

N°

Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno.

Ministro redactor: Dra. Maria Lilian Bendahan.

Ministros Firmantes: Dres. María del Carmen Díaz Sierra, María Lilian Bendahan, Eduardo Martínez Calandria.

Ministro Discorde: No.

Montevideo, 6 de febrero de 2015.

**VISTOS:**

Para sentencia Definitiva de Segunda Instancia estos autos caratulados: **“XX C/ ZZ – RESTITUCIÓN INTERNACIONAL”, IUE 9999-1/2014**, venidos a conocimiento de este Tribunal en mérito al recurso de Apelación interpuesto contra la sentencia N° 135 de fecha 5 de diciembre de 2014, dictada por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de Libertad de 2do. Turno, Dr. Guillermo Gutiérrez Herrera.

**RESULTANDOS:**

I) Por la recurrida se dispone acoger la excepción fundada en el artículo 15 literal B de la Ley N° 18.895 y artículo 13. 1 literal b de la Convención de la Haya, y en su mérito dejar sin efecto la providencia liminar de restitución inmediata del niño de autos, N° 2122/2014, desestimándose en lo restante.

II) A fojas 160 la Sra. Defensora Pública en representación de la parte actora interpone recurso de apelación manifestando en síntesis que corresponde expresar que surge planamente probado en autos que el niño JJ fue trasladado en forma ilícita desde España, donde el mismo vivía en el hogar conjuntamente con su madre y padre, lugar de domicilio habitual en la ciudad de Ondaorra, conforme lo establece el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de la Haya de 1980 en su art. 3, el cual se debe relacionar con el art. 15. De esta manera la Sede expresa en su Considerando que las excepciones planteadas por la parte demandada en cuanto a que no se configura retención ilegítima y ausencia de legitimación de las partes, “no son de recibo”. A fojas 152 concluye que “de modo que los límites del concepto derecho de custodia en el derecho interno español, no integra el derecho de retener el niño en otro país o en cualquier domicilio, sin la ausencia de otro progenitor”, a fojas 153 expresa la Sede que “Por lo demás, está probado en autos que el padre ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en el que el niño es trasladado a Uruguay; de modo que hasta ese punto del análisis por parte de la Sede se está corroborando la solicitud de restitución oportunamente promovida”.

Se agravia en cuanto el fallo acoge la excepción opuesta por la demandada respecto de la existencia de un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable, art. 15 literal B de la Ley N° 18.895 y art. 13 literal B del Convenio de la Haya. Que la Sede toma por suficiente prueba para configurar la violencia doméstica un solo informe, el cual si bien es realizado por los Técnicos del Instituto Técnico Forense, por sí solo y aislado no resulta suficiente para determinar tan delicado tema

respecto a la existencia o no de violencia doméstica o riesgo para el niño. Respecto a que la compareciente no impugno ni observó dicho informe, corresponde expresar que ello no se realizó en el entendido que el mismo por sí solo y aisladamente no resulta relevante para el fin, informe que además se basó solamente en los dichos y relatos de la parte demandada.

La Sede falla “aun sin considerar la prueba testimonial ofrecida por la demandada” por existir a su respecto motivos de sospecha, art. 158 del CGP.

De las declaraciones del primer y último testigo se desprenden serias contradicciones, lo cual hace dudar de la veracidad de sus dichos, siendo de gran relevancia la declaración del segundo testigo a la hora de demostrar la falsedad de lo dichos, agraviándole por ende que la sede no considere dicha prueba y que en cambio considere relevante el dictamen psicológico.

Respecto del dictamen pericial corresponde expresar que el mismo comienza diciendo que “la señora dice haber recibido malos tratos”, que en el mismo se escucha a una sola de las personas involucradas en la pareja, la demandada, por lo que no considera la parte recurrente que el mismo resulte relevante al momento de tomar una decisión tan delicada como la restitución o no del niño. Asimismo en el informe expresa la perito que las conductas serían compatibles con indicadores de violencia familiar, pero no lo afirma, porque como bien lo manifestó la perito, no pueden en una sola entrevista tener plena certeza sobre los hechos que se pretenden probar; por ende, en ninguna parte del informe se desprende la existencia de un riesgo que significa para el niño la presencia de su padre.

Respecto de informe y de la prueba testimonial aportada por la demandada, existen contradicciones; existe una total contradicción entre el enunciado del informe “falta de redes sociales y familiares de la señora en España”, con la declaración posterior al informe, de los testigos. De la declaración del Sr. R.R.S.M, surge probado que la Sra. ZZ tenía y tiene familiares en España, así como el testimonio de R.E.M.M, quien manifestó que vivía en Vizcaya, donde vivía su tía y primos, que la Sra. ZZ vivía allí.

En cuanto a la violencia doméstica la cual entiende la Sede que surge acreditada por la prueba pericial, no se realizó en España denuncia alguna, a pesar de tener medios para ello, sobre la violencia que dice se ejerció sobre su persona. Allí tenía parte de su familia, tías, primos y los medios necesarios para realizar la denuncia, en cambio realiza la denuncia al llegar a Uruguay, cuando ya el presunto victimario se encuentra miles de kilómetros.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en sus arts. 18 y 19 pautas para los Estados Partes a los efectos de reconocer las obligaciones de ambos padres respecto de la crianza y desarrollo del niño, resultando su preocupación fundamental velar por el interés superior del niño. Asimismo la Ley N°18.895 consagra en su art. 3 como principio rector el interés superior del niño, considerándose a tales efectos 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 la guarda o custodia. No existen, al entender de quien comparece, hechos de tal magnitud que impliquen que el retorno del niño a España implique conductas que lo sometan a un peligro físico o psíquico y que en definitiva afecte su interés superior. Por el contrario, lo que sí ha quedado probado y la propia Sede hace referencia a ello, es que el niño ha sido trasladado en forma ilícita desde su país de origen y donde tenía su domicilio habitual a Uruguay.

Solicita que se reciba la prueba que ofrece y se acoja la solicitud de Restitución del Menor JJ a España, pueblo de Ondaorra, provincia de Vizcaya, revocándose la recurrida.

III) La demandada a fojas 169 evacua el traslado de la apelación manifestando que es de destacar que la recurrente considera como hecho probado el traslado de forma ilícita desde España, lo cual no es verdad y tampoco surge acreditado en autos, la compareciente es titular del derecho de guarda desde el nacimiento de JJ, en forma compartida con su padre y en ejercicio de tal derecho es que viajó. El niño viajó con su propio pasaporte lo que implica que cualquiera de ambos padres puede salir del país con su hijo sin la necesidad de requerir previa autorización del otro progenitor. Que su intención no fue sustraer al niño sino preservar su integridad psicofísica y su vida, que ha hecho las gestiones correspondientes para regularizar la situación de la familia en Uruguay solicitando la ayuda pertinente a nivel institucional.

Respecto de los agravios expuestos por el recurrente respecto del informe pericial, destaca que la prueba, acogida por la Sede, es emanada de peritos del Poder judicial los cuales reúnen las condiciones de idoneidad técnica, imparcialidad y objetividad, prueba no observada ni impugnada oportunamente, lo cual fue destacado por el Sr. Magistrado, configurando plena prueba. Que no es cierto que el informe se basara solamente en los dichos y relatos de la demandada, sino que por el contrario se entrevistó y aplicaron técnicas con los niños de donde se destaca respecto de JJ que “ Resulta llamativo que no incluye la figura paterna en las actividades propuestas”, incluyendo en cambio a su familia nuclear de convivencia y familia ampliada materna, indicando claramente que se siente integrado y parte de la misma.

Del informe resulta que tanto el niño de autos como su hermano LL han sido víctima de violencia intrafamiliar, que presentan “conductas que serían compatibles con indicadores de violencia intrafamiliar según la bibliografía científica internacional referida a la temática”; que los contenidos surgidos del proceso pericial remiten a circunstancias experimentadas por dichos niños en la época en que residieron en España, en el contexto intrafamiliar junto al Sr. XX. Tal ambiente familiar habría estado cargado de elementos de violencia ambiental y emocional con respecto a los niños nombrados” se afirma también que lo expresado se veía “favorecido por las características de personalidad (fallas en el sistema defensivo, dependencia afectiva, desborde emocional, tendencia a la sumisión, dificultad en la puesta de límites, sistema de ideas machistas, entre otras) de la Sra. ZZ, así como la falta de redes sociales y familiares de dicha señora en España”.

Asimismo se destaca que tan relevantes han sido las vivencias de violencia doméstica experimentadas por los niños que el informe termina sugiriendo “Espacio físico terapéutico para el niño JJ, el niño LL y su madre con enfoque en VD en las instituciones en las que sean beneficiarios” así como que la Sra. ZZ continúe recibiendo apoyo de equipo Multidisciplinario de MIDES.

Respecto de la prueba testimonial ofrecida se señala que no se dan las contradicciones manifestadas por el recurrente; que resulta probado lo expresado en el informe, ya que si bien habían algunos familiares en España en distintas épocas de la estadía de la Sra. ZZ, los mismos no estaban en condiciones de brindarle asistencia y protección adecuada y/o suficiente para animarle a realizar la denuncia, además, dadas las características del lugar de residencia, era poco probable que contara con apoyo institucional, localidad pequeña con poca población, donde todo el mundo se conocía, de bajos recursos económicos, todo lo cual se acreditó con las declaraciones testimoniales obrantes en autos. Más aun en muy difícil acreditar los hechos descriptos cuando la violencia transcurre en el interior del hogar, donde no hay terceras personas ajenas al núcleo familiar y donde los testigos suelen ser únicamente

los hijos o algún otro familiar directo; como en autos, donde los son los hijos y su hermano R.S. Dicho testimonio refleja también la típica actitud ambivalente de las víctimas de violencia doméstica que se debaten entre el temor, la angustia, la vergüenza de que se conozca la situación y la esperanza de que se dé un cambio en el agresor, lo que también explica por qué la demandada no pudo realizar la denuncia en España. Por eso mismo la Ley N° 17.514 contiene una valoración especial de la prueba, de forma que aquellos testigos que pudieran resultar tachables en otras ocasiones, resulten idóneos en estos casos. A su vez los restantes testigos describieron situaciones y hechos que resultan indicadores de existencia de violencia doméstica en la relación entre las partes. Según el testigo R.S existían llamadas, miradas y gestos no comunes en una pareja que ocasionaban que la Sra. ZZ se fuera rápidamente con el actor, incluso recuerda que él le dijo a su prima “que si este se pone salado hablo con él y ella me decía que no me metiera”, la testigo R.E.M.Mafirma tener la certeza de que la Sra. ZZ sufría violencia porque “se la veía de bufanda en pleno verano, de lentes negros”...”me consta que le tenía terror”, que ella era sumisa y vulnerable, y que por teléfono se la notaba preocupada y con mucha tensión. También resultan contestes las declaraciones respecto a que el Sr. XX consumiría drogas, otro factor de riesgo para el niño.

Se efectúan otras consideraciones señalándose que la circunstancia de que la supuesta retención ilegal tenga lugar dentro del contexto de un conflicto familiar de violencia doméstica, es lo que hace que la misma Convención de la Haya deba contemplar la posibilidad de adaptar al niño a su nuevo medio, pues se entiende que, en todo caso, Jse encuentra entre personas cercanas, en este caso su hermano y su madre y familiares maternos, los cuales también procuran su protección y desarrollo, aspecto que facilita su nueva adaptación y que garantizan también que el menor se encuentra en buena condición y que va a recibir los cuidados que necesita y requiere. Del informe pericial surge que el niño se encuentra adaptado al medio familiar y social actual, se lo observa cuidado y bien integrado al grupo de convivencia.

El Convenio de la Haya contempla en los arts. 12, 13 y 20 a fin de salvaguardar el interés superior del niño, los fundamentos a tener en cuenta al momento de determinar si se hace lugar o no a la restitución internacional solicitada. Los apartados 13 b) y el inciso 2 de dicho artículo consagran excepciones que claramente se basan en el interés superior del niño o niña a no ser desplazados 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 colocada en una situación intolerable. Corresponde considerar por un lado la necesidad de armonización e integración con los restantes instrumentos de Derechos Humanos, especialmente la Convención de los Derechos del niño, dado que la situación de autos refiere a un niño. La aplicación del principio del interés superior del niño implica que este es destinatario de un trato preferente en razón de su carácter jurídico de sujeto de especial protección, y por tanto sus derechos deben ser valorados de acuerdo a las circunstancias específicas del caso. Es decir, que demanda una verificación y una especial atención de los elementos concretos y específicos que identifican a los niños, a sus familias y en donde inciden aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos importantes socialmente.

Que los criterios jurisprudenciales y doctrinarios seguidos respecto de la protección de los derechos e intereses de los niños son: la prevalencia o primacía del Interés Superior del niño, la garantía de las medidas de protección especial que requiere por su condición de niño, la

previsión de las condiciones, oportunidades y recursos necesarios para su desarrollo integral, tanto personal como socialmente, de manera normal y saludable, en condiciones de libertad y dignidad. El interés superior de su hijo es a crecer y desarrollarse en un contexto familiar que le brinde afecto, protección, asistencia, bienestar y seguridad, y que ello no lo estaba recibiendo en España, ni le consta que pudiera recibirlo de concretarse la restitución solicitada. La recurrida consideró suficiente las pruebas aportadas para el acogimiento de la excepción consagrada en el literal b del art. 13 de la Convención de La Haya, literal b) del art 11 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y literal B) del art. 15 de la Ley N° 18895.

Nunca ha sido la intención de la demandada separar a JJ definitivamente de su padre, pero en razón de lo expresado, no solo protegiendo su propia vida e integridad física, sino la de sus propios hijos, en ejercicio de la patria potestad, actúa tratando de protegerlos de cualquier tipo de violencia, abuso o situación que significara vulneración de sus derechos.

Llama su atención la actitud desinteresada y prescindente del contrario el cual teniendo recursos económicos no compareció en forma personal en juicio ni haya manifestado impedimento alguno para viajar y conocer realmente la situación dejando en evidencia un manifiesto desinterés hacia su hijo. La razón del viaje de la actora fue la búsqueda de protección y seguridad ante la situación de violencia doméstica, lo que resulta probado con la documentación oportunamente agregada y con la testimonial ofrecida y diligenciada en audiencia y el informe del ITF.

Solicita que se confirme la definitiva de autos.

IV) A fojas 175 la Sra. Defensora designada de Oficio al niño de autos, evacua el traslado conferido manifestando en síntesis que la actora apela la recurrida fundando sus agravios en la falta de prueba de la existencia de violencia intrafamiliar que pongan en peligro la integridad de JJ para el caso de que la Sede disponga la restitución del niño a España. No comparte la compareciente los agravios alegados por la apelante, ya que de la prueba glosada en autos surge la existencia de violencia intrafamiliar y la imposibilidad de la Sra. ZZ de denunciar los hechos en España; de los testimonios de autos se deduce que mientras ZZ estuvo residiendo en España trató de mantener a su familia al margen de lo que ocurría con su pareja, a efectos de protegerlos, no siendo casualidad que tomara la iniciativa de regresar en el momento y condiciones en que se perpetuó el traslado, quedo literalmente sola, por lo que, estando en juego la integridad física y mental de sus hijos, decidió regresar a su país, de la forma en que lo hizo, en secreto y sin habérselo comunicado siquiera a su familia, sin dinero, sin empleo, sin vivienda, en resumen a tener que empezar una nueva vida desde cero, sin contar con el apoyo económico de nadie, atento a pertenecer a una familia de escasos recursos; cuestión que surge probada. No ha podido contar con información sobre las circunstancias materiales en las que operaría el regreso de JJ a España en el caso en el que procediera la restitución y que garantías operaría para asegurar que el niño será respetado en el goce de sus derechos, máxime cuando es imposible pensar que el niño regresaría solo y permanecería solo en España, alejado de su hermano y su madre, por lo que su regreso aparejaría el del resto de su familia y no surgen elementos en autos que permitan garantizar la seguridad material, física y psicológica del niño en el contexto que se pudo visualizar. En cuanto a la pericia psicológica, es concluyente en su dictamen y no es de recibo solicitar en esta etapa medios probatorios que deberían haber sido propuestos en la etapa procesal correspondiente. Que debe tenerse presente que el apelante nunca compareció personalmente a las diferentes instancias.

Reitera la Defensa su postura, el niño debe ser garantizado en el goce de los siguientes derechos: el consagrado en el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del niño que establece: “Los Estados partes adoptaran todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”; el derecho consagrado en el art. 9 de la misma Convención. “Los Estados partes velaran porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido pro parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”, en el art. 11: “Los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero...”, derecho que también es consagrado en el art. 3 de la Ley N° 18895.

Es en esa ponderación de los derechos que están en juego en relación al niño que asiste, que es primordial asegurar a JJ su integridad física y psicológica, circunstancia que no estaría debidamente garantizada para el caso de que opere la restitución del niño, en el escenario que cabría suponer que acaecería según lo que surge de las presentes actuaciones. Siendo pertinente desestimar en todos sus términos el recurso de apelación interpuesto.

4) Franqueada la Alzada, recibidos los autos, encontrándose este Tribunal desintegrado en virtud del retiro jubilatorio del Sr. Ministro Dr. Carlos Baccelli, se dispuso realizar sorteo de integración con el homónimo de Segundo Turno, cuyo resultado arrojó se integrara ésta Sala con el Sr. Ministro Dr. Eduardo Martínez Calandria.

#### **CONSIDERANDO:**

1) El Tribunal integrado por unanimidad irá a la confirmatoria del fallo apelado, por lo que se dirá.

Se trata en autos de la solicitud de Restitución Internacional del niño JJ, nacido en el Reino de España, el 6 de noviembre de 2010, hijo habido fuera de matrimonio de sus padres, nacido de madre uruguaya y padre español, según ilustra el testimonio de acta de nacimiento glosada en fs. 28.

El niño arribó a Montevideo, proveniente del País Vasco, Reino de España, en el mes de mayo de 2014, en compañía de su madre y hermano de simple vínculo LLZZ de 11 años.

Como lo expresa la sentencia de Primer Grado, resulta incontrovertido que el traslado de JJ al Uruguay, se produce en forma inconsulta respecto del padre. Que madre y padre convivían con el niño ejerciendo la guarda material en forma conjunta. Que el Estado de su formación, de su residencia habitual, por tanto su centro habitual de vida, se encontraba en España hasta el momento de su traslado al Uruguay.

Ello admitido, efectivamente, se está ante un traslado ilícito, de acuerdo con las previsiones de los arts. 3 de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 y 1° de la Ley N° 18.895.

Ya que, se verifica que el Derecho Civil español Estado de residencia habitual -arts. 1° inciso 3° de la Ley y art. 3° inciso final del Convenio de La Haya de 1980- confiere la guarda como atributo de la Patria Potestad -comprensiva del derecho a decidir el lugar de residencia del niño- a ambos progenitores, para el ejercicio en forma conjunta, ya sea se trate de hijos matrimoniales como no matrimoniales, debiendo en caso de desacuerdo en el ejercicio decidirse por el Juez (arts. 108 y 154 a 159 del Código Civil Español).

Por consiguiente y en virtud de estas normas citadas más los arts. 5° y 6° de la Ley 18.895 se desprende, que como lo decide la sentencia impugnada, corresponde a las partes en este proceso efectivamente la titularidad activa y pasiva respectivamente, en el conflicto por la restitución de JJ.

Naturalmente, este punto de la decisión de Primera Instancia no ha sido objeto de recurrencia, pero es necesario partir de estas afirmaciones, a fin de obtener una comprensión cabal de la decisión que se irá a adoptar en el presente Grado.

En efecto, el principio de la pronta y expedita restitución del niño al Estado de su formación, ha no sólo inspirado la Ley uruguaya N° 18.895 de aplicación del Convenio de La Haya de 1980. Es su eje fundamental, y en tal mérito la citada norma, basada en dos aspectos de ese principio: la certeza inicial del derecho del Niño a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos salvo exigencias de su interés superior consagrado en el art. 9 de la Convención Sobre los Derechos del Niño de Nueva York, 1989 y el carácter cautelar y de urgencia del proceso, adopta un proceso monitorio, sumario. En tal virtud el primer auto que dicta el Magistrado lo constituye precisamente el mandamiento de restitución. Destinado a ser confirmado por la no oposición de Defensas admisibles por parte del sustractor, o bien por la Sentencia Definitiva una vez opuestas las mismas, o de lo contrario desvirtuado si éstas prosperan. Ese es el principio.

En base a este principio, sin entrar en consideraciones sobre el asunto de fondo de la guarda que puede subyacer detrás, como lo indica la Ley en su art. 2°, queda excluido el conocimiento y la decisión referentes al punto, que resulta privativa del Juez del Estado requirente, bajo el entendido de ser este Magistrado el que mejor puede proteger el interés superior del niño involucrado.

II) Según la Profesora Elisa Pérez Vera en su informe explicativo del Convenio de La Haya de 1980, si bien la Convención sobre los Derechos del Niño no existía al momento de la aprobación de la Convención sobre Restitución de Niños, sino que fue aprobada casi 10 años después, la noción de Interés Superior del Niño ha estado presente en sus disposiciones y su influencia atraviesa toda la Convención. Esta tiene un nexo innegable con el paradigma de la protección integral del niño consagrado después en el instrumento de Derechos Humanos que venimos de referir: la Convención sobre los Derechos del Niño adoptado en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (NU). Así, ha dicho la Magistrada: “Por los motivos invocados, entre otros, la parte dispositiva del Convenio no contiene referencia explícita alguna al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos de forma ilícita. No obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan. Todo lo

contrario, ya en el preámbulo, los Estados firmantes declaran estar "profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia": justamente, esa convicción les ha llevado a elaborar el Convenio, "deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos". Esos dos párrafos del preámbulo reflejan de forma bastante clara cuál ha sido la filosofía del Convenio al respecto, una filosofía que se podría definir de la forma siguiente: la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona. En este sentido, conviene recordar la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa cuyo primer principio general señala que "los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios".

Como ha dicho Miguel Cillero Buñol, la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) Nueva York, 1989, es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, que se ha desarrollado durante todo el siglo XX. Proveniente de los sistemas jurídicos nacionales, de cuño anglosajón y de sistema codificado, la noción de interés del niño, ha ido evolucionando. Desde considerarlos fuera del ámbito público, hasta el reconocimiento de un interés que debía ser pública y jurídicamente protegido. A partir de la Convención, los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos. En su actual estado de desarrollo, la construcción jurídica de los derechos del niño, el principio del Interés Superior, debe ser interpretado en este nuevo contexto. Así, debe serlo como un **"principio garantista"**. Es decir, la Convención recoge principios fundamentales, el de no discriminación, el de efectividad, autonomía y participación y protección. Estos principios son proposiciones que describen derechos. Derechos que **permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos**. El principio del Interés Superior, se impone a las autoridades. No es que las "inspire", sino que las obliga (rt. 3º). Los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Por eso el Principio del Interés Superior es una garantía, un vínculo normativo idóneo para asegurar efectividad a los derechos subjetivos. El Interés Superior del Niño **es la plena satisfacción de sus derechos**. El contenido del principio, son los propios derechos. Interés y derechos, en este caso se identifican. El principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. En contraposición al Juez buen padre de familia, modelo en la doctrina tutelar y de la situación irregular, ahora el principio recuerda al Juez que la autoridad no construye las soluciones de la nada, sino en estricta sujeción a los derechos de los niños, sancionados legalmente. Cumple a la vez una función de carácter interpretativo y la función de dirimir conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. Ya sea entre derechos de varios sujetos, **o entre derechos de un mismo niño**. Ejemplo el art. 9 de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos.(Cfm., aut. Cit., documentos para la discusión en XI Curso de Especialización sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño, UNICEF, Bogotá Colombia, 2008).

III) Por tal motivo, frente al principio general rector de referencia supra en Considerando N° I, se yergue en la estructura de la Convención de 1980, así como en la de la ley uruguaya, otro pilar fundamental, cual es, los la protección de otros derechos que se consideran prioritarios, derechos inherentes a su condición de ser humano y niño.



Así el art. 13 inciso primero literal b de la Convención del 80 establece que la solicitud podrá ser rechazada, si –entre otras hipótesis- se demuestra que “existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico, o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. Cuya excepción admite asimismo la ley local del Uruguay, en su art. 16 literal C que establece que se podrá rechazar la solicitud de restitución: “Cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

La raigambre de esta excepción se encuentra por tanto en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, así como en el necesario tratamiento especial de los derechos del niño, atento a su vulnerabilidad

En este sentido, se expresa precisamente en el preámbulo de la Convención Sobre los Derechos del Niño. Así, se dice en el citado apartado el preámbulo de la CDN: “Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna por motivos de raza, color sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índoles, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. ...Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la asamblea general el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales(en particular en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. Teniendo presente que como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.”

Esto es, los miembros de la familia, nacidos intrínsecamente iguales entre sí, requieren una protección especial a fin de preservar precisamente el principio que todas las constituciones y pactos internacionales de Derechos Humanos consagran: el principio de igualdad, cuando, su estado de vulnerabilidad –desigualdad- indica que el tratamiento igualitario, sea en la ley como en el proceso, redundaría en una solución desigual.

Esta es, a juicio de la Sal integrada, la clave para la correcta aplicación de la excepción de grave riesgo enunciada en el art. 13 l b de la Convención, esto es evitando el uso abusivo y en la otra cara de la moneda, la denegatoria a priori por la incompletitud de la prueba que muchas veces resulta de la propia previsión procedimental, con el acotado margen de seis semanas de duración impuesto por la propia norma convencional internacional. Así como también clave debe considerarse la noción de la Convención de “situación intolerable”, consagrada en su art. 13 l b”.

En efecto ha de verse en la propia existencia de la excepción, un reconocimiento de la incidencia creciente de relaciones intrafamiliares violentas, una de las hipótesis de grave riesgo, más frecuentemente invocadas en todos los países, sea del sistema del “common law” como de Derecho Civil. Que se ha multiplicado hasta límites insospechados en el presente estado de la cuestión. Planteando el problema de la primacía del derecho a ser restituído, alma del Convenio, en aparente contraposición con la alegación de una situación de riesgo basada en la violencia intrafamiliar. Particularmente por las dificultades inherentes a su prueba.

Una interpretación inadecuada de estos preceptos, puede colocar a los jueces llamados a conocer, en la disyuntiva de una incursión en el fondo del conflicto parental, con el consiguiente desconocimiento del espíritu del Convenio, o bien en el otro extremo, ante una denegatoria cuasi de plano, por la ausencia de prueba por parte del sustractor, de cuya carga se pretende la evidencia, de la situación en el país de origen.

A juicio de la Sala integrada, una vez comprobados los extremos legales, la legitimación activa y pasiva, el ejercicio efectivo de la guarda por el padre dejado atrás, la residencia habitual del niño, etc., más el hecho de la sustracción, procede la restitución y toda la carga de la alegación y prueba de los hechos impeditivos de la misma, recae sobre el sustractor.

Para evaluar la admisibilidad de la excepción de grave riesgo que nos ocupa, puesto que las excepciones previstas en el Convenio han de ser consideradas en forma absolutamente restrictiva, el punto de vista desde el que se aprecia el riesgo, es decir la forma en que se aborda el riesgo, ha de ser la más exigente.

Se trata no solamente de considerar si de retornar al Estado de su residencia habitual el niño estaría expuesto a una situación intolerable, sino de establecer si, aún acreditado el riesgo, puede éste ser conjurado por la existencia de mecanismos y/o medidas de protección específicas que se encuentran al alcance en el conglomerado social al que pertenece, se ofrecen por el requirente, o se disponen por la autoridad jurisdiccional.

Aquí el concepto de “medidas de protección efectivas” es decisivo.

Ahora bien; una vez que la excepción de grave riesgo alegada y ésta adquiere, por virtud de un rápido diagnóstico pericial, o bien la aplicación de protocolos especiales, y/u otra prueba sumaria del género aportada por el padre sustractor, visos de certeza, el balance entre los diversos derechos involucrados cambia. Y una trasposición de la carga de la prueba se opera, para alivianar la del sustractor, a la hora de evaluar las pruebas acompañadas acerca del riesgo y la posibilidad efectiva de conjurarlo, en aras de la correcta actuación del principio Constitucional y legal Internacional, de igualdad.

Y es posible fallar aun cuando la prueba pueda no ser completa como la que se requeriría en un juicio en que las dos partes están en igualdad de condiciones. Ello debido no sólo a la condición de vulnerabilidad del niño, niña o adolescente involucrados sino además, de la víctima de violencia directa, a saber la madre agente de la sustracción, cuando, por la edad del niño ella es la cuidadora primaria.

Este orden de consideraciones resultan asimismo del todo compatibles con la supra referida, naturaleza cautelar de la restitución.

IV) Ello establecido, los agravios del apelante no resultan de recibo en autos.

En primer lugar, agravia al apelante que la sentencia se haya basado en una prueba singular (la pericia técnico forense, porque expresa adoptar la solución resistida, “aún sin considerar la prueba testimonial ofrecida por la parte demandada” a la que entiende alcanzan los motivos de sospecha establecidos en el art. 158 del CGP.

La Sala arriba a la decisión confirmatoria discrepando con esta apreciación de la prueba efectuada por el Sr. Juez a quo.

Los testigos examinados en autos, son como surge del acta de audiencia correspondiente de fs. 100 y siguientes, un hermano de la demandada y dos primos. Por lo demás, se recibió al niño de autos en sala por el Sr. Magistrado a quo, negándose el pequeño a responder a la entrevista personal de precepto. A esta prueba se suma naturalmente el informe de la Sra. Perito Psicóloga Forense. Se practicó un informe social acerca de las condiciones actuales de vida.

Por lo demás, se agregaron documentos acreditantes de la puesta en conocimiento de las autoridades correspondientes, Policía, Juzgado y Ministerio de Desarrollo Social, por parte de la madre aquí demandada, de su situación, en forma previa al juicio de restitución, e inmediatamente posterior a su arribo al país. Todo lo cual da cuenta del contexto.

Se agravia el recurrente de que no se haya considerado la prueba testimonial, porque según expresa ello daría razón a su parte; de las declaraciones del primer y último testigo se desprenden contradicciones, el Sr. ZZ es hermano de la parte demandada y de la declaración del segundo testigo se desprende la falsedad de los hechos que pretende probar la Sra. ZZ.

La prueba de testigos, en que se basa este agravio, como se dijo no resulta descartable por motivos de sospecha para el Tribunal. Ni siquiera en el caso del familiar más directo que declara, el Sr. ZZ, hermano. Asimismo en el caso de los primos. Su relación a partir de que todos los declarantes regresaron del País Vasco, ciudad de Ondarroa, donde la pareja y niño de autos tuvieron su residencia común, no fue de intimidad y la coincidencia y frescura en los relatos no autorizan a inferir sospecha que disminuya su fe, en ningún caso (art. 158 del CGP). Como surge del informe social agregado, si bien en el mismo predio habitan hermanos cuñados y sobrinos en viviendas independientes, tratándose de la familia de la actora, no son concretamente los declarantes quienes le han prestado apoyo para cuidar a su hijo mientras ella trabaja, por ejemplo, sino otros familiares el fs. 121.

Tampoco se encuentran las contradicciones entre los testimonios de que habla la recurrencia.

El Sr. YYZZ es hermano menor de la actora, tiene en la actualidad 28 años, vivió con su hermana durante tres años y medio en el hogar común de la pareja, indocumentado regresó a Uruguay antes del nacimiento de JJ. Relató dando buena razón de sus dichos, episodios de violencia de parte del accionante hacia su concubina, empujones, insultos, amenazas, muchas, en que incluso tuvo que intervenir, de las que asimismo era testigo LL, el hijo de la Sra. ZZ y que provocaron algún intercambio de palabras con el declarante. No darle dinero para la casa,

no dejarla salir, etc. Consume cocaína y tenía un local donde consumía y está ligado al grupo terrorista ETA hablaban de ello le llegó a contar que tuvo oportunidades para poner bombas. A su entender su hermana no denunciaba por temor, le pidió que no contara y comenzó a ser reticente una vez que el declarante volvió al Uruguay. La actitud de la actora era de sumisión. Sin embargo también tenía (su cuñado) cosas buenas lo admito, dijo, pero LL al que le prohibía muchas cosas, podía quedar castigado todo el día con la luz apagada. El no hizo nada por respeto a su hermana y porque era un pibe. (fs. 101 a 105).

R.R.S.M, de 51 años, casado, primo de la actora, vivió con su familia en Ondarroa, hasta tres meses antes de la declaración, y desde el año 2001. Después del regreso de ella de España no han tenido mucho contacto porque viven en distintos lugares. Declaró que se trata de un pueblo donde todo el mundo se conoce, de unos 10.000 habitantes, había otros familiares y uruguayos con quienes se reunían. El Sr. XX no participaba sólo venía a buscarla a ella. Sabía por los propios compañeros del mismo que trabajaban con el testigo, que era una persona de cuidado, siempre le decían: “tené cuidado, porque si se da vuelta”. Presenció situaciones estando en el bar con su prima, gritos, y él le ofreció su ayuda en más de una oportunidad: “mirá que si éste se pone salado hablo con él” y que ésta rechazó: “...y ella me decía que no me metiera”. Que fumaba porro seguro pero algo más también porque tenía las pupilas super dilatadas, y estaba medio nervioso. Fueron el testigo y su señora oyentes de confidencias de la Sra. ZZ, prohibiciones que su esposo le imponía y si no “atenerse a las consecuencias”. Además de haberla encontrado llorando en la calle. Le hacía pensar que era prepotente y que frente a ellos disimulaba y en su casa era otra persona. Gestos y miradas que no son comunes en una pareja, iba al cumpleaños de los niños a la casa de la pareja, pero normalmente el Sr. XX no se encontraba o estaba durmiendo. Preguntado si la Sra. hubiera podido denunciar la situación de violencia, dijo sí en la Comisaría de ahí, el tema es que es un pueblo muy chico y si ella iba se enteraba todo el pueblo, y por un lado sí, pero por otro lado, solo uno sabe lo que se vive dentro de cuatro paredes con una persona. Con el niño era bien, de repente le compraba cosas caras, debiendo la luz y el agua. Con respecto a esas miradas y gestos cuál era la actitud de la Sra., dijo el testigo que ella resentía el control que él ejercía “así no se puede vivir” pero hacía caso de lo que le decía, le llamaba y ella agarraba a los niños y se iba enseguida. La Sra. Trabajó como empleada en varios en bares y después, antes de venirse haciendo limpiezas. No tiene dudas de que si la Sra. Volviera correría peligro. Es un tipo agresivo que cambia, sería peor que antes (fs. 105 a 109).

R.E.M.M, de 32 años, prima de la Sra. ZZ, peluquera, vivió en el pueblo en forma contemporánea a la pareja, hasta el año 2012 en que regresó por problemas económicos. Dijo frecuentar a la actora, tenían un grupo de amigos. La Sra. siempre trabajó, a veces en trabajos ocasionales, no tenía buenos ingresos. La pareja de la Sra. Sr. XX tenía buenos ingresos pero “malos vicios”. Ella no tenía certeza de lo que éste ganaba. La Sra. vivió en casa de la testigo cuando ambos fueron corridos por sus suegros, estando ella embarazada de JJde siete meses. El problema venía por él, que no aportaba a la casa de sus padres, porque se drogaba mucho. Vivían con los suegros por no poder afrontar un alquiler. Tiene la certeza de que existía una situación de violencia, porque la veía con bufandas en pleno verano y de lentes negros. El concubino le prohibía hablar en Castellano, la agarraba del brazo, a los niños les prohibía hablar en Castellano, los hacía callar muchas veces a los dos. Ella lo vio drogarse. La Sra. ZZ le llegó a comentar algo de la situación de violencia pero era reticente por miedo. Tenía mucho

temor por el tema del terrorismo y todo eso. Las cosas se ven y se vive en un pueblo que todo se ve y se sabe. Incluso él desapareció y ella no tenía dinero ni para comer. La Sra. le decía a la testigo que no podían hablar mucho por teléfono por miedo a que estuviera pinchado. Le consta que le tenía terror al concubino. Preguntada si tenía posibilidades de denunciar la situación de violencia, dijo “posibilidad sí, pero no sé hasta dónde hubiera tenido suerte ella, es un pueblo con ideales políticos muy fuertes.” Estuvo viviendo con la testigo por dos meses y medio, después se alquiló un departamento pequeño, después les dieron una casa de protección que dormían en el suelo, llegó la testigo a verlos. Perdió contacto con la Sra. por tres días y ella temblaba de que no hizo nada y hubiera vuelto con el Sr. XX. No sabe que éste haya estado preso, sólo que cuando cayeron sus amigos estuvo escondido un tiempo y en esa ocasión ella ayudó económicamente a su prima. Su prima correría riesgo de regresar por su integridad física y el niño por una educación errada e ideales políticos agresivos y forzados. La actitud de la Sra. ZZ era respecto del Sr. XX sumisa y vulnerable. Vino al Uruguay porque hay un punto en que decís no doy más. Volvió sin nada y aún teniendo una vivienda precaria, está armando una nueva vida. Tienen ducha y cama caliente, donde cocinar y un ambiente normal. Los niños están mejor, más expresivos, hablan más (fs. 109 a 11).

El pequeño JJ, de tres años en el momento de la entrevista personal con el Magistrado “se niega a declarar” por lo que ambas partes solicitan se prescindan de las declaraciones tanto del niño de autos como de su hermano LL y a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 19 de la Ley N° 18.895, se considere la pericia practicada en autos como su opinión (acta a fs. 112).

Ello establecido, la pericia en cuestión otro de los motivos de agravio del apelante, se impugna en forma tardía e inadmisiblemente a juicio del Tribunal. Por lo demás, de acuerdo a las conclusiones a las que arriba la Sra. perito, la misma viene a completar y resulta compatible con el contexto probatorio que forman la documentación acompañada, los testimonios y la manifestación de voluntad del niño vertidos en audiencia, que vienen de examinarse.

Naturalmente se trata de una pericia urgente y realizada en condiciones especiales en el sentido de contarse con una sola de las partes, lo que no obsta a que haya sido practicada con todas las garantías y bajo los estándares requeridos para toda pericia forense, debiendo confirmarse la sentencia en cuanto no encontró motivos de apartamiento de sus conclusiones.

Puede resumirse en apretada síntesis que la Perito interviniente registró el hallazgo de indicios de situaciones de violencia vividas por los niños y el adulto periciados:

En el caso de JJ, resulta llamativo que no incluye a la figura paterna en las actividades propuestas (discurso, entrevistas de juego, gráficos). La madre relata haber sido testigo del niño de la violencia del Sr. XX: mala madre, perra, no servís para nada, etc.. Una vez le contesté, tiró un zapato a mi cabeza quedó en la pared toda la marca del zapato, en otra ocasión él se hallaba durmiendo y porque no le hacían silencio se levantó a romper los juguetes, JJ se escondió bajo la mesa.

La Sra. ZZ relata haber sido obligada por su ex pareja a expresarse solamente en vascuence “eusquera vervai!” le decía siempre. Siempre fue agresivo pero estaba enamorada y no se daba cuenta, quería un hijo con él. A los pocos meses de nacido el niño le agarró del cuello en el baño y casi la mata, embarazada la arrastró por el pasillo cuando le decía que se quería ir, fue

echada de su hogar por el padre de su hijo y en varias ocasiones ella y LL hicieron las mochilas para emprender una marcha sin rumbo. Con sus necesidades básicas insatisfechas, sin mobiliario, hasta los tres años de Jjestuvieron viviendo con casi nada. Asimismo realiza comentarios positivos, la comida no les faltaba, no era mala persona.

En el caso de LL de 11 años éste expresó de manera espontánea a la Sra. Perito creo que hace tres o cuatro meses que nos vinimos porque el padre de mi hermano maltrataba a mi madre, le pegaba, la empujaba hacia atrás, le tiraba cosas, que todo comenzó cuando YY su tío hermano de su madre que vivía con ellos se vino al Uruguay, LL tenía entonces cinco años. Sentía odio por el Sr. XX, le daba tres minutos para comer, su madre le decía “aguantá...” Gran monto de agresividad en sus expresiones gráficas. Desarrolló crisis de asma y tics, siendo tratado por psicóloga y fonoaudióloga en España, tendientes a la relajación muscular de la zona del cuello, la madre expresa “como que le dolía la cara al salirle las palabras.” Durante la entrevista realiza movimientos con el cuello aparentan ser involuntarios. Tenía pánico al XX, no respeto. LL pobrecito, llevaba todos los palos, no hagas ruido, no hables castellano. LL ha retomado el contacto en Uruguay con su familia paterna, con buena revinculación.

Para terminar concluyendo: “Conductas que serían compatibles con indicadores de violencia intrafamiliar, según la bibliografía científica internacional referida a la temática. Los contenidos surgidos del presente proceso pericial remiten a las circunstancias experimentadas por dichos niños en la época en que residieron en España, en el contexto intrafamiliar junto al Sr. XX. Tal ambiente familiar habría estado cargado de elementos de violencia ambiental y emocional con respecto a los niños nombrados. Lo antedicho se vio favorecido dada las características de personalidad (fallas en el sistema defensivo, dependencia afectiva, desborde emocional, tendencia a la sumisión, dificultades en la puesta de límites, sistema de ideas machista entre otras) de la Sra. ZZ, así como la falta de redes sociales y familiares de dicha Sra. en España.” (fs 96 a 99).

El presente no es un juicio de guarda, el cual cualquiera de las partes podrá iniciar posteriormente. Sin embargo y atento a la protección que los Estados signatarios de la Convención sobre los Derechos del Niño y de los Convenios de La Haya de protección de Menores deben a todo niño sujeto a su jurisdicción en tanto se sustancia la restitución es correcto apuntar que: debe decirse que los abuelos paternos de JJ comparecieron en autos, denunciando el domicilio de la Sra. ZZ y sus hijos y la situación sanitaria actual de JJ, a fs. 35. La cual fue relevada mediante el informe social ordenado en autos de referencia supra, resultando: “... cuidado y bien integrado al grupo de convivencia, participa de la vida social y familiar del hogar de los B.F(primos de la Sra. ZZ que viven en el mismo predio, quienes lo cuidan mientras su madre trabaja). Por su parte ZZ da cumplimiento a los controles médicos, es responsable por sus cuidados y afectuosa...” (fs. 122).

V) Frente a todo este contexto, corresponde evaluar la actividad procesal del requirente. Surge de autos, que una vez opuesta la excepción de grave riesgo, no controvertió las afirmaciones de la proponente, limitándose a establecer que la misma carece de prueba de sus dichos y que nunca realizó la denuncia en España, así claramente surge del escrito de contestación fs. 86 y siguientes. Tampoco ofreció alguna contraprueba de tales afirmaciones contrarias (fs. 87 vuelto, 88).

En este punto resulta importante destacar que en autos, el sistema querido la Ley 18.895 funcionó adecuadamente en cuanto en el propio escrito surge que una vez designada la Sra. Defensora de Oficio al requirente, ésta estuvo en contacto con el abogado español del Sr. XX, quien le informó respecto de la situación de su cliente (fs. 86 vuelto). Por lo tanto, el padre de JJ contó en forma efectiva con la garantía de la Defensa adecuada en juicio, y el acceso al expediente.

Del mismo modo, resulta fundamental, volver a la proposición del Considerando III de esta decisión, porque dado el contexto que viene de examinarse, por los fundamentos que supra se expusieron, el “onus” de la debida contradicción y prueba grava al requirente.

Tampoco ofreció éste los medios para el pretense retorno del niño al reino de España, ni las garantías necesarias para la familia (relocación, servicio de alimentos) durante dilucidación en aquél país de la cuestión de la guarda, que por otra parte, hasta ahora no surge que haya reclamado para sí.

VI) El riesgo alegado existe pues y de las emergencias de autos surge asimismo que por una parte el riesgo o la amenaza sobre el niño, lo es de una situación intolerable, de sufrir un daño de una entidad mayor que el desarraigo de su centro habitual de vida. Y por otra parte, que éste, no puede ser conjurado mediante la protección que puede ofrecer el sistema legal y las redes comunitarias o sociales.

Surgiendo que la Sra. ZZ quedó sola, en el sentido de que los parientes que tenía en España han retornado antes que ella, al menos aquellos con quienes tenía contacto y que la ayudaron económicamente, como el caso de la Sra. R.E.M.M.. Que la permanencia de éstos en España no resultó suficiente para su protección y la de su hijo, dado que por sus características de personalidad, temor, características de la localidad, nunca permitió que intervinieran, no realizó la denuncia ante las autoridades, ni -por las mismas razones, aunado a la falta de medios económicos- tampoco se separó de su concubino dentro de la localidad.

Por eso no puede ser de recibo el agravio del recurrente que expresa que la madre de su hijo nunca hizo la denuncia pese a contar con familiares y los medios para ello, a saber la Comisaría del pueblo como dijo el testigo R.R.S.M.. Debe distinguirse entre los medios de protección que objetivamente se ofrecen en casi todas las comunidades, de lo que significa el acceso real y efectivo a los medios de protección adecuados. En el presente caso la madre del niño cuya restitución se solicita, no tuvo acceso efectivo. Y dada la corta edad de JJ, ella es su cuidadora primaria, procediendo confirmar la denegatoria.

VII) No se encuentra mérito para la imposición de especiales sanciones procesales en el Grado presente.

Por los fundamentos expuestos, normas legales citadas y lo que disponen los arts. 241 a 261 del CGP, el Tribunal,

**FALLA:**

CONFÍRMASE LA SENTENCIA APELADA, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL EN EL GRADO. DEVUÉLVASE A LA SEDE DE ORIGEN.

