

Sentencia N° DFA-0011-000661/2015 SEF-0011-000130/2015

Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno.-

Ministra Redactora: Dra.Mary Alonso Flumini

Ministros firmantes:

Dr.Fernando Cardinal; Dra.Loreley Opertti; Dra.Mary Alonso.

Montevideo, 15 de julio de 2015.

VISTOS:

Para Sentencia definitiva de segunda instancia, estos autos caratulados "AA c/ BB.- Restitución Internacional de menores de 16 años", IUE: 300-469/2015, venidos a conocimiento de la Sala en virtud del recurso de Apelación interpuesto por la Dra. Alejandra Amaral, Defensora Pública del Sr. AA, contra la Sentencia N° 52/2015 de fecha 25 de junio de 2015, dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Paysandú de 1er. Turno, Dra. Nivia Díaz.

RESULTANDO:

I.- Que la Sentencia impugnada, cuya correcta relación de hechos se tiene por reproducida, no hizo lugar a la restitución internacional del menor CC por entender que la solicitud ha sido presentada fuera del plazo establecido en la Convención aplicable, existiendo una adecuada integración e inserción del niño al centro de vida generado en Uruguay, y por existir grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro grave físico y/o psíquico, colocándolo en una situación intolerable.- Se deja sin efecto el decreto N° 2939/2015, conforme a los fundamentos expuestos.- Sin especial condenación procesal.-

II.- Contra dicho dispositivo se alza la Dra. Alejandra Amaral, Defensora Pública del Sr. AA, en los términos explicitados en escrito obrante a fs.437 y ss., impetrando la revocatoria de la recurrida y en su lugar, se acoja la Restitución Internacional del niño CC a Noruega, habilitándose a sus efectos la Feria Judicial Menor.-

III.- Habilitada la Feria referida y sustanciada la impugnación, evacua el traslado conferido la representante de la parte requerida, Sra. BB, en escrito de fs.454 y ss., abogando por la confirmatoria de la atacada en todos sus términos.-

Por su parte, el Defensor del menor, evacua el traslado de la impugnación a fs.481 y ss., solicitando la confirmatoria de la recurrida, por encontrarse los extremos fácticos y jurídicos del excepcionamiento debidamente acreditados, no siendo de recibo los agravios esgrimidos por la parte requirente.-

No se evacua el traslado conferido por parte del Ministerio Público, debidamente notificado a fs.450.-

IV.- Franqueada la alzada, se asume competencia por esta Sala.-

Cumplidos los trámites legales pertinentes y completado el estudio, se acuerda el dictado de la presente sentencia.-

CONSIDERANDO:

I.- Que la Sala, por el número de voluntades requerido por la ley (Art.61 inc.1 LOT), habrá de confirmar la Sentencia recurrida, por los fundamentos que seguidamente se expresan.-

II.- En el caso que se analiza, se ha solicitado la restitución internacional del menor CC de 7 años de edad actualmente, por parte del padre legítimo, Sr.AA, residente en Noruega.- Su esposa, Sra. BB, madre legítima del niño, se trasladó desde dicho país -lugar del entonces hogar conyugal- con su hijo, a Uruguay en el año 2013.-

Dispuesto el mandamiento monitorio de restitución, se citó de excepciones, oponiéndolas la madre del menor.- En síntesis la defensa consistió en que,

la restitución fue presentada después del año de traslado del menor (extemporaneidad), existiendo adecuada integración del niño al medio actual; consentimiento del padre para efectuar el traslado, lo que enerva la ilicitud; y existencia de grave riesgo de que la restitución exponga al menor a peligro físico y/o psíquico.-

III.- Manifestó en lo medular la defensora del Sr. AA que, causa agravios la Sentencia por cuanto: a) No se expresa respecto al objeto de la restitución internacional, el que se encuentra limitado en la Convención de La Haya, art.1 y 3; y en el art.1 de la Ley 18.895, esto es, determinar si ha existido traslado o retención ilícitos de un menor de 16 años, en violación a un derecho de guarda o custodia efectivamente ejercida antes del traslado o retención del menor.-

b) No se comparte que el requerimiento hubiere sido extemporáneo, debiendo haberse tenido en cuenta el plazo de un año desde que “se evidenció la retención ilícita del niño”.-

c) Agravia asimismo el amparo de la excepción de grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro físico o psíquico (art.15 lit. B de la Ley 18.895 y art.13 lit. B del Convenio de La Haya).-

IV.- El Tribunal habrá de confirmar la denegatoria de la restitución del menor, por haberse verificado la hipótesis contenida en el art.16 lit. B de la Ley 18.895, esto es, la caducidad calificada que establece la norma, consistente en el transcurso del tiempo (“vencido el año del traslado o retención ilegal”) con más la integración del menor a su nuevo centro de vida.-

En primer lugar, ha de puntualizarse que en la solicitud de restitución (fs.16 vto. y ss.) que constituye el acto proposicional inicial, se afirma que ha existido **sustracción ilícita del menor**.- Así, se expresa que: “CC es ciudadano noruego, nació y se crió en Noruega donde tenía su domicilio habitual en Hjelletstad, cerca de la ciudad de Bergen, inmediatamente antes de la *sustracción*, la cual se supone haber tenido lugar en el período entre mayo y junio de 2013, de Noruega al Uruguay, sin que AA tuviera conocimiento de ello”. “La autora de *la sustracción* es la madre, BB...”.

Posteriormente se afirma: “La madre desapareció repentinamente de la vivienda común junto a CC en mayo de 2013. No era la primera vez que la madre desapareció sin el conocimiento del padre... a casa de amigas, etc. Después de que habían tenido unas discusiones normales, el padre no reaccionó más de lo normal...”. No obstante, el padre “...se sorprendió mucho cuando, a principios de junio de 2013, supo por teléfono de la madre, que ella y CC estaban en Uruguay” (fs.17 y vto.).- “Luego el padre supo que la madre lo había denunciado a la policía por haber sido violento contra CC. Esto por supuesto, no es correcto. El caso fue sobreseído definitivamente por el fiscal de la provincia de Hordaland el 3 de marzo de 2014...” (fs.17 vto.).-

“El padre viajó al Uruguay en febrero de 2014 para ver tanto al psicólogo como a su hijo. Tuvo una reunión con el psicólogo, quien exigió que el padre se sometiera a tratamiento en Noruega para poder ver a su hijo. Habló con la madre, pero ésta no le dejó ver a CC” (fs.17 vto.).-

Finalmente, del Capítulo de Alegaciones de la solicitud de restitución (fs.18) surge como fundamento de la misma una hipótesis de *sustracción indebida* y conducción a otro país; y a fs. 18 vto. se expresa “Se solicita que CC sea devuelto inmediatamente a Bergen, Noruega, conforme al artículo 11 de la Ley sobre Sustracción de Menores. CC *fue sustraído ilegalmente* de Noruega a Uruguay por la madre...”.-

De lo que viene de verse puede afirmarse que, la causa del pedido de restitución no es la retención del menor -que supone un permiso de traslado por un tiempo y un posterior incumplimiento de retorno en el plazo estipulado- sino *la sustracción y traslado ilícito*.- En función de ello, la fecha de conocimiento por parte del solicitante de tal circunstancia no puede ser otra que el mes de junio del 2013, según su propia afirmación (fs.17 vto.).- Dicha situación según sus dichos se mantenía en febrero de 2014 (fs.17 vto.), cuando intentó ver al menor en Uruguay.-

De allí que, en función de lo dispuesto por el literal B) del art.16 de la Ley 18.895, habiendo presentado la solicitud de restitución internacional del menor con fecha 18 de marzo de 2015 (fs.16 vto. a 18 vto.), ya había transcurrido un año desde que tuvo conocimiento de la alegada

“sustracción” (junio de 2013) y también desde la negativa a que el niño tuviera contacto con el solicitante (febrero de 2014).-

En segundo término, también se verifica el presupuesto requerido por la ley para poder relevar el plazo de caducidad.-

En efecto, de la probanza diligenciada, correctamente valorada por la sentenciante de primer grado, emerge que el niño se encuentra integrado a su nuevo centro de vida, en el que ha permanecido ya durante dos años, en su vida de siete años.-

La conjugación de ambas circunstancias es bastante para confirmar la recurrida, acogiendo la excepción prevista en el literal B) del art.16 de la citada ley, no resultando de recibo los agravios formulados sobre la base de especulaciones a partir de una retención del menor.- No corresponde en sede de recurso ingresar consideraciones que no fueron propuestas en la pretensión, que en el caso está constituida por la solicitud de restitución internacional obrante a fs.16 vto. y ss.- En la misma se afirma, como se analizó “ut supra”, que el menor fue sustraído, nunca retenido, lo que por la teoría de la sustanciación y los efectos del acto propositivo, no puede ser variado con posterioridad, y menos aún en un monitorio en el cual el excepcionamiento es una impugnación del decreto inicial, por lo que cambiar los términos de la pretensión con posterioridad significa dejar a la demandada en una verdadera indefensión, máxime cuando las defensas están drásticamente limitadas.-

En consecuencia, todo lo sostenido por la apelante en el numeral 11 de su escrito de apelación (fs.440), nunca fue objeto del proceso ya que éste queda fijado por la pretensión contenida en la solicitud inicial –fs.16 vto. y ss.- donde jamás se refiere a retención sino solo a sustracción del menor.- Y es sobre tal afirmación que se dicta la providencia inicial del monitorio, razón por la que solo constituye objeto la hipótesis de sustracción.-

En cuanto a que no debía la a-quo ingresar al análisis de la excepción de adecuada integración al nuevo centro de vida (Nral.12 del escrito impugnativo-fs.441), cae por su propio peso desde que al entenderse que transcurrió el plazo de un año, se impone el análisis de la adaptación e integración del menor al medio, que es co-presupuesto de la excepción.-

Resultando suficiente fundamento para la confirmatoria el que viene de expresarse, carece de objeto ingresar al restante agravio.-

Es más, parece prudente no profundizar respecto a situaciones familiares que involucran al niño -presuntamente abusado por el padre- sobre la base de probanza recabada en un proceso sumario, cuando la tenencia, guarda y eventual régimen de visitas habrá de resolverse en el proceso correspondiente.-

V.- La conducta procesal de las partes, no amerita especial condenación en el grado (art.688 C.Civil y art.261 C.G.P.).-

Por los fundamentos expuestos y normas legales citadas, el Tribunal

FALLA:

Confirmando la Sentencia impugnada.-

Sin especial condenación procesal en el grado.-

Oportunamente, devuélvanse estos obrados a la Sede de origen.-