



**COMENTARIO A LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA DE 27 DE
SEPTIEMBRE DE 2023, DICTADA EN EL CASO DE “EXORTO
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE 16 AÑOS**

IUE 2-62753/2023

La presente sentencia de segunda instancia es revocatoria de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Familia n° 8 de Montevideo (Uruguay). El interés de esta sentencia se centra tanto en los antecedentes como en los fundamentos de la sentencia de primera instancia y en el fallo revocatorio de la de segunda instancia basándose en los deseos de un menor de 10 años.

Para una mejor ilustración se estructura el presente comentario en antecedentes, normas invocadas, cuestiones planteadas como excepciones al retorno, considerandos de las resoluciones y votos particulares.

ANTECEDENTES

Los padres se separaron por primera vez en 2014 y de manera definitiva en 2019. En junio de 2020 alcanzaron un acuerdo provisorio o provisional homologado judicialmente en virtud del cual el niño pasaría una semana con cada progenitor.

Este acuerdo se incumple por la madre y en noviembre se otorga el cuidado unipersonal del niño al padre, lo que nunca se verificó por los incumplimientos de la madre.

El niño tiene 10 años.

La residencia habitual del niño es Argentina.

Desde 2020 la madre registra innumerables desobediencias judiciales emitidas por el Juzgado de Familia n° 6 de San Isidro y ante la Fiscalía Especializada en delitos conexos a la trata de personas de San Isidro.



Consta un peregrinar histórico de mudanzas unilaterales, desobediencias judiciales e impedimento de contacto filial con su hijo. En abril de 2023 el niño fue desescolarizado por su madre, bajo cuyo cuidado se encontraba el niño.

Tanto la madre como el niño tenían prohibición de salida del país desde 2020, mediante resolución judicial de 30 de noviembre de 2020, pese a lo cual la madre entra en Uruguay con el niño, según su declaración, el 19 de abril de 2023, infringiendo no solo los derechos del niño sino las leyes migratorias.

El 20 de julio de 2023 se recibe en el juzgado de Primera Instancia de Familia n° 8 de Montevideo (Uruguay) solicitud de restitución internacional del niño Lucio por parte de su padre consecuencia del traslado ilícito del niño por su madre desde Argentina a Uruguay, a través de la Asesoría de la Autoridad central de Cooperación Jurídica Internacional.

El 20 de julio de 2023 se dispuso la localización del niño, el cierre de fronteras y la retención de la documentación para viajar, y una vez hallado, la sentencia de 21 de julio de 2023 dispuso su restitución a Argentina, lugar de su residencia habitual.

NORMAS CITADAS

- 1.- Ley 18.895 de Uruguay y Ley 19.580.
- 2.- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- 3.- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.
- 4.- Convención de Viena.
- 5.- Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1990 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
- 6.- Convención de los Derechos del Niño.



CUESTIONES PLANTEADAS COMO MOTIVO DE OPOSICIÓN AL RETORNO

- A) Falta de legitimación del padre ya que no ejercía la custodia inmediatamente antes del hecho. Es la madre quien ejerce unilateralmente el cuidado de su hijo.
- B) Grave riesgo de la restitución exponga al niño a un peligro psíquico que lo coloque en una situación intolerable.
- C) Episodios de acoso basado en género. La madre había denunciado violencia física y verbal por parte del padre hacia ella.
- D) El interés superior del niño.
- E) La voluntad del niño.

CONSIDERANDOS DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de primera instancia desestima las excepciones planteadas por la madre y concede la restitución.

A la falta de legitimación del padre se invoca el artículo 4 de la Convención Interamericana y el artículo 3 a) según el cual el derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor, y en especial, el de decidir su lugar de residencia, definición que abarca al progenitor que no ejerce efectivamente la tenencia.

En consecuencia, el progenitor que si bien no ejerce la tenencia posee sin duda el derecho a solicitar la restitución en caso de un traslado sin su consentimiento, como es el caso.

Cita también el artículo 641, literal b, del Código Civil y Comercial de la Nación argentino, según el cual ambos padres ejercen la custodia del niño.



Resulta de interés la cita de Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni sobre la sustitución por las legislaciones modernas del término patria potestad por los de autoridad parental o autoridad de los padres, y precisa que la titularidad y ejercicio de la autoridad, en principio corresponde a ambos progenitores.

En consecuencia, para la realización de ciertos actos se requiere el consentimiento expreso de ambos, entre ellos, autorizarlo a salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero.

Por tanto, a los efectos de decidir su lugar de residencia, debió existir consentimiento expreso de ambos, y ese consentimiento no existió por lo que se rechaza la excepción opuesta de acuerdo con el artículo 11 de la Convención Interamericana.

A la invocación de que existe un grave riesgo de que la restitución pueda exponer al niño a un peligro físico o psíquico, que puede provenir de un traslado abrupto y la existencia de violencia de género, el Juzgado entiende que en estos procesos no se entra a conocer el fondo del asunto y que la efectiva resolución corresponde al juez naturalmente competente.

La Convención Interamericana es una norma superior que la legislativa en la que no existe una interpretación similar sobre estos extremos a la nacional.

Además, la restitución se otorga condicionada a la adopción en la República Argentina de órdenes espejo, consistentes en medidas de protección para el niño y su madre.

Sobre el interés superior del niño, el Juzgado cita la Ley 18.895 y considera que 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 y 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*”, concepto acorde con el artículo 11 de la Convención de los Derechos del Niño.



Finalmente, respecto de la voluntad del niño de permanecer en Uruguay, el Juzgado considera que no hay duda sobre el derecho de éste a ser escuchado, conforme al artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, a que se tome en cuenta su opinión, lo que no significa resolver el caso en base a esa voluntad expresada, si bien, lo determinante es verificar el grado de la madurez de Lucio y si el mismo, efectivamente, puede calibrar la entidad, las consecuencias de su decisión y si ésta ha sido adoptada sin manipulación.

En este sentido, la actitud procesal de la madre impidió la realización de la pericial y sólo se cuenta con la declaración del psiquiatra del niño, profesional contratado y pagado por la madre, así como la declaración de la Sra. Defensora del niño.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Juzgado de primera Instancia mantiene la restitución internacional de Lucio y adopta como medida de protección la prohibición de acercamiento del padre respecto de la madre y el niño con un radio de exclusión de 500 metros, medidas que regirán hasta su modificación o cese por el estado requirente.

Se condiciona la restitución a la obtención y acreditación por parte del padre de una orden espejo en estos términos y se decreta el cese de la cautela del cierre de fronteras.

RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA. SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2023

El Tribunal de segunda instancia de Montevideo resuelve el recurso formulado por la madre, quien considera que la restitución concedida por la primera instancia es contraria a la voluntad del niño, revoca la sentencia y deniega la restitución.

Considera el Tribunal que la opinión de Lucio ha sido emitida con claridad y que existe una férrea decisión del niño de no querer regresar a su país.



Reconoce el tribunal que puede haber una influencia indebida de la madre por el solo hecho de la convivencia y oír sólo una versión, si bien entiende que Lucio ha sido sincero en cuanto a que no quiere regresar y que desoír la voluntad del niño por influencias indebidas de la madre, supone desoír lo que el niño siente y quiere, lo que supone regresar a la doctrina tutelar, ignorando lo que quiere el niño.

En cuanto a la pericia no practicada, señala que la negativa a la realización de la pericia, está amparada por lo dispuesto en el artículo 128 CNA, que establece que en cuanto a las pericias que debe recabarse el previo consentimiento informado de la niña, niño o adolescente el que, conforme a su edad y madurez de acuerdo con su autonomía progresiva, podrá otorgarlo en concurrencia con sus referentes adultos de confianza.

Al tratarse de un derecho facultativo, la negativa no supone un perjuicio a su actitud.

Recoge las alegaciones de la madre sobre que ningún artículo de la Convención Interamericana condiciona la apreciación de la madurez a un dictamen pericial así como que la sentencia de instancia no contiene una apreciación global de las resultancias como lo establece el art. 40 del CGP, sino “una denegatoria empotrada en el reproche por no haber acudido a la única citación que ITF le dirigió a Lucio”.

La Sala entiende que Lucio tiene la suficiente madurez y edad para que su opinión sea tenida en cuenta como genuina y se refiere al artículo 11 de la Convención Interamericana que supone que la negativa del niño puede obturar la orden de restitución, así como a la Observación General 12, sobre el derecho del niño a “expresar su opinión libremente”.

Abunda el tribunal en dicha Observación y señala que la Comisión de Derechos Humanos decidió que el derecho del niño a ser escuchado debía referirse a *“todos los asuntos que afectan al niño”* y a que *“es necesario tener debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”*.



El artículo 12 deja claro que la edad en si misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. El artículo 8 CNA, recogida en la norma interna uruguaya, establece que los niños, niñas y adolescentes gozan de los derechos inherentes a la persona humana y que tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades.

Sobre la madurez agrega que, si bien es un concepto difícil de definir, hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado.

En este caso, Lucio tiene madurez suficiente para expresar cuál es su sentir y ha sido claro con su Defensa en privado y luego en audiencia, pese a estar influenciado por la madre, pues sus declaraciones y expresiones transmiten vivencias propias de donde no puede concluirse que la madre lo haya convencido sobre qué declarar.

El tribunal de segunda instancia hace referencia a distintos antecedentes jurisprudenciales en los que se negó la restitución internacional por las objeciones de un menor, cita el caso *Wilson v Challis* (1992) entre Canadá y Reino Unido, el caso INCADAT HC/E/UK 578 entre Reino Unido y Croacia, el caso INCADAT HC/E/GR 680 entre Grecia y Australia, el caso INCADAT HC/E/GR 1285 entre Grecia y Alemania, los casos más recientes INCADAT HC/E/NL entre Canadá y los Países Bajos y el caso INCADAT HC/E/NO entre Israel y Noruega. En todos ellos los niños se oponían a ser restituidos.

Por todo ello el tribunal de segunda instancia revoca la sentencia recurrida.

VOTOS PARTICULARES

Existen en este caso dos votos discordantes con la sentencia dictada.

1.- El primero considera que debiera haberse confirmado la sentencia de instancia. Analiza la prueba practicada en segunda instancia y señala que los dos documentos que pretende introducir la apelante no encuadran en las previsiones legales siendo ambos impertinentes.



El Ministro o Magistrado discordante considera que es indudable que se produjo un traslado ilícito, que la residencia habitual del niño es Argentina y que ambos progenitores ostentan la custodia de Lucio en el sentido del deber de autorizar ambos el cambio de residencia permanente en el extranjero.

Sobre la existencia de grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro psíquico o a una situación intolerable, entiende que no es suficiente el mero temor, sino que se impone demostrar, a través de un diagnóstico pericial urgente, la existencia real del riesgo que revista gravedad, y aún acreditado, no puede prosperar si ese riesgo puede ser conjurado mediante mecanismos y/o medidas de protección específica tendentes a prevenir el daño.

En el caso de autos, la ausencia de pericia del niño, cuya falta de realización es atribuible únicamente a la falta de colaboración de la parte requerida, resultando inverosímiles todas las explicaciones brindadas, unido a los resultados adversos que tuvieron las denuncias presentadas por la madre, que fueron desestimadas por falta de prueba y archivadas, sumado a la actitud procesal de la denunciante y el escaso valor convictivo de los testigos no se acredita la existencia real del riesgo. Por su lado, la declaración del psiquiatra fue como perito designado por la parte y contratado por la propia parte, por tanto de limitados efectos.

Finaliza considerando que si el riesgo grave puede ser evitado, como es el caso en que la sentencia de instancia condicionó la restitución al cumplimiento de medidas “espejo”, deberán ser los jueces argentinos quienes deberán determinar si se debe o no otorgar un permiso de residencia en el Uruguay.

Sobre la opinión de Lucio para no retornar a Argentina, fue recabada de forma indirecta a través de su Defensora y directa ante el Tribunal. No obstante, sin perjuicio del derecho a que su opinión sea tenida en cuenta, no debe valorarse o ponderarse exclusivamente atendiendo a su tenor literal o seguirse “ciegamente”.



Se debe valorar la influencia (o no) de los progenitores, en especial de aquél con quien el menor vive, además de ponderar si contó con información completa del alcance y consecuencias de la decisión adoptada.

Entiende el Magistrado que no está acreditado ni que la voluntad de Lucio haya sido expresada en forma libre y espontánea, ni tampoco que se le haya informado los potenciales beneficios, riesgos y daños de retornar a Argentina y/o permanecer en Uruguay.

En suma, la ausencia de una pericia imparcial, la posible manipulación de su voluntad y la conducta obstruccionista desarrollada por la madre lleva a considerar que efectivamente existió una influencia negativa de la progenitora y que debió confirmarse la sentencia de instancia.

2.- El segundo voto discordante, cita los artículos 4 y 11 de la Convención Interamericana de restitución Internacional, el artículo 15 del Convenio de La Haya sobre “Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores” y el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, así como la Observación General n° 12, y en base a todo ello concluye que lo único que debe determinar el magistrado es que la voluntad no fue manipulada, es decir, que se expresó libremente.

En el caso no resulta controvertido, al igual que en el voto anterior, que la residencia habitual del niño era la República Argentina, que el traslado fue ilícito, y que la restitución que se impuso en la sentencia es segura, condicionada a la acreditación por parte de la justicia argentina a que decrete una orden espejo.

Si se analiza la declaración de Lucio sobre los motivos por los que no quiere regresar a Argentina: “la jueza es mala” ...”no puedo volver a la argentina, la jueza que había no quiero saber lo que va a pasar”, indican que el niño desconfía de la justicia argentina, y señala la Magistrada que en la República Argentina existe un estado de derecho, y no se puede negar la restitución, a no ser que se dude de dicho extremo, que es lo que duda Lucio.



COMENTARIOS PERSONALES

A la vista de ambas resoluciones, cabe preguntarse si el sentir de un niño de 10 años, que ha visto obstaculizada la relación paterno filial a lo largo de los años, que vive inmerso en la realidad de uno sólo de los progenitores, que no ha sido evaluado por perito imparcial, sin perjuicio a su derecho a manifestar libremente su opinión, puede ser causa suficiente para denegar el retorno de un traslado a todas luces ilícito, máxime cuando la resolución de restitución estaba condicionada a la adopción de cautelas y medidas protectoras, así como si esta resolución puede inducir a otros progenitores a seguir las pautas utilizadas en este procedimiento, para frustrar la restitución, bastando la voluntad del niño, incluso de edad inferior a la de Lucio, y el impacto que todo ello puede tener en la aplicación de los Convenios Internacionales de Restitución y su alcance práctico así como en el desarrollo evolutivo del niño que, con mucha probabilidad, crecerá sin la referencia paterna.

Diana Carrillo

Abogada de Familia e Internacional y socia de AIJUDEFA.

diciembre de 2023.