318 vto.).

Por último, como lo señala la sentenciante de primer grado, en todo momento la Sra. M. expresó no querer que su hijo perdiera contacto con su padre, deseo que no se explica, de considerar que ese vínculo podría dañar a su hijo.

En suma, no habiéndose aportado por la excepcionante prueba que acredite que el niño haya debido soportar acto de violencia de ningún tipo por parte de su padre, y siendo que además debía probar que existía “grave riesgo” de que la restitución pusiera a J. en peligro físico, psíquico, o que de cualquier otra manera los expusiera a una “situación intolerable”, extremo que a juicio de la Sala no resulta de obrados, como ya se adelantara no se estima de recibo la defensa en examen.

VII) En cuanto al agravio basado en el deseo del niño de permanecer en Uruguay, en primer lugar se impone precisar que lo que establece el art. 16 en el inc. A) es la posibilidad de rechazar la solicitud: “*Si se comprobare que la persona de menos de dieciséis años de edad se opone por motivos fundados a regresar y, a juicio del Tribunal, su edad y madurez justificare tomar en cuenta su opinión (art. 8º de la Ley Nº 17.823 de 7 de setiembre de 2004, Código de la Niñez y la Adolescencia)*”.

Ninguna duda existe, por tanto, sobre el derecho del menor a ser escuchado conforme a lo establecido en el art. 12 de la Convención de Derechos del Niño, y a que se tome en cuenta su opinión, pero eso no significa resolver el caso solo en base a esa voluntad expresada (Sentencias de la Sala Nº DFA 0011-000857/2014 y SEF 0011-000176/2014).

Al respecto el Tribunal ha expresado: *“Es esperable, que si un niño pasa un tiempo más o menos prolongado con uno solo de sus progenitores y la familia de éste se despierten sentimientos de arraigo, lo que no significa que sea suficiente para mantenerlo separado de parte importante de la familia...y de lo que está probado es su residencia habitual y centro de vida”* (SEF 0011-000084/2015).

En este caso, si bien J. ha manifestado que desea permanecer en Flores, y que no sería posible que los tres vivieran en un mismo país, según lo señala la perito Lic. Silvia García: *“...las razones por las que el niño manifiesta no querer vivir con sus padres en un mismo país están teñidas del discurso adulto de que él queda en el medio entre los conflictos sobredimensionados existentes entre los Sres. G. y M.”* (fs. 307)

Por otro lado, no se puede omitir que el niño ha sido muy claro al manifestar que *“es bueno”* y se divierten (fs. 314). Más aún, se *“muestra afligido”* cuando relata que hace mucho tiempo que no ve a su papá y que no lo llama, ignorando la razón (dictamen pericial a fs. 306 vto.).

Es decir, tanto de la prueba pericial obrante en autos, como de lo declarado por J. ante la perito forense, en forma alguna emerge que se *“niegue”* a volver a España, país que también le gusta (fs. 313 vto.) y donde está su padre, a quien claramente quiere y extraña, y tiene además primos con los que jugaba (fs. 314) tíos y abuelos, por lo que no corresponde negar la restitución con fundamento en el art. 16 inc. A de la Ley 18.895.

VIII) Por último, también se invocó por la excepcionante y la Defensora, que el traslado pone en grave riesgo la afectación de derechos fundamentales de J..

Como se consignara ut-supra, no se ha demostrado dicho extremo.

En tal sentido, al ser preguntada la Lic, García si tendría secuelas psicológicas el retorno de J. a España, ésta contesta: *“todos los cambios tiene consecuencias, como por ejemplo que altere el rendimiento escolar...Yo preguntaría si no será peor vivir lejos del padre, no se puede hacer futurología, es un niño con muchos recursos para salir adelante...”* (fs. 318 vto,)

Pero además, el Reino de España es un Estado de Derecho que cuenta con normativa, órganos y recursos legales para poner fin a cualquier situación de vulneración de derechos del niño.

Cabe recordar: “*Que la Sala ya tiene jurisprudencia establecida acerca de que, en casos como el de autos, el interés superior del niño o adolescente radica en no ser trasladado o retenido ilícitamente*” (Sentencia N° 317/2014) (Cfme SEF 0011-000116/2014, SEF 11-176/2014, SEF 11-317/2014 y SEF 0011-000084/2015).

Por consiguiente, tampoco resulta aplicable la previsión del inc. C) art. 16 de la norma.

IX) Solo resta precisar, que si bien en el fallo del pronunciamiento atacado, por error se hace referencia a la entrega de J. a su padre, el objeto de este proceso no es decidir con cuál de los progenitores debe convivir, y por consiguiente, la orden de restitución de ningún modo significa una resolución al respecto.

Como claramente lo establece el art. 19 de la Convención: “*Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia*” (el resaltado corresponde a la redactora).

X) No existe mérito para la aplicación de sanciones causídicas en el grado.

Por los fundamentos expuestos, lo establecido en la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convención de la Haya) ratificada por la Ley 17.109 de fecha 21 de mayo de 1999, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores ratificada por la Ley 17.335 de fecha 17 de mayo de 2001, Ley 18.895 y arts. 198, 200, 253, 257 y 261 del CGP, el Tribunal

Falla:

Confírmase la sentencia impugnada, teniéndose presente la aclaración formulada en el Considerando IX).

Sin especial condenación,

Notifíquese, y oportunamente, y oportunamente devuélvase.

DRA. LORELEY B. PERA RODRÍGUEZ
MINISTRA

DR. EDUARDO MARTÍNEZ CALANDRIA
MINISTRO

DR. EDUARDO CAVALLI ASOLE
MINISTRO

ESC. RAQUEL AGNETTI
SECRETARIA