

Ministro Redactor: Eduardo Cavalli Asole.

Vistos:

Para sentencia definitiva de segunda instancia, estos autos caratulados: **“RIVERO, ALEJANDRO C/ PASMAN, MARÍA – EXORTO RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE 16 AÑOS”, IUE 2-62753/2023**, venidos en apelación de la sentencia N° 122/2023, del 21 de agosto de 2023, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de 8º Turno, a cargo de la Sra. Juez, Dra. Rossana Pose Míguez.

Resultando:

I.

Por la recurrida falló: “Desestímase las excepciones opuestas y, en su mérito, mántiense en todos sus términos el proveimiento inicial de restitución internacional del niño Lucio Alejandro Rivero Pasman. Dispónese como medida de protección la prohibición de acercamiento del requirente respecto a la requerida y a su menor hijo, Lucio, con un radio de exclusión de 500 metros, y comunicarse con los mismos por cualquier medio. Dichas medidas regirán desde el día de la fecha hasta su modificación o cese a disponer por el Estado requirente. Comuníquese a Autoridad Central a efectos de la consecución de la orden espejo correspondiente. Condiciónase la restitución ordenada a la acreditación por parte del requirente de la obtención de la orden espejo estipulada. Decrétase el cese de la cautela de cierre de fronteras dispuesto de Lucio Alejandro Rivero Pasman y Rosario María Pasman, 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 del niño a la progenitora en cuya compañía efectuarán el viaje, cometiéndose a la ra. Alguacil de la Sede en su oportunidad. Previénese al requirente respecto a lo dispuesto en el art. 13 de la Convención Interamericana, de conformidad con lo establecido en el art. 21 de la Ley 18.895. 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” (fojas 347 a 358).

II.

La Defensora designada para el niño Lucio Rivero Pasman, interpuso recurso de apelación, en los siguientes términos, fs. 362 a 362 v. La sentencia agravó a su representado porque contravino la norma Internacional (La Convención de los Derechos del Niño art. 12 y el art. 19 de la Convención Americana y el art. 8 del CNA, en consecuencia entendió que debe desestimarse la restitución ordenada.

III.

La demandada, interpuso recurso de apelación, en los siguientes términos de fs. 370 a 389: La sentencia le agravó porque mandó a Lucio a que regrese a la República Argentina contra su voluntad.

Considera que violó el régimen que resulta de la Ley 17.335, Convención Interamericana de Restitución de Menores de 16 años; viola los derechos del niño; viola las reglas procesales sobre prueba y viola el derecho de la compareciente.

Sostuvo que la sentenciante le atribuyó al actor una legitimación que no tiene de acuerdo al art. 4 de la Convención Interamericana, porque inmediatamente de ocurrir el hecho (salida del niño del país donde residía) el padre no ejercía derechos sobre Lucio. Asimismo, el Tratado considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercía, con lo cual dejó afuera el caso de autos, donde el peticionante dijo expresamente que no estaba ejerciendo derechos sobre el niño o relativo a él. Tampoco el art. 645 del Código Civil y Comercial Argentino evita la aplicación del art. 4 del mencionado Tratado. Expuso



que se debió hacer lugar la excepción de falta de legitimación opuesta, por haber sido evidente.

Expresó que al excluirse la voluntad de Lucio se incurrió en manifiesto error in iudicando. Consideró falso que en autos se carezca de probanza a efectos de determinar la madurez del niño y si su resolución fue adoptada sin manipulación. El marco legal de la legislación sobre restitución de menores se compone de normas confluyentes, y en que esencia confluyen en el concepto de que el menor de edad, en este caso un niño de 10 años forma su personalidad en forma progresiva y tiene derecho subjetivo a ser escuchado. Estableció que Lucio declaró por derecho propio, y manifestó que le encantaría quedarse a vivir en Uruguay, que no quiere vivir en Argentina porque no se siente seguro, y que siente temor y miedo a su padre.

La sentencia no contiene una apreciación global de la resultancias como lo establece el art. 140 del CGP, sino una denegatoria empotrada en el reproche por no haber acudido a la única citación que ITF le dirigió a Lucio.

La Sede no puedo declarar ineficaz el diálogo probatorio del cual participó para saber si tenía enfrente a alguien maduro y con una excelente expresividad, como realmente fue la declaración de Lucio, o a un inmaduro inconsistente. También lo sería el diálogo que Lucio mantuvo con la Defensora de Oficio designada por la misma Sede. Dio por inexistente el informe de la funcionaria del Poder Judicial que dictaminó sobre la situación, y quien expresó las razones por las cuales había que denegar la restitución del Lucio. Le resultó intolerable que no se pueda tener por válido lo que relató la Defensora de Oficio y lo que vio y escuchó en audiencia formal la Magistrada, sobre la madurez de un niño de 10 años.

Expuso que el Convenio en su art. 11 habilita a la autoridad judicial a “rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquella, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión y en ninguno de los demás artículos condiciona el juicio sobre la idoneidad del menor a la resultancias de una pericia psicológica. Ningún artículo de la Convención Interamericana condiciona la apreciación de la madurez a un dictamen pericial. Señaló que tampoco hay norma que disponga que la ausencia de tal pericia genere una presunción ilevantable en contra de la madurez del niño o adolescente



declarante, lo que sí aplicó al Sede este caso. Si se tenía por imprescindible la pericia, se debió disponer de oficio al tratarse de orden público. En cambio la Sede atribuye a la madre la responsabilidad por la falta de realización de la diligencia, pero carga sobre Lucio la consecuencia, excluyó tal prueba, inventó la presunción de inmadurez y en esa presunción fundó su fallo. Expresó que la no realización de la pericia no les reprochable, pues fue una citación incurso en nulidad absoluta. El segundo inciso del art. 110 del CGP establece que un acto procesal puede ser anulado cuando carece de requisitos indispensables para la obtención de su fin, y consideró obvio que practicar a las 12:28 en el domicilio judicial electrónico de los patrocinantes, sin siquiera avisarles con una simple llamada actuarial, la notificación de una convocatoria para las 14:14 fue ejecutar la comunicación sin un requisito indeclinable para la obtención de su fin, incurriendo en nulidad absoluta. Sostuvo que actuó con total diligencia y que su hijo Lucio no fue a la pericia porque entró en estado de angustia, y fue lo que manifestó cuando se le realizó la pericia, sin embargo al sentencia se construyó responsabilizando a la recurrente. Consideró que la restitución expondría a Lucio a riesgo grave de someterlo a una situación intolerable, con peligros psíquicos, fundándose en las aportaciones que hizo el psiquiatra que lo atiende, Dr. Martín Furman.

Existen múltiples causas y denuncias entre el actor y la demandada en Argentina, siendo reconocidos por ambos, lo que demuestra la violencia intrafamiliar, y la presente decisión solo daña a Lucio.

Solicitó la agregación de documentos que constatan nueva agresión por parte del actor, y la revocatoria de la sentencia, dejando sin efecto el decreto monitorio que inició el trámite.

IV.

Se confirió el traslado de rigor de fs. 390, el que resultó evacuado por la actora, sobre la siguiente base, fs. 397 a 414. Compartió el dispositivo impugnado, solicitó su confirmación.

V.



La Sede a quo franqueó el recurso de apelación, con efecto suspensivo, resolución Nº 4697/2023, fs. 415.

VI.

La Sala asumió competencia y dispuso el estudio simultáneo de los autos por parte de los Sres. Ministros, fs. 422;

Suscitadas diversas discordias, la Sala se integró sucesivamente por sorteo con los Sres. Ministros de la Sala Homónima de Primer Turno, Dres. Guillermo Gutiérrez Herrera, María del Carmen Díaz Sierra y Claudia Diperna.

Puestos nuevamente al Acuerdo y reunido el número legal de votos, se procede al dictado de sentencia.

Considerando:

1ro. La Sala integrada y por mayoría legal revocará la sentencia de primera instancia por los fundamentos que se expresarán.

2do. Se considera 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.

Si bien, aún para la mayoría, puede haber una influencia indebida de la madre, porque el solo hecho de la convivencia y oír siempre una versión, Lucio ha sido sincero en cuanto a que no quiere regresar. Como dijo en audiencia, está plenamente complacido con su vida actual. Remarcó que está muy a gusto con el lugar que habita, el colegio al que asiste y los vínculos que ha generado con sus compañeros de clase.

La mayoría conformada entiende que desoír la voluntad de Lucio por el hecho de las influencias indebidas de la madre, supone también desoír lo que el niño siente y quiere.



Además, su negativa a la realización de la pericia, está amparada por lo dispuesto en el artículo 128 CNA, pues esta norma establece 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.

Lucio ha acusado lo que considera un exceso de judicialización y sus quejas se advierten como genuinas. No quiere realizar la pericia por los fundamentos que invocó su defensa y esta decisión no puede traer consecuencias en contra a su interés.

El niño está colocado en la situación jurídica de derecho facultativo: accede o no, según su voluntad a la pericia. Y al tratarse de un derecho facultativo, la negativa no supone un perjuicio a su actitud. Su situación jurídica es activa, en el sentido que se mueve con la libertad de cumplir con esa diligencia o no. Los demás operadores y sujetos de este proceso estamos en la situación jurídica pasiva que es espejo de aquella. No podemos obligarlo a hacerla ni podemos extraer consecuencias, ante esa actitud procesal, que vayan contra su interés.

En resumen, desvalorizar la opinión del niño por las influencias de la opinión de la madre con quien convive, pero desatendiendo su sentir más genuino, supone regresar a la doctrina tutelar, ignorando lo que Lucio siente y quiere.

3ro. El artículo 11 de la Convención Interamericana supone que la negativa del niño puede obturar la orden de restitución.

La norma establece que la autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.

Los firmantes por la mayoría entienden que Lucio tiene suficiente madurez y edad para que su opinión sea tenida en cuenta como genuina.

En la Observación General 12, concretamente el párrafo 22 recuerda el derecho del



niño a declarar y de expresar "derecho de expresar su opinión libremente". "Libremente" significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. "Libremente" significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. "Libremente" es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva "propia" del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.

En el párrafo 27 se recuerda que el Grupo de Trabajo de composición abierta establecido por la Comisión de Derechos Humanos que redactó el texto de la Convención rechazó una propuesta para definir esos asuntos mediante una lista que limitara la consideración de las opiniones de un niño o un grupo de niños. Por el contrario, se decidió que el derecho del niño a ser escuchado debía referirse a "todos los asuntos que afectan al niño". Y agrega el Comité que considera preocupante que con frecuencia se deniegue a los niños el derecho a ser escuchados, incluso cuando es evidente que el asunto que se examina los afecta y que son capaces de expresar sus propias opiniones respecto de ese asunto.

Mas adelante, en el párrafo 28 se dice que "Es necesario tener "debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio.

En el Párrafo 29 se aclara "Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí 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. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las



opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.

En el Párrafo 30. Se agrega que "Madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño".

En el caso de autos y para la mayoría, Lucio tiene madurez suficiente para expresar cuál es su sentir. Ha sido claro con su Defensa en privado y luego en audiencia.

Sus respuestas no repiten lo que alguien le pudo mandar decir. Impresionan que son resultado de su sentir más genuino.

Como se dijo, es seguro que la madre pueda influenciarlo, pero tampoco puede dudarse, que la expresión de voluntad es clara. Es fruto de un sentir y de un razonamiento incorporado.

El niño puede estar influenciado por la madre pero además de eso, tener un sentir que es propio y libre, como se desprende de su declaración. Tiene madurez suficiente para comprender los hechos que lo han lesionado en su vínculo con el actor y vive las actitudes que ha tenido el requirente de una forma tan negativa como sincera.

Sus expresiones transmiten vivencias propias. No puede concluirse que la madre lo haya convencido de qué declarar.

Y lamentablemente no fue interrogado en audiencia de si quería o no realizar la pericia y por cuáles razones.



Pueden invocarse como antecedentes jurisprudenciales aplicables al caso, la sentencia 77/2018 de esta Sala, en la que el Tribunal tuvo en consideración la opinión de dos niñas que no querían volver al Estado requirente y por ello negó la restitución internacional. Dijo el Tribunal en esa instancia que “La Sala estima de recibo los agravios de la parte demandada y de la Defensa de las niñas, respecto a que la voluntad de A y C es permanecer en Uruguay. Se configura a juicio de la Sala la hipótesis contenida en el inciso cuarto del artículo 13 del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Dicha norma establece que la autoridad judicial podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando haya alcanzado una edad y grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones”.

“Similar disposición contiene nuestra norma nacional 18.895, que en el artículo 16, literal A) establece que si 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. A continuación, la ley hace referencia al artículo 8 CNA. Esta norma, que es central sobre los derechos en el proceso de niños, niñas y adolescentes, establece que gozan de los derechos inherentes a la persona humana y que tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades y en la forma establecida en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y leyes especiales. Y se agrega, que en todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida”.

Se cita en apoyo a esta postura la sentencia recogida en INCADAT, caso Wilson v. Challis (1992) O.J. No. 563 (Q.L.), por la cual un tribunal de Canadá denegó restitución de un niño de once años que vino a pasar vacaciones con sus abuelos y se negó a retornar con su padre al Reino Unido. Su madre había fallecido y entablado juicio por restitución, si bien se reconoció que sólo había ido a pasar sus vacaciones al Canadá, se entendió que el niño había alcanzado edad y grado de madurez para los cuales resulta adecuado tener en cuenta sus opiniones. En segundo lugar, el niño se oponía a ser restituido y se expresó con una fuerza de sentimientos que iba más allá de la comprobación habitual de los deseos en un juicio de custodia. Finalmente, el tribunal entendió que las opiniones se expresaron por



libre voluntad, no influenciadas por ninguna de las partes o personas que estaban en contacto con él. El tribunal entendió que ello meritaba que podría ejercer su discrecionalidad autorizada por el artículo 13 del Convenio y denegó la restitución.

En el caso INCADAT, referencia HC/E/UKe 579, se sostuvo que en los casos en que existía una cuestión genuina en cuanto a las objeciones de un menor, se debía realizar todo el esfuerzo posible para presentar tales objeciones ante juez de primera instancia. El progenitor sustractor no debería sentirse inhibido para presentar tal defensa por temor a la acusación acerca de que el menor hubiera sido preparado o presionado para objetar. Los jueces y los funcionarios judiciales encargados de bienestar social eran capaces de rechazar casos en los que las objeciones eran artificiales. Este fue uno de los fundamentos por el cual un tribunal del Reino Unido desestimó la restitución a Croacia de un niño nacido en 1991 y de doce años a la fecha del dictado de la sentencia de 2004.

En un tercer caso INCADAT HC/E/GR 680, un tribunal de Amaliada, Grecia, denegó la restitución solicitada por un padre residente en Australia, en base a la opinión de los tres hijos de ocho, doce y catorce años.

En otro caso de la justicia griega, INCADAT HC/E/GR 1285, la Corte de Apelaciones de Salónica, denegó restitución de dos niños de 7 y 8 años a Alemania, argumentando que el juez había entrevistado a los niños para conocer sus opiniones y deseos con respecto al país y al ambiente en el que les gustaría vivir. Al principio, dijeron que les gustaría vivir con ambos padres en el mismo hogar, pero "sin que se peleen, como ocurría últimamente en Stuttgart". Sin embargo, conocedores de que esto no era posible, expresaron de forma clara y directa que preferían quedarse en la casa nueva de su madre, cerca de sus abuelos, tíos y primos en Grecia. Al mismo tiempo, manifestaron su deseo de poder ver a su padre tan seguido como fuera posible, pero en Grecia, no en Alemania y de hablar con él todos los días por teléfono. El tribunal advirtió que ambos niños parecían capaces de comparar las diferencias entre Grecia y Alemania (al menos desde su propia perspectiva y con respecto a los asuntos que afectaban su bienestar personal). Además, parecían estar satisfechos y emocionalmente seguros con su rutina diaria en Grecia. Se había creado un fuerte lazo entre la madre y los niños. Paralelamente, no tenían ninguna



queja en contra del padre, excepto su anterior forma de vida en Stuttgart. Al final, los niños señalaron que se sentían bien con su vida en Grecia y que deseaban que su padre pudiera vivir cerca.

En sentencia de la Sala 39/2018, en trámite de objeto coincidente con el presente y estimando los derechos procesales de niños y niñas, expresó: “El Dr. Gustavo Mirabal Bentos en “Código de la Niñez y Adolescencia de la República Oriental del Uruguay- Comentarios, Jurisprudencia y Normas Conexas, página19 ha dicho: “A partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, (Nueva York 1989), los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos.”.... “El principio del interés superior, se impone a las autoridades. No es que las “inspire”, sino que las obliga (art. 3o)”, y más adelante expresa: “El interés Superior del Niño es la plena satisfacción de sus derechos. El principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos”

En la ya citada sentencia 77/2018, el tribunal advierte que existe una opinión claramente vertida en estos autos, brindada de más de una forma y en más de una instancia, que permite tener por acreditada la oposición de A y C en retornar al Reino de España”.

“(...) Las niñas también fueron oídas directamente. Según consta en el acta de fojas 478 a 480, fueron interrogadas en forma conjunta. A expresó saber de qué se trataba el juicio “para saber si nos quedamos o nos vamos”, y señaló con claridad que quería quedarse en Uruguay. A continuación lo mismo expresó C y ambas dieron argumentos que no referían al vínculo con los padres sino a todo el entorno”.

“Si bien existen problemas de redacción del acta, queda claro que las niñas tienen una visión crítica de su vínculo con el padre manifestando que “estamos acostumbradas a no verlo” (segundo párrafo de fojas 479)”.

“Finalmente, expresaron su opinión a través de su representante ad hoc en este proceso, su Defensor. A fojas 528, el Abogado relató que las niñas fueron oídas



directamente por el Tribunal y a través de profesionales especializados designados por éste y que además el mismo se entrevistó largamente en presencia de su Procuradora. Trasmite el Sr. Defensor que las niñas manifestaron su firme oposición a retornar al Reino de España, argumentando diversas situaciones relativas al vínculo con el padre y manifestando prescindencia respecto de su residencia en la ciudad de Madrid. A fojas 529 el Abogado aclara que los cambios que advirtieron las niñas sobre la forma de vestir y el comportamiento de su padre, que no le tengan confianza y que prefieren que siga viviendo en Inglaterra, no implica ningún juicio de valor suyo sobre los sentimientos de A (padre) respecto de sus hijas; pero sí refiere a las consecuencias en la percepción que tienen las hijas a su respecto. Tras analizar los viajes a Londres, lugares de vacaciones en España y los viajes a Uruguay, sumado a los viajes por actividades profesionales del padre, el Defensor concluye que las niñas ven a Madrid como un lugar poco amigable, no sintiéndose realmente integradas en el colegio por motivos ajenos a su voluntad, ni tampoco lo visualizan como el hogar de la familia sino que ahí viven con su madre y sus referencia a la integración familiar junto al padre implican su localización en Londres, sin perjuicio de que manifiestan su preferencia por permanecer en Montevideo”.

“Si bien corresponde consignar que el interés superior de las niñas en este proceso, desde un punto de vista genérico, es no ser retenidas ilícitamente en el país, corresponde señalar que tanto el instrumento internacional –artículo 13 de la Convención de la Haya citada – como el artículo 14 de la ley 18.895 establecen como relevante la opinión de las niñas”.

“El llamado interés superior de las niñas podría, en teoría, estar en contradicción con lo declarado por ellas, sólo en circunstancias excepcionales. Una podría ser que las niñas no hayan sido libres de expresarse como lo hicieron. Esta circunstancia está desmentida pues como se expresó, su declaración ha sido sólida, consistente en su negativa a querer volver a España y reiterada en varias y distintas modalidades.

“(…) En audiencia frente al tribunal y los abogados de las partes y en la intimidad de su entrevista con el Defensor que les representa, no se advirtió que las niñas no fueran capaces de apreciar y opinar sobre lo que quieren que pase. Desconocer el sentimiento que han expresado durante estas eventos procesales, nos situaría en la



postura de considerarlas como objetos de protección y no reconocer su capacidad de expresar su sentir a pesar de doloroso horizonte que supone la separación de los progenitores y la realidad de vivir separadas de su padre. Por consiguiente, para la Sala está acreditado que las niñas se oponen a la restitución, están capacitadas para brindar su opinión en juicio y para su mejor interés corresponde rechazar la pretensión de restitución, más allá de que se objetive un supuesto interés superior a que no sean objeto de una retención ilícita”.

4to. A continuación se citará nueva jurisprudencia internacional en apoyo a la postura de la mayoría. En el caso INCADAT HC/E/NL de Canadá y los Países Bajos, El menor tenía 9 años y seis meses a la fecha de la supuesta sustracción ilícita. Había vivido en Canadá toda su vida. Los padres se encontraban separados en 1994. Posteriormente, se le otorgó la custodia a la madre y derechos de visita al padre.

El 19 de octubre de 1999 la madre petitionó ante un tribunal de Quebec una modificación en el régimen de visitas. El 1 de junio de 2000 suscribió un acuerdo para no dejar Canadá antes de que se dictara una resolución. El 5 de junio de 2000 la madre llevó al niño a Holanda.

El 20 de octubre de 2000 el Rechtbank 's-Gravenhage (juez de menores) se negó a ordenar la restitución del menor. La Autoridad Central y el padre apelaron pero su impugnación fue rechazada y la restitución denegada. Se dijo que si bien la sustracción fue ilícita, se cumplía con el estándar requerido por el artículo 13(2) para demostrar que el menor se oponía a la restitución (norma similar al artículo 11 aplicable al caso). Se agrega que el niño fue oído por el tribunal en una audiencia privada. Se lo consideró capaz de expresar su opinión. Claramente sostuvo que quería quedarse con su madre en Holanda y se opuso con firmeza a su restitución a Canadá. Debido a la fuerza de sus objeciones, el tribunal ejerció su discrecionalidad conforme el artículo 13(2) para no ordenar su restitución (<https://www.incadat.com/es/case/314?summlanguage=es#summary-part>).

En el caso HC/E/NO 343 de Israel a Noruega se concluyó que el hijo mayor de casi catorce años de edad a la fecha del juicio y en menor medida su hermano de diez años y medio, tenían edad y madurez suficientes y se opusieron a la restitución



<https://www.incadat.com/es/case/343>. Cabe señalar que durante el juicio el padre presentó sus pruebas por teléfono desde Israel. Los dos hijos mayores fueron entrevistados por el juez de primera instancia en persona y por un psicólogo designado por un tribunal.

En el caso HC/E/UK, el tribunal sostuvo que debían establecerse tres cuestiones generales en los casos que se planteara el artículo 13 (equivalente a nuestro 11 de la Convención Interamericana) ¿El menor objeto ser restituido al país de residencia habitual? Sin embargo, se deben tener en cuenta que esto podría estar inextricablemente vinculado a una objeción a vivir con el padre o madre solicitante, por lo tanto puede no ser posible separar estos dos tipos de objeción. 2. La edad y grado de madurez del menor, y con esto ¿la madurez del menor se corresponde con su edad cronológica? El tribunal destacó que un menor puede ser lo suficientemente maduro para que sea apropiado tomar en cuenta sus opiniones aunque no haya obtenido la madurez suficiente para estar plenamente emancipado de la dependencia de los padres y ser capaz de reclamar autonomía para tomar decisiones. 3. ¿Es apropiado tomar en cuenta las opiniones del menor? Al decidir esta cuestión, surgen cuatro sub-cuestiones: a. ¿Cuál es la perspectiva propia del menor de lo que son sus mejores intereses a corto, mediano y largo plazo? b. ¿En qué medida las razones para la objeción están basadas en la realidad, o el menor podría considerar razonablemente que están fundadas en la realidad? c. ¿En qué medida las opiniones del menor han estado sujetas a influencia indebida? d. ¿En qué medida las objeciones serán aplacadas con la restitución o con la separación del padre o madre que lo sustrajo? Habiendo establecido estas cuestiones, los tribunales sin embargo aceptaron que las cuestiones planteadas en el Artículo 13(2) demandaban más un ejercicio de juicio que conclusiones de hecho. Analizando las pruebas, el tribunal determinó que el juez de primera instancia se equivocó al concluir que no se había establecido la excepción del Artículo 13(2). Al ejercer su discreción, el tribunal sostuvo que las exigencias de respeto mutuo, conveniencia e incluso el bienestar de la niña mayor de tener su futuro decidido en España no invalidaban el respeto que se le debía prestar a sus deseos (<https://www.incadat.com/es/case/270>).

Por lo expuesto se revocará la recurrida.



5to. No se formularán condenas procesales por no corresponder.

Atento.

A lo establecido en las normas citadas, el Tribunal integrado y por mayoría,

Falla: *Revocase la recurrida, desestimando el pedido de restitución, sin condena procesal.*

Notifíquese, háganse por Secretaría las comunicaciones de rigor y devuélvase.

Eduardo Cavalli Asole

Ministro

Dra.Alicia Álvarez Martínez

Ministra

Dra.Claudia Diperna Acosta

Ministra

Dr.Guillermo Gutiérrez Herrera

Ministro Suplente



Discorde por cuanto entiendo que corresponde confirmar la sentencia definitiva apelada y rechazar la prueba presentada en segunda instancia, en base a los siguientes fundamentos.

En términos generales considero de rechazo los agravios interpuestos por la Defensora y Requerida, compartiendo la valoración de la prueba efectuada en el grado anterior, así como la fundamentación de la decisión respecto de los aspectos jurídicos involucrados.

Se analiza en forma conjunta los dos recursos de apelación presentados, en virtud de que el único agravio expuesto por la Defensora de Lucio, relativo a la oposición del niño, coincide con parte de la impugnación de la madre.

1) Prueba en segunda instancia.

El art. 253.2 del CGP establece que se podrá solicitar el diligenciamiento de prueba en segunda instancia, exclusivamente cuando se trate de presentar documentos de fecha posterior a la conclusión de la causa o anteriores cuando se afirmare bajo juramento no haber tenido conocimiento de los mismos con anterioridad, o cuando se trate de acreditar hechos nuevos de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 121.2 del citado cuerpo normativo.

Los dos documentos que pretende introducir la apelante no encuadran en dichas previsiones legales (fs. 364/367 y 368/369), ambos son impertinentes pues no versan sobre hechos que sean objeto demostración en estas actuaciones. Además, el identificado con letra "H" (fs. 364), es anterior a la conclusión de la causa y no se afirma bajo juramente haber tenido conocimiento con anterioridad.

2) Agravio por el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa (art. 11 lit. 'a')

En principio parece indudable que en el caso se verifica un traslado ilícito, desde que no existe controversia sobre la residencia habitual de Lucio (Argentina), ni sobre el traslado inconsulto a Uruguay (además de contrario a lo resuelto por autoridades judiciales argentinas), ni sobre el derecho de custodia de ambos progenitores (art.



641 lit. B del C. Civil y Comercial argentino), comprensivo del de autorizar a los hijos en común a cambiar de residencia permanente en el extranjero (art. 645 lit. C ejusdem).

Por lo demás, en relación a lo que es el objeto concreto del agravio, entiendo que no le asiste razón a la progenitora requerida. La forma de ejercicio del derecho de custodia por parte del progenitor requirente en forma previa al traslado no modifica la decisión cuestionada, pues como se ha señalado en casos similares al presente, se trata de un concepto jurídico independiente de cuestiones de hecho atinentes al escaso tiempo de goce del derecho, donde “evaluar el desempeño parental en el ejercicio de la Patria Potestad concebida como poder-deber de los padres en beneficio de los hijos, será en el caso naturalmente resorte del Juez del Estado de la residencia habitual” (Sentencia de TAF 1º T. No. SEF 0010-000028/2015, BJN).

3) Agravio por el rechazo de la excepción de existencia de un grave riesgo de que la restitución exponga al niño Lucio a un peligro psíquico o a una situación intolerable (art. 11 lit. 'b').

En tal sentido, cabe precisar que, como sostuvo el T.A.F. de 2º Turno en sentencia No. 56/2013, citando a la Profesora Elisa Pérez Vera, “...“el interés del menor a no ser desplazado de su residencia habitual, sin garantías suficientes de que la nueva será estable, cede en estos supuestos ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico o colocado en situación intolerable” (BJN).

Asimismo, no es suficiente el mero temor, sino que se impone demostrar - generalmente a través de un diagnóstico pericial urgente- la existencia real del riesgo, que revista gravedad, debiendo tenerse presente que incluso, aun acreditado, la referida defensa no puede prosperar si ese riesgo grave puede ser conjurado por la existencia de mecanismos y/o medidas de protección específicas tendientes a prevenir el daño, que se encuentran al alcance en el conglomerado social al que pertenece el menor y se ofrecen por el requirente y/o se disponen por la autoridad jurisdiccional (Cf. Sentencia TAF 1º T. No. 431/2016, Fuente: BJN).

La carga de la prueba de esta excepción es de quien la alega y de acuerdo a sus



características, determina que deba contemplarse, interpretarse y aplicarse en forma restrictiva y excepcional, so pena de desvirtuar la finalidad del Convenio (Cf. Legnani, B., “Restitución Internacional...”, pág. 53).

Trasladando el referido marco conceptual al caso, entiendo en primer lugar que ante la ausencia de pericia al niño que posibilite establecer la posible manipulación de su voluntad y/o grado de madurez, así como los probados resultados adversos que tuvieron las denuncias presentadas por la progenitora en Argentina, principalmente la referidas a ASI cometido por el Sr. Rivero contra Lucio y Violeta, sumado a la actitud procesal asumida por la denunciante en dichas actuaciones y el escaso valor convictivo de las declaraciones de los testigos ofrecidos por dicha parte, no puede afirmarse que la requerida se desembarazó adecuadamente de la carga que sobre ella pesaba tendiente a acreditar la existencia real del riesgo grave que invocó.

En efecto. Conforme las resultancias de la prueba documental agregada por las partes, surge que la accionada presentó varias denuncias contra el progenitor que fueron desestimadas por falta de prueba, destacándose la referida a ASI, donde el Ministerio Público solicitó el archivo de las actuaciones señalando la falta de colaboración y actitud obstruccionista de la denunciante: “... se ha intentado por todos los medios dilucidar lo ocurrido, disponiéndose de un sin número de medidas. Incluso, he sido complaciente con la particular damnificado en cuanto a las fechas de pericias o medidas a las cuales injustificadamente no ha podido concurrir o no ha permitido la concurrencia de sus hijos, requiriendo nuevas fechas a las cuales tampoco asistieron. **Lo que denota un claro desprecio por la administración de justicia ... todo lo cual ha impedido a sus hijos lo que genera aún menos entidad respaldatoria de sus dichos respecto de los hechos que los infantes habrían sido víctima ...**”(fs. 241).

Por su lado, la declaración que hizo el psiquiatra Dr. Martín Furman (fs. 332/334), no fue brindada en carácter de perito designado, sino que se trata de un deponente propuesto y contratado por la propia parte apelante, por tanto de muy limitados efectos en cuanto a la formación del criterio del Tribunal (Cf. SCJ en LJU c. 14198; y Devis Echandía, Teoría ..., T. II, p. 357). A similar apreciación cabe arribar en relación a los testimonios del Dr. Mercado y Violenta Pasman (fs. 334 y ss.), pues la condición de abogado e hija respectivamente de la accionada, son circunstancias que evidentemente afectan la credibilidad o imparcialidad de sus declaraciones,



constituyendo un motivo de sospecha según la norma procesal (art. 158 CGP).

Reafirma la conclusión antedicha la ausencia de pericia a Lucio, cuya falta de realización es atribuible únicamente a la falta de colaboración de la parte requerida, resultando inverosímiles todas la explicaciones brindadas en el escrito recursivo, intentando justificar una inasistencia que claramente responde a la conducta obstruccionista ya relacionada.

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo dicho, lo que termina por sellar negativamente la suerte del agravio es que, como viene de señalarse, la excepción en examen no puede ser acogida si el riesgo grave puede ser evitado y, en la especie, la a quo condicionó la restitución al cumplimiento de medidas “espejo” y tampoco se aportó prueba útil que demuestre que en Argentina no se van a cumplir las mismas o que no existan medios judiciales para obtener efectiva protección en caso de ser necesario, tan es así que la propia demandada acudió a los Tribunales de dicho país denunciado una eventual violencia por parte del contrario, la que se tramitó y culminó con la adopción de medidas de protección recíprocas (fs. 86 y vta.), o por la invocada situación de ASI, donde primero se impusieron medidas cautelares (fs. 92/94 vta), y posteriormente se dispuso el archivo por falta de prueba (fs. 213/241).

Por lo tanto, como se sostiene en la impugnada, deberán ser los jueces argentinos quienes deberán determinar si después de los hechos de autos se debe o no otorgar un permiso de residencia en el Uruguay, así como las cuestiones relativas a tenencia, visitas, etc..

4) Agravio fincado en la oposición de Lucio (art. 11 inc. final)

Tampoco es de recibo este agravio formulado tanto por la Defensora de Lucio como por la accionada.

Está claro que la oposición de Lucio y sus fundamento para no retornar a Argentina y permanecer en Uruguay fueron recabados primero en forma indirecta a través de su Defensora (fs. 329), y luego en forma directa ante el Tribunal (fs. 342/343).

Ahora bien, como es sabido la voluntad del niño y el derecho que tiene a que su



opinión sea tenida en cuenta y contribuya a impedir la restitución acorde a la excepción prevista en el art. 11 inc. final de la Convención (oposición del menor), no debe valorarse o ponderarse exclusivamente atendiendo a su tenor literal o seguirse “ciegamente”, dado que esa opinión se inserta en un contexto probatorio particular, donde se debe verificar la consistencia, armonía y, fundamentalmente, la libertad con que se emitió.

En efecto. Se debe valorar con detenimiento la existencia (o no) de influencia de los progenitores, en especial de aquél con quien el menor vive y que puede incidir en su voluntad y decisión, además de ponderar si contó con la previa y completa información acerca del alcance y consecuencias que la decisión adoptada tiene para su vida, dado que su centro sería desplazado, innovando en forma radical su situación y separándolo de su madre, escuela, amistades y otros familiares.

En otras palabras, apreciar si su consentimiento fue (o no) libre y precedido adecuadamente de información relevante, en desmedro de la libertad de la decisión que pudiere haber alcanzado de acuerdo a su grado de madurez, tratándose de un niño de 10 años.

En el caso particular, acudiendo a los parámetros que la recurrida y jurisprudencia mayoritaria utiliza para determinar la autonomía progresiva de la voluntad de los niños y a los que me remito en honor a la brevedad (Cf. L.J.U., T. 131, Año 2005, Caso 14.967; Sentencia TAF 1° T. No. 111/2018 y 136/2019, e/o, Fuente: BJN; y Cabeza Lorient, Daniel, en “Autorización de Viaje, Radicación en el Extranjero y Restitución de Menores” en R.U.D.P. - Proceso de Familia, 2ª Ed., pág. 649), entiendo 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 -y éste podido evaluar- los potenciales beneficios, riesgos y daños de retornar a Argentina y/o permanecer en Uruguay.

Sobre la voluntad del niño reitero que la ausencia de una pericia imparcial impide evaluar la posible manipulación de su voluntad y/o grado de madurez, incluso podría concluirse que la conducta obstruccionista desarrollada por la madre, tanto ante la Justicia argentina como en el presente proceso, impidiendo la realización de los peritajes dispuestos, habilita a considerar que efectivamente se verifica la influencia



negativa invocada por el progenitor requirente.

Luego en lo que dice relación con la información brindada al niño y las consecuencias de este proceso en su vida, repaso el informe elaborado por la Defensora designada y lo único que se expresa sobre el punto es “Se le informa sobre el presente tramite, y manifiesta que es por su seguridad” (fs. 329), nada más, no se hace mención a los familiares paternos, amigos, compañeros de escuela, actividades, que dejó en Argentina. La Defensora debió hacer hincapié en esos temas pero ahondó sobre aspectos laterales al proceso, tales como ser los motivos que lo separan del padre. La misma actitud adoptó en la audiencia de precepto, oportunidad en la que solo le preguntó al niño sobre los hechos que dieron motivo a la denuncia de ASI (fs. 343), sin requerirle explicación alguna acerca de los motivos por los cuales no había asistido a la pericia el día anterior.

En suma, no pudiéndose determinar si la opinión de Lucio fue emitida en forma libre y espontánea, ni tampoco que refleje sus verdaderos sentimientos, ya sea por la falta de información necesaria y/o por la presunta influencia negativa de la madre (manipulación), entiendo que la decisión de la a quo resultó ajustada a derecho.

Dra. María del Carmen Díaz Sierra

Ministra Discorde: En cuanto a la prueba solicitada en la alzada comparto con el Sr. Ministro Guillermo Gutiérrez en cuanto que no corresponde, me remito a sus fundamentos.

Confirmo la apelada por los siguientes fundamentos:

Como lo expresado por la Dra. Fresnedo, la *“restitución internacional de un menor*



es un mecanismo procesal civil que sólo pretende evitar que la guarda, custodia o tenencia de un menor, regularmente ejercida, sea interrumpida. Pero en este procedimiento de restitución **no está en juego la institución de protección (guarda custodia o tenencia), sino uno de sus atributos: el de ejercer y conservar dicha guarda.** Esta tesis se encuentra reafirmada por el texto de los artículos 11 de los Convenios bilaterales sobre restitución internacional de menores celebrados por Uruguay con Argentina y con Perú y art. 15 del Convenio bilateral con Chile, art. 15 de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores y art. 19 de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.” (Fresnedo, Cecilia; Curso de Derecho Internacional Privado; pág. 78).

De acuerdo al art. 4º de la Convención interamericana de Restitución Internacional: “Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercía, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.”

Conforme a la misma Convención art. 11 *La autoridad judicial o administrativa del estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre:*

a. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o

b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a



un peligro físico o psíquico.

La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.

El derecho del niño a opinar sobre los temas que guardan relación con su propia vida no solo se encuentra recogido en el ultimo inciso del art. 11 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (ley 17.335), sino también el penúltimo inciso del art. 15 del Convenio de la Haya sobre “Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” (ley 17.109), en el art. 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño (ley 16.173) y como principio general en el art. 8º del CNA inc. 1º.

En referencia a ello la Observación General Nº 12 en el párrafo 20 “*Los Estados Partes asegurarán el derecho a ser oído a todos los niños **"capaces de formarse su propia opinión"**. Esta frase no debe ser vista como una limitación, sino como una obligación para los Estados Partes para evaluar la capacidad del niño para formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Esto significa que los Estados Partes no pueden comenzar con la suposición de que un niño es incapaz de expresar su o sus propias opiniones. Por el contrario, los Estados Partes deberían asumir que un niño tiene la capacidad de formar su o sus propias opiniones y reconocer que él o ella tiene derecho a expresarlas, no corresponde al niño para probar primero su capacidad.*”

Lo único que debe determinar el magistrado es que la voluntad no fue manipulada es decir se expresó libremente lo cual fue interpretado de la siguiente manera por el



Comité en la Observación antes referida “22.- *El niño tiene el "derecho de expresar su opinión libremente". "Libremente" significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. "Libremente" significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. "Libremente" es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva "propia" del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás*”; como asimismo que la evolución de sus facultades “madurez” le permiten adoptar las decisiones para poder evaluar la autonomía progresiva de la voluntad (art. 5 de la CDN y 8 inc. 1º del CNA)

Por su parte la Observación General N° 14 precisa los términos del artículo 12 de la Convención sobre la libertad de expresión, estableciendo la metodología para incluir a los niños en todos los asuntos que lo afecten y escuchar sus opiniones. Evidentemente, el grado de aplicabilidad de este principio depende del estado de desarrollo del niño, su madurez y su capacidad para intervenir en las decisiones que le concierne, de manera que a medida que el niño madura sus opiniones deben tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior. Sin embargo, escuchar y tener en cuenta la opinión de los niños sigue siendo un desafío -más que un hecho-, ya que los adultos tienden a atribuirse el poder de decidir sobre las cuestiones que involucran a los niños sin que ellos participen en ese proceso” (SILVINA ALEGRE, XIMENA HERNÁNDEZ, CAMILLE ROGER: “El interés superior del niño Interpretación y experiencias latinoamericanas”. Sistema de información sobre la Primera Infancia en América Latina” Buenos Aires 2014, Cuaderno 05, págs. 7 y ss.)

Hemos sostenido en forma doctrinaria y en nuestras sentencias que se estima



adecuado usar como protocolo –para determinar la autonomía progresiva a nivel judicial -el que a la vez se usa por parte de los médicos, para determinar si el niño y/o adolescente puede prestar el consentimiento informado, dichos parámetros son:

1.- *“La habilidad de comprender y comunicar informaciones relevantes: El niño debe ser capaz de comprender cuáles son las alternativas disponibles, manifestar una preferencia, formular sus preocupaciones y plantear las preguntas pertinentes”*; 2.- *“La habilidad de reflexionar y elegir con un cierto grado de independencia: El niño debe ser capaz de efectuar una elección sin que nadie lo obligue o manipule y considerar detalladamente la cuestión por sí mismo”*; 3.- *“La habilidad de evaluar los potenciales beneficios, riesgos y daños: El niño debe ser capaz de comprender las consecuencias de las diferentes líneas de conducta, cómo lo afectarán, cuáles riesgos se presentan y cuáles son las implicaciones a corto y largo plazo”*; 4.- *“La construcción de una escala de valores relativamente estable: El niño debe poder basarse en un sistema de valores para tomar la decisión.”* (Harrison, C. y otros, Bioethics for clinicians: Involving children in medical decisions, Asociación Médica – Canadiense, Ottawa, 1997, citado por Lansdow “La evolución de las facultades del niño”, publicado por Innocenti Insighth, Save the Children, UNICEF, pág. 79).

En referencia a la autonomía progresiva de la voluntad la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci expresa: *“La autonomía de la voluntad debe ser entendida como un conjunto de principios basados en derechos subjetivos morales que presuponen dos propiedades relevantes: la voluntariedad y la competencia: a. La voluntariedad para realizar la acción autónoma supone intencionalidad, conocimiento, ausencia de control externo o interno, autenticidad. b. La competencia (competency, en inglés) implica que una persona pueda participar en las decisiones, y en su caso, que existe un medio para proteger al incompetente de los efectos nocivos de una mala decisión, supliendo su carencia en lo posible. Está claro que las nociones*



tradicionales de menor de edad, capacidad, incapacidad, representación ya no son adecuadas para describir todo el régimen de los actos que involucran al niño/a, a su interés superior y a su dignidad. En efecto, una persona puede tener aptitud para decidir ciertas cuestiones y no sobre otras, ya que no siempre es necesario el mismo grado de comprensión y argumentación. La noción de competencia no es, pues intercambiable con la capacidad regulada en el código civil.”(Kemelmajer de Carlucci, Aída “Dignidad y autonomía progresiva de los niños” en libro de IV Congreso Estado de Derecho e Infancia a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño Montevideo 2009, pág. 69)

Sin perjuicio de todo ello esta Sala ha manifestado: *“El Tribunal tiene jurisprudencia constante en el sentido de recoger la opinión del niño o adolescente, la que pasa entonces a formar parte del fallo, no en forma aislada, descontextualizada, sino por el contrario, sólo para el caso en que las restantes emergencias de obrados apunten en el mismo sentido y acompañen dicha opinión en la formación de la convicción del Magistrado de que aquella es autodeterminada de acuerdo a su edad y madurez”* (TAF 1º sent. 134/2012).

En el presente caso, no se controvierte que la residencia habitual del niño era la República Argentina.

Tampoco se controvierte el traslado ilícito, el mismo niño en su declaración dice: *“Venir a Uruguay lo decidió mamá y lo decidió con nosotros fue por seguridad porque en Argentina la jueza era mala, no sé cómo decirlo no escuchaba.”*

La restitución que se impuso en la sentencia es segura, es decir condicionándola a la acreditación por parte de la justicia argentina decrete una orden espejo a la



dictada en la recurrida.

Respecto a esta norma en el caso “Maria” donde el TAF 1º dispuso la restitución, siendo la redactora de la misma la Dra. Bendahan (quien aún es la Juez de enlace en Restitución Internacional), comentó en la Web Institucional del Poder Judicial *“aún detectándose un cierto riesgo se debe restituir si se demuestra que con las adecuadas medidas de protección el riesgo puede ser conjurado para que se lleve adelante el juicio en la jurisdicción natural. Si así no fuere, es decir si no hubiere manera de conjurar el riesgo, entonces actúa la excepción y no se restituye. Y eso es lo único que toca dirimir al Juez del estado requerido, en este caso, Uruguay”*.

Al resolver este asunto *“el Tribunal entendió que existen medidas de protección efectivas y no se abrigan dudas respecto de la existencia de un Estado de Derecho en el Reino de España, integrante de la Unión Europea, con leyes garantistas en materia de Derechos Humanos, Justicia independiente y efectiva”*, dijo la magistrada.

“Por eso el fallo, sin pronunciarse sobre la acusación de abuso, adopta medidas que aseguran el retorno seguro pero sin cuyo cumplimiento, el retorno no tendrá lugar

LAS CONDICIONES DEL FALLO DEBEN SER RECONOCIDAS POR LA JUSTICIA ESPAÑOLA.

El fallo dispone la restitución condicionada a que se obtenga el reconocimiento judicial en el Reino de España de la orden de protección dictada en Uruguay por el Tribunal en ejercicio de una competencia genuina otorgada por otro Convenio de La Haya, el Convenio de La Haya relativo a la Competencia, Ley Aplicable, Reconocimiento, Ejecución y Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y Medidas para la Protección de los Niños de 1996, aprobado por Ley N° 18.535 de 11



de Agosto de 2.009.

La protección para el retorno seguro que determina el fallo consiste en condicionar el regreso de la niña al cumplimiento de dos condiciones, a saber: 1) El fallo otorga a la madre la tenencia provisional de su hija y determina una orden de prohibición de acercamiento en un radio de 500 metros y comunicación por cualquier medio, por parte del padre respecto de las dos, madre e hija. La condición es el reconocimiento Judicial de esas medidas por el Juez Español.

Ambas medidas deben, en el marco del Convenio del 96, resultar objeto de un reconocimiento por el Juez competente en el Reino de España, mediante un proceso Judicial de Reconocimiento.

Dado que los procedimientos de Reconocimiento al amparo del Convenio del 96 dependen de la Ley interna de cada país, si el padre requirente no demuestra ante la sede de Primera Instancia en Uruguay que a resultas de ese proceso en España la orden de protección ha sido reconocida por el Juez Español, la niña no regresa.

2) La madre tuvo en su momento una causa penal abierta en España debido a la sustracción que, según surge del expediente, ha sido sobreseída. Si el padre requirente no acredita frente al Juzgado de Primera Instancia en Uruguay que el auto de sobreseimiento se encuentra firme, es decir ya no es pasible de recursos, la niña no regresa.

Ambas condiciones deben cumplirse acumulativamente para que se habilite el regreso.

El presente caso es con la República Argentina, país que viene interviniendo en la familia (existiendo varias causas de quienes la integran en diversas causas, en



alguna de ellas se acusó al padre de ASI, pero la justicia lo sobreseyó)

Si se analiza la declaración de Lucio, no quiere regresar a la Argentina ***“porque la jueza es mala” (...)*** ***no puedo volver a la argentina (sic), la jueza que había no quiero saber ni lo que va a pasar.”***

En definitiva, el niño desconfía de la justicia argentina, que sería la encargada de otorgar la tenencia y **también la radicación en Uruguay** del niño, como de negar un sistema de comunicación entre padre –hijo, si es que ello corresponde.

Como decía la Dra. Bendahan, en palabras que se pueden replicar en el presente caso, 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 de lo que duda Lucio.

Dra.Esc.María Virginia García Ferro

Secretaria Letrada

