

Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. Turno.

Montevideo, 19 de febrero de 2016.

**VISTOS:**

Para sentencia Definitiva de Segunda Instancia estos autos caratulados: **“G., G. – RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE 16 AÑOS”, Nº de Expediente 0002-019994/2015**, venidos a conocimiento de este Tribunal en mérito al recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia Nº 217 dictada el día 18 de diciembre de 2015 por la Sra. Jueza Letrada de Familia de 1er. Turno, Dra. María Rosa Silva Rivero.

**RESULTANDO:**

I) Que por la recurrida se dispuso: *“Déjase sin efecto el auto Nº 2347/2015 de fecha 22 de mayo de 2015 ( de fs 73/74), no haciendo lugar a la Restitución Internacional del menor R. a la República Argentina.”*

II) A fojas 314/325 la Sra. Defensora de G. interpone recurso de apelación contra la definitiva de autos, manifestando en síntesis que están dados todos los presupuestos exigidos por la ley para hacer lugar a la restitución, a saber: 1) legitimación activa y pasiva, 2) traslado ilícito, 3) la residencia habitual en el Estado requirente, 4) solicitud presentada en plazo, 4) excepciones: toda la cuestión para la denegatoria de la restitución se circunscribe al análisis de las excepciones. La madre dice trasladarse a Uruguay porque en argentina no tenía trabajo y que la restitución resultaría perjudicial para el niño por su situación económica, que su retorno a Argentina no es viable. Se presenta, para lograr la pronta restitución, escritura Pública de la vivienda de la bisabuela paterna con la expresa declaración de la misma de asumir el compromiso de destinar el inmueble para que sea ocupado por la madre y el niño; documentación avalada por Autoridad Central Argentina, no obstante ello la requerida entiende que no están dadas todas las garantías para ocupar la vivienda y no acepta el ofrecimiento. La vivienda está ubicada en el mismo barrio residencial donde vivían antes de trasladarse ambos a una vivienda de alquiler que pagaba la abuela paterna.

Surge del expediente que el niño no sufrió ni va a sufrir daño alguno como consecuencia del retorno al país de residencia habitual, requisito ineludible para que no prospere la restitución. Las excepciones no encuadran en lo estipulado por el art 15 Ley 18.895 en consecuencia debió resolverse la restitución inmediata, debiéndose aplicar el art 16 inciso c) in fine Ley 18.895. La demandada ni mencionó que la restitución exponga al niño a un peligro físico psíquico o lo ponga en una situación intolerable. Los argumentos del traslado y de la retención aluden exclusivamente a temas económicos.

La prueba fue evaluada parcialmente. No se consideró la prueba documental que recibió y adjunto el Dr. D., enviada por la Autoridad Central Argentina consistente en un informe socio - habitacional del domicilio del requirente, entrevista con los miembros del núcleo familiar, informe de las ocupaciones laborales de cada miembro y del actor y de los ingresos de cada uno. Respecto de la

prueba testimonial, las declaraciones de los testigos propuestos por la demandada no son tenidos en cuenta porque no aportan nada de la situación del niño en Argentina, pero sí esclarecen la situación e que vive en Uruguay. R. no tiene cobertura médica, no concurre a ningún centro recreativo ni de educación inicial, convive con una persona que no conocía, la hermana de la demandada declaró no conocer al niño hasta que llegó a Uruguay y que no veía a su hermana desde hace 10 años, a pesar de que ésta viajaba todos los años a Uruguay pero el niño quedaba a cargo de su padre.

Del informe del Instituto Médico Forense surge que R. siente afecto por ambos padres tornándose más agresivo e infantil con su madre en la búsqueda de su afecto y que pudo reencontrarse con su padre en forma adecuada. La relación del padre con su hijo nunca acarrió al niño dalo de índole alguna.

Respecto a la contestación de las excepciones y alegatos, se remite a lo expresado en dichos escritos de fojas 131/145 y la prueba aportada por el compareciente y la Autoridad Central Nacional, donde se desmienten cada uno de los argumentos expuestos en el excepcionamiento. El traslado y permanencia del niño en nuestro país es ilícito conforme lo previsto en el Convenio de La Haya sobre sustracción Internacional de Menores de dieciséis años, ratificado en nuestro país por la Ley 17.109 y lo estipulado en la Ley 18.895 además de que la demandada sabía que el niño había sido reconocido por su padre, quien ejerce la patria potestad y tiene legitimidad para la petición restitutoria.

La residencia habitual de R. es en Argentina, nació y vivió en forma ininterrumpida en dicho país, en una vivienda alquilada por la abuela paterna a pocos metros del hogar paterno y resto de los familiares. Hoy su centro de vida sigue siendo Argentina. Aquí el niño vive con personas desconocidas, sin actividades recreativas, sin centro escolar.

En la recurrida no se apreciaron debidamente todos los elementos probatorios, documentos, testimonios, pericias, declaración del niño. Se desplazó la protección por los derechos del niño priorizando los derechos de la madre. La sentenciante entiende que el niño sería expuesto a una situación intolerable, riesgo grave porque dada su edad no debe ser separado de su madre, pero nadie planteó la separación, el actor quiere que el niño retorne con su madre.

Otra situación de riesgo devendría de que eventualmente la madre cometiera un hecho delictivo, supuestamente el padre la denunciara, y que además cayera una pena privativa de libertad; lo que implicaría que el niño sería separado de su madre y quedaría al exclusivo cuidado de su padre. Ese no es el riesgo a que se refiere la ley, no se puede denegar la restitución por la posibilidad que la madre cometa un delito y sea privada de libertad. También podría delinquir en Uruguay, ser procesada y separada de su hijo. Incluso existiendo las excepciones del art 15, el Tribunal tampoco podrá denegar la restitución pero implementando medidas de protección al niño después de la restitución, art 22 de la Ley 18895.

No se respeta el derecho del niño a no ser separado de su familia biológica y el derecho de vivir en familia. No se considera perjudicial para R. ser privado por decisión unilateral de la madre al contacto con su padre y familiares paternos con quien mantiene fuertes lazos afectivos desde su nacimiento, para vivir en Uruguay con desconocidos. Solicita que se revoque la recurrida.

III) A fojas 329/336, la Sra. L. evacua el traslado conferido abogando por la confirmatoria de la recurrida. Manifiesta en síntesis que: no existió traslado ilícito; así lo manifestó el Ministerio Público en su dictamen efectuado en audiencia de fecha 17/12/2015. Puede

entenderse que en un principio y desde un punto de vista meramente formal, el traslado pueda considerarse ilícito debido dado que fue realizado sin el consentimiento del padre del niño, pero considerándose las circunstancias particulares y especiales en que se dio el traslado, claramente se llega a la conclusión de que le mismo carece de ilicitud en virtud de que la compareciente ignoraba el reconocimiento efectuado por el padre pocos días antes del viaje y que el mismo no alcanzó para que el padre se encontrara en ejercicio efectivo de los derechos, deberes y responsabilidades inherentes a la patria potestad. En el caso nos encontramos frente a un padre que después de que el niño tiene 3 años de edad, reconoce a su hijo pero durante toda la vida del niño no ejerció las responsabilidades parentales inherentes a la patria potestad, no es lógico que el mero hecho del reconocimiento otorgue todos los derechos. Antes del reconocimiento el padre mantenía un vínculo inestable, débil, caracterizado por la irresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad, supo la existencia de su hijo desde antes de su nacimiento, nunca la madre le negó la posibilidad de relacionamiento, ni la posibilidad de reconocerlo judicialmente, pero él nunca se preocupó por cumplir con sus responsabilidades paternas, entre ellas la primera, otorgarle su verdadera identidad y filiación procediendo a su reconocimiento. Asimismo jamás colaboró económicamente con el niño, no se ocupó de su cuidado, alimentación, educación, salud. Existió vínculo afectivo entre padre e hijo pero no vínculo paterno-filial, gran diferencia, ejercer la responsabilidad paternal es algo diferente a ver al niño cuando se quiere, supone acciones positivas por parte del padre que van más allá que vincularse efectivamente y que pueden y deben realizarse viviendo los padre juntos o separados.

En el caso, el Sr. G. fue un adulto, solo padre biológico del niño hasta el X/11/2014, que mantenía una relación inestable de afecto con R., pero que no ejercía aún de hecho responsabilidades parentales, antes ni después de su reconocimiento.

El art 15 de la Ley 18895 establece las excepciones a la restitución internacional y en su literal a) refiere al caso. El padre no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que R. viajó con la compareciente de Argentina a Uruguay, reconocer al niño 20 días antes del viaje no supone ejercer el derecho de custodia que en este caso otorga la patria potestad. Puede tener dicho derecho por el reconocimiento pero no ejercerlo de modo efectivo, que es lo que la Ley prevé como excepción. Además debe tenerse presente que dicho reconocimiento era desconocido por la madre, desconocimiento que no fue controvertido por el padre y quedó acreditado.

Para que exista un traslado ilícito es imprescindible que quien efectúe el traslado tenga conocimiento de las circunstancias en que lo realiza, de manera que el consentimiento de su acto no esté de manera alguna viciado, en este caso por error.

Se fundamenta la oposición a la restitución también en la excepción del literal b del art 15 de la Ley 18.895 que es el grave riesgo. Se acreditó que durante toda su vida el Sr. G. tuvo una vida inestable, falta de trabajo, cambios de domicilios, distanciamientos durante periodos de tiempo en los que ni su madre ni la compareciente sabían dónde se encontraba, padeció problemas de adicción que requirieron varias internacionales. De hacerse lugar a la restitución, sólo puede lograrse una restitución segura si es conjuntamente con su madre, siendo la única que hasta la fecha se ha hecho cargo del niño. Si no se garantiza que la madre pueda volver a Argentina en condiciones de poder litigar la tenencia de su hijo se estaría colocando en una posición de riesgo al niño, no resultando un argumento suficiente el hecho de que allí existan Defensorías Públicas que le puedan brindar asistencia letrada. Debe tener en primer lugar una vivienda, trabajo, pensión

alimenticia digna, a fin de no litigar pero en situación de calle. La propuesta que realizó el contrario respecto de una solución habitacional para la compareciente y su hijo en Argentina resulto vaga, imprecisa y nada segura, no garantizada por los propietarios de la misma; tampoco acreditó situación laboral que permitiera asegurar una pensión alimenticia. Debe tenerse en cuenta que desde el 14/9/2015 al 14/12/2015 su única colaboración para con su hijo fueron U\$S 70 y solo lo vio una vez además de las veces que lo vio en las audiencias. La actitud del Sr. G. desde que se inició este proceso judicial fue la misma, no ha ejercido en forma sus responsabilidades parentales, no se ha empoderado de su rol de padre, no ha demostrado ejercer de modo efectivo la patria potestad. También puede configurarse una situación grave si la compareciente fuese procesada en virtud de una denuncia penal que pueda haber presentado o presente el Sr. G por sustracción de menores, ya que en Argentina a diferencia de nuestro país esta conducta es tipificada como delito. La compareciente fue sobreseída en una causa abierta por el contrario por el delito de prohibición de contacto en la República Argentina.

Este proceso se regula por el Convenio de la Haya ratificado por nuestro país por la Ley 17109 y reglamentado por la Ley 18895. El objeto del referido Convenio es evitar la sustracción internacional de menores de 16 años efectuada por uno de los progenitores sin el consentimiento del otro en ejercicio de la patria potestad.

En el escrito de recurso de apelación se realizar ciertas aseveraciones totalmente falsas, que más allá de no formar parte del objeto del proceso corresponde desmentir, como el hecho de que durante la vida de R. la compareciente ha venido en reiteradas oportunidades a Uruguay y siempre lo hizo con su hijo, nunca quedó el niño a cargo del padre, en una o dos oportunidades quedo en Argentina pero no a su cargo; no es cierto que la compareciente ejerza la prostitución ni que ello fuera constatado por el Ministerio del interior, no es cierto que se encuentre desempleada, trabaja con su tío y ha rechazado entrevistas laborales mejores por carecer de documentación ya que se encuentra la misma retenida en el juzgado, lo cual también acontece con la asistencia de salud del niño, a la que no puede acceder porque la documentación está en poder del juzgado.

Solicita que se mantenga en todos sus términos la recurrida.

IV) A fojas 338/341, la Defensora Publica designada al niño evacua el traslado conferido. Manifiesta que las consideraciones de la recurrida que se impugnan recogen los fundamentos sobre los que la sentenciante elabora sus valoraciones respecto al cumplimiento de los extremos de orden jurídico que encuadran en el marco de la Ley Nº 18895, las excepciones esgrimidas, las pruebas aportadas y a través de la aplicación del derecho y el razonamiento jurisdiccional la llevan a negar la restitución requerida.

El escrito en traslado no logra fundamentar los agravios sino que hace un raconto de los elementos del proceso y de las pruebas que se aportaron, propios del contenido de los alegatos pero no de expresión de agravios.

La recurrida se aboca al análisis de la excepción del art 15 literal b de la Ley Nº 18895 que en el caso se configura por la situación intolerable en la que se expondría al niño a volver al lugar donde era su residencia habitual y ser su madre procesada por la causa aun en curso que le fuera promovida por el Sr. G., produciéndose un alejamiento de la misma y el consiguiente daño psíquico y emocional al niño. Toma en cuenta a dichos efectos los resultados del informe pericial que no fueron controvertidos oportunamente o impugnados en los términos del art 183 de la Ley Nº 15982, por lo que tiene validez sus resultados. Los ofrecimientos realizados por el requirente no

fueron suficientes como para acreditar las posibilidades de brindar vivienda a la madre y al niño, prestación de alimentos, a los efectos de una restitución segura, principalmente en relación a la suspensión del proceso que inició y que pone en riesgo la libertad de la madre del niño.

Los argumentos que despliega el recurrente no demuestran agravios que configuren una errónea valoración de los elementos probatorios.

El ejercicio de la custodia del hijo exige que la misma sea ejercida de modo efectivo. El contenido de tal derecho no puede ser entendido como un derecho de los padres sino en función del interés de los hijos, por ende no puede considerarse abstracto, la titularidad de tal derecho implica responsabilidades de conducción, educación, salud de los hijos, que a la luz de las pruebas de autos, no ejercía el requirente.

La valoración de la sentenciante en cuanto concluye que no existió traslado ilícito aun cuando deviniera luego una retención ilícita parten del hecho irrefutable de que el requirente reconoció a su hijo unos días antes del traslado a nuestro país, lo que formalmente atribuyó legalmente la custodia del padre al hijo pero no desplegó los derechos que la misma conlleva en cuanto al efectivo ejercicio de la titularidad de los derechos que garanticen el interés superior del niño como si los ejercía efectivamente su madre cuya titularidad ostentara al momento de realizar el traslado, teniendo en cuenta además que la misma está dispuesta como lo demostró, a mantener el contacto del niño con su padre acordando visitas.

Solicita que se confirme la recurrida.

V) Por auto 148/2016 de fecha 5 de febrero de 2016 se franquea la alzada para ante esta Sala con efecto suspensivo y con las formalidades de estilo.

VI) El expediente es recibido por el Tribunal el 16 de febrero de 2016 se dispuso el pase a estudio de los Sres. Ministros quienes efectuaron el estudio en forma conjunta y se resolvió el dictado de decisión anticipada (art. 200 numeral 1° del CGP).

#### **CONSIDERANDO:**

I) El Tribunal por unanimidad de sus miembros naturales irá a la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar de recibo los agravios esgrimidos por el padre requirente.

En primer lugar, cabe consignar que las consideraciones efectuadas por la sentenciante a fs. 110 vuelto-111, pretensa justificación de la ausencia de fundamentación propia de la sentencia, remitiéndose a las resultancias de hechos y conclusión a la que arriba la Defensa de la parte gananciosa, no tienen cabida en un pronunciamiento judicial. Y, debiendo ser desechadas, la inficionan de nulidad como acto jurídico de decisión.

Conspirando contra el debido cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado Uruguayo como miembro de los Tratados Internacionales que rigen la materia de autos, en especial el supra nombrado Convenio de La Haya, lo que habrá de merecer la correspondiente observación al tribunal a quo.

II) Ingresando al fondo de lo debatido, se trata en autos de la solicitud de Restitución Internacional del niño R., nacido el X de 2011, en la Ciudad de Buenos Aires, República Argentina. Hijo natural de L. y de G., quien lo reconoció ante la Delegación del Registro de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires, el 13 de noviembre de 2014, documentación obrante de fs. fs. 19 a 21.

El niño fue trasladado al Uruguay por su madre, el 5 de diciembre de 2014, como surge de la constancia de la Dirección Nacional de Migraciones de la República Argentina glosada a fs. 66 de los presentes autos.

De dicho documento surge que el nombre denunciado del niño ante el control migratorio es "X", tal como

surge de la partida original de nacimiento antes del reconocimiento paterno, fs. 20, la que se utilizó para el traslado.

El 13 de mayo de 2015, la Autoridad Central Argentina para la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, libra a su par de Uruguay la correspondiente solicitud de restitución internacional respecto del niño de autos, peticionada por el padre, con fundamentos en la citada Convención (fs. 4).

En el relato de las circunstancias del traslado que se incluyen en el formulario de solicitud, el peticionante expresó que luego de iniciado un proceso de alimentos en su contra por la madre del niño, se asesoró ante la autoridad encargada de la mediación; puesto que deseando reconocer a su hijo no tenía acceso a sus papeles. Que habiendo procedido al reconocimiento, cuando la madre se enteró, le llamó por teléfono. Su hijo estaba en casa del reclamante cenando (era el 4 de diciembre de 2014) y le pide que se lo lleve pues al otro día se tenían que levantar temprano.

Así lo hace el padre y al día siguiente la niñera le informa que había viajado a Uruguay con su madre. Realizadas averiguaciones, supo que había cruzado por X radicando la denuncia (fs. 12).

III) En el proceso judicial, la madre se opone a la restitución de su hijo a la República Argentina.

La residencia habitual del pequeño en aquél país, desde su nacimiento hasta la fecha del traslado a Uruguay, no es objeto de controversia.

Tampoco el hecho de que el padre ha reconocido válidamente en su país de origen a su hijo, antes de dicho traslado.

Las alegaciones de la madre en que funda su resistencia a la providencia inicial que ordena la restitución del niño, radican en que: una vez en Uruguay con su hijo, toma conocimiento a través de estas actuaciones de que su padre lo había reconocido 20 días antes.

Hacía tiempo que quería radicarse en Uruguay, estaba sola con su hijo en Argentina, no recibía apoyo económico para su crianza, quedó sin trabajo. En Uruguay tiene familiares. Su tío Sr. F. le dio empleo y le facilitó el alquiler de una casa. G. no ejercía su paternidad en forma responsable, su propia personalidad y su adicción a las drogas no se lo permitía. Desconocía que el padre ejerciera también la Patria Potestad y actuó en consecuencia trasladándose con su hijo. Para ejercer la Patria Potestad y ejercerla en los hechos, ambos padres deben estar en conocimiento de ello. En los hechos el Sr. G. no la ejercía por el propio desconocimiento de su parte. Por ello se configura la causal del literal a del artículo 15 de la Ley N° 19.985. Excepción prevista en la Ley art. 15 literal b, grave riesgo, como sigue: El padre es un adicto crónico, así como también posee antecedentes penales, ha estado privado de libertad por robo a mano armada. Ha iniciado tratamientos que nunca ha mantenido, nunca logró dejar de consumir. Su madre le tramitó un carnet de discapacitado para poder asistirse en tratamiento en su obra social. Uno de los lugares de tratamiento es en X, Ciudad de Buenos Aires. No trabaja, vive con su madre y demás familiares, en una vivienda muy pequeña, cuando desaparece la madre o ella misma deben buscarlo en una villa, encontrándolo en penosas condiciones. Ello hizo imposible la convivencia de ambos. Sin perjuicio, nunca se opuso al relacionamiento de R. con su padre y la familia paterna. No se opone a que se establezca un adecuado régimen que permita al padre vincularse en forma segura con su hijo. Pero lo que torna riesgosa la restitución es que su parte no tiene posibilidades materiales reales de volver a la Argentina. No se trata sólo del costo del pasaje sino de que ya está instalada en Uruguay, con una vivienda y trabajo. Si va a la Argentina, debe obtener trabajo para mantener a su hijo y dilucidar allí la tenencia de su hijo, así como la radicación en Uruguay. Se quedó sin trabajo y dejó la vivienda porque no podía pagar el alquiler, que de hecho la garantía era la abuela paterna de R., cabe destacar que es la única ayuda que recibió de ella. Es frente a esta situación de imposibilidad material de poder volver a vivir en la Argentina, que reintegrar a R. sería totalmente riesgoso, dado que supondría que pase a residir con su padre con las características y problemática ya referidas. A esto hay que agregar que G. manifestó realizar instancia penal por la

sustracción por lo que corre serio riesgo de ingresar a Argentina y ser detenida. Funda su derecho en los arts. 13 literales a y b del Convenio de La Haya de 1980 y 15 literales a y b de la Ley N° 18.895 (escrito de oposición de excepciones, fs. 121-124).

Resultan de aplicación en la especie, el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 aprobado por la Ley N° 17.109 del 21 de mayo de 1999 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada por la Ley N° 17.335 de fecha 17 de mayo de 2001, que vincula ambos países involucrados, Uruguay estado requerido y Argentina Estado requirente.

Ante la existencia de tratado, la Ley nacional uruguaya N° 18.895 rige el ámbito procedimental, quedando el caso regulado en los aspectos de fondo por la normativa Internacional de referencia.

IV) De acuerdo con las previsiones del art. 3 de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 “El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.”

En el mismo sentido dispone el art. 4 de la Convención Interamericana, “Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, 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.”

El Derecho Civil de país de origen, Código Civil de la República Argentina, establece al respecto y se transcribe:

“art. 264. La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Su ejercicio corresponde:

1°. En el caso de los hijos matrimoniales, a los cónyuges conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el artículo 264 quáter, o cuando mediare expresa oposición. *(Inciso sustituido por art. 7° de la [Ley N° 26.618](#) B.O. 22/7/2010).*

2° En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación. *(Inciso sustituido por art. 2° de la [Ley N° 23.515](#) B.O. 12/6/1987.)*

3° En caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio, al otro.

4° En el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por uno solo de los padres, a aquel que lo hubiere reconocido.

5° En el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren y en caso contrario, a aquél que tenga la guarda otorgada en forma convencional o judicial, o reconocida mediante información sumaria.

6° A quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido.

*(Artículo sustituido por art. 3° de la [Ley N° 23.264](#) B.O. 23/10/1985.)*

Art. 264 bis. Cuando ambos padres sean incapaces o estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio los hijos menores quedarán sujetos a tutela. Si los padres de un hijo extramatrimonial fuesen menores no emancipados, se preferirá a quien ejerza la patria potestad sobre aquél de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, subsistiendo en tal caso esa tutela aun cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad.

*(Artículo sancionado por art. 3° de la [Ley N° 23.264](#) B.O. 23/10/1985.)*

Art. 264 ter. En caso de desacuerdo entre los padres, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministerio Pupilar. El juez podrá, aun de oficio, requerir toda la información que considere necesaria, y oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriere cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder de DOS (2) años.

*(Artículo sustituido por art. 8° de la [Ley N° 26.618](#) B.O. 22/7/2010).*

Art. 264 quater. En los casos de los incisos 1°, 2°, y 5° del artículo 264, se requerirá el consentimiento expreso de ambos padres para los siguientes actos:

1° Autorizar al hijo para contraer matrimonio.

2° *(Inciso derogado por art. 2° de la [Ley N° 26.579](#) B.O. 22/12/2009)*

3° Autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad.

4° Autorizarlo para salir de la República.

5° Autorizarlo para estar en juicio.

6° Disponer de los bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial.

7° Ejercer actos de administración de los bienes de los hijos, salvo que uno de los padres delegue la administración conforme lo previsto en el artículo 294.

En todos estos casos si uno de los padres no diere su consentimiento o mediara imposibilidad para prestarlo, resolverá el juez lo que convenga al interés familiar.

*(Artículo sancionado por art. 3° de la [Ley N° 23.264](#) B.O. 23/10/1985.)"*

Finanzas de la República Argentina). Norma vigente a la fecha del traslado ilícito del niño, efectuado el 5 de diciembre de 2014, posteriormente modificado por la Sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Ley N° 26.994 promulgado por Decreto 1795/2014, en vigencia desde mayo del año 2015.

V) Ello admitido, efectivamente, se está ante un traslado ilícito, desde que no existe controversia sobre la residencia habitual, ni sobre el traslado inconsulto a un país limítrofe, ni sobre la Patria Potestad que involucra el derecho de custodia comprensivo del de decidir el lugar de residencia del hijo que ostenta el padre.

El cual es un concepto jurídico, independiente de cuestiones de hecho atinentes al escaso tiempo del goce del derecho o la simple imposibilidad debido precisamente al traslado, realizado como en el caso de la especie, 20 días después del reconocimiento.

Por lo demás, 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.

Véase que en su informe explicativo del Convenio de La Hay del 80, la profesora Pérez Vera expresa en su comentario al artículo tercero:

“El segundo elemento que caracteriza las relaciones protegidas por el Convenio es que el derecho de custodia, presuntamente violado por el traslado, sea ejercido de forma efectiva por su titular. En efecto, puesto que se ha elegido un enfoque del tema que se aleja del puro y simple reconocimiento internacional de los derechos de custodia atribuidos a los padres, el Convenio ha hecho hincapié en la protección del derecho de los menores al respeto de su equilibrio vital, es decir del derecho de los menores a no ver alteradas las condiciones afectivas, sociales, etc. que rodean su vida, a menos que existan argumentos jurídicos que garanticen la estabilidad de la nueva situación. Este enfoque se refleja en la limitación del ámbito de aplicación del Convenio a los derechos de custodia efectivamente ejercidos. Además, esta concepción está justificada en el marco de las relaciones internacionales por un argumento adicional conectado con el hecho de que, en este contexto, es relativamente frecuente que existan resoluciones contradictorias poco aptas para servir de base a la protección de la estabilidad de la vida de un menor.

En realidad, esta concepción ha sido escasamente cuestionada. No obstante, se presentaron varias propuestas con vistas a suprimir del artículo 3 cualquier referencia al ejercicio efectivo de la custodia debido a que, de esa forma, se imponía al demandante la carga de la prueba sobre un punto que, a veces, será difícil de establecer. La situación parecía aun más complicada si se tenía en cuenta que el artículo 13, dedicado a las excepciones posibles a la obligación de devolver al niño, exige, esta vez del "secuestrador", la prueba de que la persona desposeída no ejercía efectivamente la custodia que ahora reclama. Ahora bien, es precisamente la comparación de ambas disposiciones la que permite poner claramente de manifiesto la verdadera naturaleza del requisito previsto en el artículo 3. En efecto, este requisito, al delimitar el ámbito de aplicación del Convenio, sólo exige al demandante una primera evidencia de que ejercía realmente el cuidado sobre la persona del menor; en general, esta circunstancia debe resultar bastante fácil de probar. Por lo demás, el carácter no formal de esta exigencia resulta del artículo 8 cuando, entre los datos que deben constar en la demanda presentada ante las Autoridades centrales, se indica simplemente en el apartado c "los motivos sobre los que se basa el demandante para reclamar la restitución del menor". En cambio, el artículo 13 del Convenio (12 del anteproyecto) nos coloca ante una verdadera carga de la prueba a cargo del "secuestrador": en efecto, es él quien debe probar, para evitar el retorno del menor, que el titular del derecho de custodia no lo ejercía efectivamente. Así pues, cabe llegar a la conclusión de que el conjunto del Convenio está basado en la presunción no explícita de que la persona que está al cuidado del menor ejerce efectivamente su custodia; dicha idea deberá ser destruida, en virtud de la inversión de la carga de la prueba que es propia de toda presunción, por el "secuestrador", si quiere evitar que el menor sea devuelto. No obstante, el Convenio incluye expresamente en su ámbito de aplicación la situación que se plantea cuando la custodia no ha podido hacerse efectiva debido precisamente al traslado del menor; en este sentido se manifiesta el último inciso de la letra b del artículo 3. En teoría, la idea subyacente concuerda perfectamente con el espíritu del Convenio; en consecuencia, sólo desde un punto de vista práctico, cabría preguntarse si tal adición era necesaria. Desde esta perspectiva, los supuestos que tal precisión trata de cubrir se refieren a dos situaciones posibles, de las que una entraría claramente dentro del ámbito de aplicación del Convenio mientras que la otra, a falta de la norma en cuestión, exigiría probablemente una interpretación excesivamente forzada de las disposiciones convencionales. Se trata, por una parte, de los casos planteados cuando una primera resolución respecto a la custodia no puede hacerse

efectiva por el traslado del menor; ahora bien, en la medida en que dicha resolución siga, dentro de un plazo razonable, a la ruptura de la vida familiar común, se puede considerar que el titular de la custodia, la había ejercido previamente y, por consiguiente, la situación descrita cumpliría todos los requisitos que delimitan el ámbito de aplicación del Convenio. Por el contrario, en el caso de una resolución relativa a la custodia dictada por los tribunales de la residencia habitual del menor que modifique una resolución anterior, cuya aplicación haya resultado imposible debido a la acción del secuestrador, puede suceder que el nuevo titular de la custodia no la haya ejercido en un plazo dilatado: las dificultades que se plantearían en semejantes situaciones, y tal vez en otras no recogidas en estas líneas, para invocar el Convenio, son obvias. En conclusión, aun cuando cabe esperar que el recurso a esta disposición no sea frecuente, hay que reconocer que su inclusión en el Convenio puede resultar útil.”

VI) En autos, de las propias alegaciones de la madre en su oposición al retorno de su hijo al país de residencia, así como en la prueba allegada a la causa surge que la hipótesis está comprendida dentro de la previsión del convenio de acuerdo a cuanto viene de reseñarse.

Las partes obtuvieron una prórroga de los plazos legales del procedimiento, suspendiendo éstos la sede a quo por 90 días. Durante ese lapso se previeron visitas y se diligenció prueba. La propia madre expresa que nunca obstaculizó el contacto con el padre o su familia. De sus propios dichos asimismo como viene de transcribirse supra en el Considerando anterior, surge el involucramiento de la familia paterna en el tratamiento de la adicción del padre así como en la vivienda que la abuela, madre del Sr. G. proporcionaba a la madre y su hijo antes de la sustracción.

De la prueba acompañada merced a la actuación de las Autoridades Centrales de ambos países, agregadas por la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional del Uruguay en fs. 195 a 230, surge ello corroborado. Asimismo el apego del niño a su padre emerge del material fotográfico acompañado al contestar el traslado de las excepciones y del informe pericial realizado por la Sra. P. del Instituto Técnico Forense, Psicóloga A., fs. 184 a 186. Por lo que dicho elemento esgrimido del no ejercicio efectivo del derecho de custodia, corresponde sea descartado. Y a su respecto se acogerá el agravio del apelante.

VI) En cuanto dice relación con el otro argumento de la madre que radica en la existencia de grave riesgo en la restitución del niño a la República Argentina, merece ser descartado también, acogiéndose el agravio del requirente.

En efecto, el principio de la pronta y expedita restitución del niño al Estado de su formación, es el eje fundamental del Convenio de La Haya de 1980. 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, hacen que en el aspecto procesal la ley interna de Uruguay adopte 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.

En base a este principio, sin entrar en consideraciones sobre el asunto de fondo de la guarda que puede subyacer detrás, como lo indica el Convenio del 80 en su art. 2º, 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.

Según la Profesora Elisa Pérez Vera en su ya citado 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".

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.

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 Sala, la clave para la correcta aplicación de la excepción de grave riesgo enunciada en el art. 13 l b de la Convención, a fin de evitar 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 situaciones como por ejemplo y entre otras, 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 sin embargo 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.

Aún en los casos en que estos extremos fácticos son efectivamente invocados, 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 impositivos de la misma, recae sobre el sustractor.

Para evaluar la admisibilidad de la excepción de grave riesgo, 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.

En autos, la existencia de alguna situación que pueda ser calificada de intolerable no ha sido siquiera alegada.

Los motivos económicos (ha conseguido trabajo y casa en Uruguay), o de otra índole (teme las consecuencias jurídicas de la sustracción, el padre no adhiere a los tratamientos), que la madre expresa en el acto de proposición de la primera instancia, esto es en la oposición de excepciones, son aquellos que precisamente la Profesora Pérez Vera en su informe explicativo descarta.

El interés superior del Niño, concepto en general no delimitado, en el ámbito del Convenio del 80 tiene un contenido específico: el derecho a no ser sustraído o retenido ilícitamente.

Por consiguiente, quedan excluidas interpretaciones del principio, que en nombre de aquel interés, lo extraigan del ámbito de la jurisdicción del Juez del Estado de su formación, de su residencia habitual; Juez que para el Convenio, es el que mejor podrá proteger su verdadero interés superior.

Es en ello que han convenido los Estados partes de la Convención. Debiendo honrarse la relación de confianza que subyace en la base del acuerdo y debe presidir la ejecución de las normas convencionales internacionales, al abrigo del Principio "Pacta Sunt Servanda".

La carencia de trabajo actual de la madre en el país de origen derechamente no puede ser esgrimida como riesgo en las notas de grave o intolerable con que la Convención califica el mismo.

Y la situación de la madre en lo atinente a algún proceso en su contra, carece de la nota de actual, que ni siquiera se alega y queda asimismo descartada como habilitante de la excepción, o aún de la adopción de medidas a los efectos de un retorno seguro del niño, en virtud de la prueba presentada acerca del sobreseimiento de los cargos presentados con motivo de la sustracción, que obra a fs. 180-181.

El padre está en tratamiento de su adicción. La familia es continente y espera el retorno del niño con su madre, descartándose la separación del pequeño de su progenitora, como surge del informe socioambiental de fs. 251-253.

VIII) 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:**

REVÓCASE LA SENTENCIA APELADA, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL EN EL GRADO. EN SU MÉRITO, DECLÁRASE LA VIGENCIA DEL MANDAMIENTO DE RESTITUCIÓN INICIAL CONTENIDO EN EL AUTO N° 2347/2015, A TODOS SUS EFECTOS. DEVUÉLVASE A LA SEDE DE ORIGEN, CON LA OBSERVACIÓN FORMULADA EN EL CONSIDERANDO PRIMERO DE LA PRESENTE DECISIÓN.

Dra. María Lilian Bendahan.

Ministra.

Dra. María del Carmen Díaz Sierra.  
Ministra.

Dr. Gerardo Peduzzi Duhau.  
Ministro.

Dra. Susana Kadahdjian.  
Secretaria.