

JUICIO: "A. G. O. S/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL".-----

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: _ CIENTO CUARENTA Y CUATRO

En la ciudad de San Lorenzo, República del Paraguay, a los Veinte y seis días del mes de Diciembre del año dos mil diez y seis, estando reunidas en la Sala de Acuerdos del Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Circunscripción Judicial del Departamento Central integrado por las **Magistradas MARÍA EUGENIA GIMÉNEZ DE ALLEN, SONIA LEONOR DELEÓN FRANCO DE NICORA Y KAREM GONZÁLEZ ACUÑA**, bajo la presidencia de la primera de las nombradas y ante mí, el Autorizante, se trajo a acuerdo el expediente caratulado: **"A. G. O. S/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL"**, a fin de resolver los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra la **S.D. N° 586 de fecha 11 de Octubre de 2016**, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Segundo Turno de la ciudad de Capiatá.-----

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y
v o t a r l a s
siguientes.-----

C U E S T I O N E S:

Es nula la sentencia recurrida?

En su caso ¿Se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación **Magistradas María Eugenia Giménez de Allen, Karem González Acuña y Sonia Leonor Deleón Franco de Nicora**.-----

En la sentencia recurrida, el juzgado resolvió: *"HACER LUGAR, al pedido de RESTITUCION INTERNACIONAL del niño A. G. O., hijo de la Sra. M. E. O. L. y el Sr. F: N. G. , de nacionalidad Brasileira, nacido en fecha 01 de junio de 2014, a su país de residencia habitual la República Federativa del Brasil... LIBRAR oficio a la Autoridad Central de la República del Paraguay Secretaría de la Niñez y la Adolescencia, a los efectos de su conocimiento y pertinente comunicación a la Autoridad Central de la República Federativa del Brasil, con el objeto de dar cumplimiento al art. 07 de la Ley N° 928/96, que ratifica la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores... EXPEDIR*

copia autenticada de la presente resolución a las partes por secretaría... ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia". (Sic).-----

EXPRESION DE AGRAVIOS DE LA RECURRENTE:

Contra la referida resolución, se agravia la demandada, fundamentando los recursos interpuestos en los términos del escrito obrante a fs. 98 al 100 de autos, que en su parte sustancial expresan: *"...Que, vengo, por medio de este escrito a Interponer RECURSO DE APELACION Y NULIDAD, contra la S.D. N° 586 de fecha 11 de octubre de 2016. En los términos del Art. 180 del Cód. De la N y A., por las consideraciones de hechos y derechos que paso a exponer a VVEE., y ofreciendo desde ya como pruebas al Juzgado todas las manifestaciones esgrimidas en el exordio del presente escrito y mas las Instrumentales que han solicitado sean agregados como pruebas y lo hago de la siguiente forma... FUNDAR RECURSOS... Que, la SEÑORA M. E. O. L., se ha presentado por ante el Juzgado del Menor de la Ciudad de Capiatá, a fin de contestar el traslado de la demanda de RESTITUCIÓN DE MENOR, promovida por la Sria. Nacional de la Niñez y Adolescencia, como Autoridad para la aplicación del Convenio de la Haya sobre Restitución de Menor... En la presente contestación de esta demanda de Restitución, se ha ofrecido pruebas y se ha solicitado su diligenciamiento, la cual el Juzgado, violando expresas disposiciones de la Ley, RESOLVIO directamente dictar SENTENCIA, sin ni siquiera tener el mas mínimo conocimiento del Art. 174 del C. de la Niñez y Adolescencia; específicamente la parte donde menciona: "...si no llegase a una Conciliación, las partes ofrecerán sus pruebas en la misma, y el Juez, podrá: (Declarar la Cuestión de Puro Derecho; b) Abrir la Causa a Prueba...", el Juez, también desconociendo lo que dispone el ART. 170 del C. de la Niñez y Adolescencia; ni ha declarado la cuestión de puro derecho y tampoco abrió la causa a prueba. Con estas violaciones de preceptos legales, el Juez, se ha adecuado a la ignorancia supina de la Ley, atento a que ha violado la defensa en juicio; al violarse la defensa en juicio, todas las actuaciones hacen Nula de Nulidad Absoluta. El requisito establecido por el Art. 170 y 174 del C. de la N y A; nombrado es de cumplimiento obligatorio, atento a que las normas procesales son de orden Público y las partes no pueden darse otro procedimiento distinto a lo establecido... Declarar la cuestión de Puro Derecho esta resolución debe ser notificada a las partes, a fin de aceptarla o cuestionarla, atento a que, si se declara la cuestión de puro de derecho, es porque las pruebas solo se han ofrecido en las constancias de autos y si se ha ofrecido pruebas que necesitan ser diligenciadas y el Juzgado ha declarado la cuestión de puro derecho, esta debe ser notificada a fin de que la parte perjudicada, puede tener la*

JUICIO: "A. G. O. S/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL".-----

Oportunidad de Apelar o Consentirlo... El A-QUO, en el momento de dictar la Sentencia, no ha tenido en cuenta el Dictamen N° 154 de fecha 07 de octubre de 2016, de la Defensora de la Niñez y Adolescencia entre otras cosas donde la misma dice: "No hacer lugar al pedido de restitución internacional conforme a los análisis realizados anteriormente como interés superior del niño asegurando así la protección del niño, como lo establece el Art. 54 de la C.N. y el cuidado necesario para el bienestar de A. teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres como medida adecuada al juicio incoado, de conformidad al Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y todas las disposiciones mencionadas anteriormente"... Por las cuestiones enunciadas, al Saltar una Etapa Procesal, sin haberla diligenciado o dado cumplimiento, la Sentencia es Nula de Nulidad Absoluta, la que solicito sea declarada de esta forma, por VV. EE., por ser de Orden Público... En cuanto a la demanda y comparando con las directrices Internacionales, se tiene que, el Art. 1º de la Ley 928/96, en su párrafo ultimo expresa: "... o que hubieren sido trasladado legalmente, hubieren sido retenido ilegalmente...", ese enunciado jamás ha violado la madre del Menor A. G. O., en razón de que la misma es Paraguaya y no se halla unida en matrimonio con el Actor de esta demanda, por tanto el hijo de la demandada, por una interpretación Lógica, se halla legalmente en el Paraguay, y si el progenitor desea tenerlo, no debió haberlo promovido una RESTITUCION DE MENOR, si no solo el derecho de VISITA, atento a que una persona soltera, puede permanecer en cualquier País donde se le antoje en compañía de su hijo Menor, la que al ser soltera no ha violado ningún precepto Legal y así solicito sea Revocada la presente SENTENCIA traída de los pelos... En otro orden de idea la presente demanda se ha iniciado violando todas las disposiciones establecidas en la Ley 928/96, específicamente en los ARTICULOS 6, 8 y 9, en la cual Ordena los siguientes: ART. 8: Los titulares del Procedimiento de Restitución podrán ejercitarlo conforme a lo dispuesto en el Art. 6 de la siguiente forma: a) A través de exorto o Carta Rogatoria: La que no se halla agregada a estos autos., b) Mediante Solicitud a la Autoridad Central: tampoco se halla agreda la solicitud a la Autoridad Central, o sea el pedido de la Autoridad del Brasil a la Autoridad de Paraguay ., c) directamente, por la Vía Diplomática o Consular: tampoco se halla acreditado este extremo., por tanto la presente demanda, debe ser desestimada por habersele dado nacimiento sin los procedimientos legales establecidos, la que por ser de orden Público, su Nulidad debe declararse de Oficio... Que, ahondando mas sobre el tema que nos ocupa, tenemos lo que establece el Art. 11 de la Ley 928/96, que dice "...La autoridad Judicial o Administrativa del Estado requerido (Juzgado del Menor de Paraguay), NO ESTARÁ OBLIGADA LA RESTITUCION DEL MENOR, cuando la persona o

la Institución que presentare Oposición (demandada) demuestre: a) que los titulares de la solicitud o demanda de Restitución no ejercían efectivamente su Derecho en el momento del traslado o de la Retención, o hubiere consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención...”, en ese orden de cosas el requirente (padre del menor), ha OTORGADO AUTORIZACION; para que su hijo viajara al exterior según se comprueba con la Instrumental agregada a estos autos, por tanto la Autoridad Judicial no está obligada a ordenar la restitución del menor en estos autos... Que, siempre alegando lo dispuesto por la Ley 928/96, en especial el Art. 25, la que establece: “...la restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido en Instrumentos de carácter Universal y Regional, sobre Derechos Humanos y del Niño: en este caso cabe traer a colación lo que dispone el ARTICULO 54 ultimo párrafo de la Constitución Nacional Paraguaya que dice: “...los derechos del niño en caso de conflicto tienen carácter prevaleciente...”. En el caso que nos ocupa, y en concordancia con el Art. 93 del Código de la Niñez y Adolescencia que obliga a que el niño menor a CINCO años, debe permanecer con la madre, estas normas nombradas tiene carácter prevaleciente sobre dicha Convención, por Imperio de la Ley 983/96, por tanto indefectiblemente, el niño debe permanecer junto a su madre, atento a que: a) la madre es soltera, b) la madre del menor es Paraguaya, c) El Art. 93, 2do pfo de la Niñez, establece que el menor de CINCO años debe permanecer junto a su madre, d) El Art. 54 ultimo pfo. De la Constitucional Nacional, que en caso de conflicto tiene prevalencia el derecho del Menor; en este caso, quedarse con la madre por ser menor a CINCO años., e) La Ley 983/96, es especial el Art. 25, establece que si se opone derechos fundamentales del País obligado, no debe ordenarse la Restitución... Que, por Violación de todas estas normas Procesales de Orden Público, el A-quo, ha dictado SENTENCIA, ordenando la Restitución del Menor, la que a todas luces es una SENTENCIA ARBITRARIA y Violatoria hasta de la misma Constitución Nacional, por tanto, es de derecho solicitar su revocación e n t o d o s s u s t é r m i n o s ... ”.
(Sic).-----

CONTESTACION DE LA EXPRESION DE AGRAVIOS:

Conferido el traslado de rigor a la adversa, la Abg. LILI BEATRIZ MENDEZ DELGADILLO, en representación de la Autoridad Central de la República del Paraguay, expresó en lo medular de su escrito lo siguiente: “...Que la parte demandada se agravia contra la Sentencia Definitiva N° 586 de fecha 11 de octubre de 2016, alegando que la Jueza resolvió dictar sentencia sin aplicar el artículo 174 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Al respecto cabe destacar que las convenciones vigentes no contienen

JUICIO: "A. G. O. S/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL".-----

normas sobre medios probatorios admisibles ni sobre su valoración, y no existiendo aún reglas procedimentales especiales al respecto, el/la juez/a tiene amplias facultades para fijar cuáles son las pruebas que resultarán admitidas y cual será su apreciación, el/la magistrado/a deberá tener en mira en todo momento la brevedad y urgencia del procedimiento, dada su especial naturaleza... La Guía de Buenas Prácticas de la Comisión Permanente de la Haya (Segunda Parte, Medidas de aplicación, acápite 6.5.2.) establece como regla para la apreciación de los extremos atinentes al Convenio de la Haya de 1980, aplicable subsidiariamente, dice que casos excepcionales, debe darse una mayor importancia a las pruebas documentales y a las declaraciones juradas y menos relevancia a las pruebas orales. Esto, para garantizar que los casos sean tratados con celeridad, como lo exigen los Convenios... Que continua afirmando la apelante, que la A-quo, al momento de dictar resolución no tuvo en cuenta el Dictamen N° 154 de fecha 7 de octubre de 20146, que aconseja No hacer lugar al pedido de restitución internacional conforme a los análisis realizados como interés superior del niño, asegurando así la protección del niño, como lo establece el artículo 54 de la Constitución Nacional. En este punto debo mencionar que ningún dictamen es vinculante conforme al artículo 360 del CPC., aplicado por analogía, el/la Juez/a, puede separarse de cualquier dictamen porque disiente del mismo... Que, igualmente hace hincapié la apelante en que no existe traslado ni retención ilegal, teniendo en cuenta que la madre es paraguaya y no se halla unida en matrimonio con el señor F. G., por lo tanto el niño se encuentra legalmente en Paraguay. Al respecto, debo insistir en que el Convenio habla del traslado sin consentimiento o retención ilegal del niño no de la madre, y la misma reconoció en ocasión de llevarse a cabo la audiencia de fecha 6 de octubre del corriente año, que todos estaban viviendo en el Brasil, incluido el niño. La retención ilegal se produce en este caso porque la madre utilizó un permiso que le había firmado el progenitor para trasladarse a Paraguay y que a la fecha de la demanda se encuentra vencido... Que, no se debe perder de vista que el desplazamiento de un niño a un lugar distinto del que tenía su residencia habitual o su retención ilegal altera el comportamiento del status quo del niño y que el sujeto activo de la retención no ha de tener potestad legal para decidir sobre su cambio de residencia, sin importar su nacionalidad... Que, las documentaciones que respaldan el pedido de restitución internacional avalan que A. nació y vivió con sus progenitores en el Brasil, hasta que la madre decidió trasladarlo a Paraguay utilizando un permiso firmado por el progenitor para un viaje anterior, de igual forma dicha autorización se encuentra vencida, con lo cual queda configurado el traslado ilegal... Que, con respecto a los documentos y la solicitud, la misma fue remitida por la Secretaría de Derechos Humanos

de la Presidencia de la República – Autoridad Administrativa Central Brasileira, conforme consta en autos, dando cumplimiento a las disposiciones del Convenio... Que, alega la apelante, que la autoridad judicial o administrativa no está obligada a restituir al niño cuando el titular de la solicitud o demanda de restitución no ejercía su derecho de custodia al momento de trasladarlo o de la retención, o hubiere consentido o prestado su anuencia con posterioridad al traslado o retención. En este caso la apelante reconoce que el padre otorgó la autorización para viajar, pero como menciona la demandada en la audiencia de fecha 6 de octubre, dicha autorización fue para un viaje anterior, luego del cual retornó nuevamente a Brasil con el niño, volviendo a salir de ese país con la misma autorización que a la fecha de la demanda se encontraba vencida, por lo tanto estamos ante la figura de la retención ilegal... Que, en cuanto a lo manifestado por la apelante con respecto a lo dispuesto por el artículo 93 del Código de la Niñez y la Adolescencia que establece que los niños menores de 5 años permanezcan con la madre. Sobre ese punto transcribo textualmente parte del considerando de la resolución apelada: **“LA PRESENTE RESOLUCION QUE HACE LUGAR A LA RESTITUCION INTERNACIONAL DEL NIÑO NO SIGNIFICA LA SEPARACION DEL MISMO DE SU MADRE, QUIEN PUEDE REGRESAR CON EL, EVITANDO ASI CUALQUIER SITUACION TRAUMÁTICA PARA EL NIÑO. LO ÚNICO QUE SE RESUELVE EN LA RESTITUCION INTERNACIONAL ES EL RETORNO DEL NIÑO AL PAÍS DE SU RESIDENCIA HABITUAL, DONDE LOS PADRES PODRAN DEBATIR CUESTIONES DE FONDO RELACIONADAS CON SU HIJO”, con lo cual queda más claro que en ningún momento se pensó en separar al niño de su madre...** Que, mi parte entiende que la A-quo obró conforme a derecho al dictar resolución en el menor plazo posible a los efectos de cumplir con los compromisos internacionales asumidos como Estado parte de la Convención... La brevedad y urgencia de los trámites en esta materia es un presupuesto básico del correcto funcionamiento de los convenios internacionales en vigor, Los procesos prolongados en el tiempo generan un alto grado de incertidumbre para todos los protagonistas y en especial para el niño; y configuran un supuesto de incumplimiento del Estado por la no adopción de las medidas necesarias para la observancia de la finalidad de los Convenios, que en este caso es la restitución, exponiéndose a graves sanciones internacionales... Como podrán observar Excmos. Miembros, en este caso en especial están dadas las premisas para ordenar la restitución internacional inmediata del niño A. G. O. a su país de residencia habitual, es decir al Brasil...”. (Sic).-----

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA PREOPINANTE ABG. MARIA EUGENIA GIMENEZ DE ALLEN DIJO:-----

JUICIO: "A. G. O. S/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL".-----

En cuanto al Recurso de Nulidad interpuesto por la demandada Sra. M. E. O. L., la misma ha expuesto como agravio que la A-quo ha resuelto directamente dictar Sentencia, violando expresas disposiciones de la ley, cuando que su parte ha ofrecido pruebas y ha solicitado su diligenciamiento, sin que las mismas sean tenidas en cuenta por la Juzgadora apartándose de lo dispuesto por el art. 174 del Código de la Niñez y la Adolescencia en el cual se menciona que *"... Si no llegase a una conciliación las partes ofrecerán sus pruebas en la misma y el Juez, podrá: a) Declarar la Cuestión de Puro Derecho; b) Abrir la Causa a Prueba..."*. Asimismo la recurrente expone que la A-quo ha desconocido lo dispuesto en el Art. 170 del C.N. y A., con lo que se ha violado la defensa en juicio y por lo tanto todas las actuaciones hacen Nula de Nulidad Absoluta. Asimismo ha expresado que no se ha tenido en cuenta el Dictamen N° 154 de fecha 07 de Octubre de 2016, obrante a fs. 87/89, emitida por la Defensora de la Niñez y la Adolescencia en el cual se recomienda No hacer lugar a la Restitución Internacional.-----

Asimismo, ha expresado como agravio que hace al recurso de nulidad, que la presente demanda se ha iniciado violando todas las disposiciones establecidas en la Ley 928/96, específicamente en los artículos 6, 8, y9, en los cuales se ordena lo siguiente: Art.8: Los titulares del Procedimiento de Restitución podrán ejercerlo conforme a lo dispuesto por el Art.6, de la siguiente forma: a.) a través de exhorto o carta rogatoria b.) Mediante solicitud a la Autoridad Central, y c.) Directamente, por la vía diplomática o consular. La recurrente ha manifestado que no se ha utilizado ninguna de estas vías, por lo que la presente demanda debe ser desestimada, por habersele dado tramitación sin los procedimientos legales establecidos, las que son de orden público, por lo que debe declararse su nulidad de oficio.-----

Procediendo al análisis de los agravios expuestos precedentemente, resulta importante recordar que actualmente se encuentran vigentes dos tratados internacionales sobre Restitución Internacional de Menores: **El Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**, ratificado por el Paraguay por Ley N° 983/96 y la **Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores**, ratificado por Ley N° 928/96, el cual es el que debe ser aplicado en el presente caso, ya que el Estado requirente de la Restitución Internacional del niño A. G. O., es la República Federativa del Brasil, a

través del órgano competente que es la Secretaria de Derechos Humanos de la
P r e s i d e n c i a d e l a R e p u b l i c a , A u t o r i d a d C e n t r a l
brasileña.-----

En cuanto al agravio, que guarda relación, con la violación del procedimiento establecido en el art. 174 del CNA, en atención a que no se han diligenciado las pruebas ofrecidas por la parte demandada, es menester dejar en claro que dicho procedimiento general previsto en el referido artículo no es aplicable al caso concreto, pues como ya mencionáramos precedentemente, en el caso de análisis es de aplicación la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, la cual establece un procedimiento especial, previsto en los artículos 10, 12, y 13 del citado instrumento internacional. Dichos artículos de forma, fueron contemplados en el procedimiento aplicado por la A quo, quien al dictar la primera providencia que dio inicio al proceso (fs.49), ha aplicado los arts. 10 y 12 de la Convención Interamericana. En efecto, de la lectura de la mencionada providencia, de fecha 21 de setiembre de 2016, surge que la A quo ha aplicado correctamente el procedimiento pertinente, pues desde el inicio mismo del proceso ha adoptado como medida cautelar, la prohibición de salida del país del niño A. G. O., en virtud a lo establecido por el art. 10 in fine del instrumento internacional de aplicación. Del mismo modo, se constata que la A quo ha señalado audiencia para que la Sra. M. E. O. L. presente al niño A. G. O., a los efectos de que el Juzgado tome conocimiento personal del mismo, como también lo dispone el referido artículo 10. Por último, y en aplicación de la normativa contenida en el art. 12 de la Convención, ha dispuesto correr traslado de la presente acción a la adversa, a los efectos de que presente su escrito de oposición en el plazo de 08 días hábiles. Posteriormente, se verifica que en fecha 06 de octubre de 2016 (fs. 85/86) se ha llevado a cabo la audiencia prevista en la providencia citada, donde se consagra que han comparecido la Sra. M. E. O. L., acompañada del niño A. G. O., y el Sr. F. N. G., ocasión en la que ambas partes fueron oídas por la A quo y en la que el progenitor ha solicitado y el Juzgado ha otorgado una medida cautelar de régimen de relacionamiento provisorio entre el niño y su padre, ínterin se sustancie el presente proceso. Seguidamente se constata que el Juzgado corrió vista a la Defensora interviniente, para posteriormente dictar sentencia. El Juzgado tiene la potestad de no admitir las pruebas ofrecidas por la demandada, si considera inconducentes a la solución del litigio, pues la naturaleza urgente del procedimiento así lo indica. En síntesis, soy de opinión que en el presente proceso no se han violentado normas procedimentales que ameritarían la nulidad del mismo, no ha habido violación del derecho a la defensa, pues se ha respetado el proceso sumario previsto en el instrumento internacional, que impone que el mismo debe resolverse en la brevedad

JUICIO: "A. G. O. S/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL".-----

posible, ya que el transcurso del tiempo tiende a consolidar una situación de hecho de origen ilegal. Puede afirmarse que el proceso aplicado por la Juzgadora se ajusta estrictamente al espíritu de las Convenciones en esta materia, que es la de dictar resolución en el menor plazo posible.

Ahora bien, en cuanto a lo expuesto en el segundo punto del agravio de la nulidad, en el cual la recurrente hace referencia a que no se ha tenido en cuenta el Dictamen N° 154 de fecha 07 de octubre de 2016, obrante a fs. 87/89, emitido por la Defensora Publica en los Fueros Civil, Laboral, y de la Niñez y la Adolescencia, es necesario recordar que la opinión vertida por la misma en el dictamen de referencia no tiene fuerza vinculante para el juzgador, por lo que puede apartarse del mismo, sin siquiera tener la obligación de expresar las razones por las cuales adopta una postura distinta a la emitida en el dictamen.-

En cuanto al último agravio expuesto, que hace al recurso de nulidad, y que guarda relación con lo expresado por la recurrente de que no se han utilizado las vías previstas en la Convención Interamericana, para la interposición del pedido restitutorio, es posible concluir en forma contundente que en el presente caso el peticionante Sr. F. N. G., ha utilizado la vía establecida en el art. 8 inc. b) de la Convención Interamericana que prevé que una de las formas en que podrá interponerse el pedido de restitución internacional es mediante solicitud a la Autoridad Central. A dicho efecto, surge de las constancias de autos que el progenitor ha concurrido ante la Autoridad Central Brasileña, que en este caso es la Secretaria de Derechos Humanos de la Presidencia de la Republica, llenando el formulario de rigor correspondiente (fs.4/11) con los datos necesarios para efectuar el pedido de restitución internacional de su hijo A. G. O.. Dicho formulario, con los documentos que se acompañan, fueron remitidos por la Autoridad Central brasileña a su par la Autoridad Central de Paraguay, que es la Dirección de Restitución Internacional, dependiente de la Secretaria de la Niñez y la Adolescencia, quien ha presentado el pedido correspondiente ante el órgano jurisdiccional competente, el Juzgado de la Niñez y Adolescencia del Segundo Turno de Capiatá. Se corrobora pues, que en este punto de agravio, no existe ningún elemento para sostener que ha habido vicios que puedan provocar la nulidad de la resolución impugnada , por lo que corresponde el rechazo del Recurso de Nulidad interpuesto, por su notoria improcedencia. **ES MI VOTO.**-----

En este estado, las Señoras Miembros KAREM GONZALEZ ACUÑA y SONIA LEONOR DELEON FRANCO DE NICORA manifiestan adherirse al voto de la Miembro preopinante por sus mismos fundamentos.-----

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA PREOPINANTE ABG. MARIA EUGENIA GIMENEZ DE ALLEN DIJO:

En cuanto al recurso de apelación incoado, corresponde que el Tribunal de Alzada se introduzca al análisis de cada uno de los agravios expuestos por la recurrente, ya que la misma ha realizado un análisis de los motivos por los cuales considera que la resolución dictada en primera instancia es injusta y por lo tanto debe ser revocada. -----

Primer agravio: La recurrente Sra. M. E. O. L. ha expresado que en el presente caso no se ha producido el traslado o retención ilegal del niño A. G. O. a la República del Paraguay, es decir no se ha verificado el presupuesto establecido en el art. 1 de la Ley 928/96 que ratifica la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, que es el traslado o retención ilícita del niño, razón por la que no es procedente la restitución internacional del mismo por la ausencia de dicho requisito fundamental. Refiere la apelante que el traslado del niño se ha realizado legítimamente, no configurándose tampoco la retención ilegal, en razón a que la madre es paraguaya y no se halla unida en matrimonio con el actor de la demanda, por tanto el hijo de la demandada, por una interpretación lógica, se halla legalmente en el Paraguay, procediendo únicamente el derecho de visita entre padre e hijo, “... atento a que una persona soltera, puede permanecer en cualquier país donde se le antoje en compañía de su hijo menor, la que al ser soltera no ha violado ningún precepto legal...” (sic). Con estos argumentos, la apelante ha solicitado la revocación de la sentencia en revisión. En tal sentido, es fundamental dejar en claro que ni la nacionalidad ni el estado civil de la recurrente son elementos determinantes para concluir si el traslado o la retención del niño ha sido o no ilícito, por lo que desde ya corresponde afirmar que la fundamentación expuesta por la misma resulta absolutamente errada. La nacionalidad paraguaya de la demandada ni su estado civil soltera, son factores que influyen en el caso que nos encontramos analizando. Cabe resaltar que para determinar si el traslado de un niño es o no ilícito se deben analizar otros elementos totalmente distintos, establecidos en el art. 4 de la Convención Interamericana, que textualmente expresa: “*Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando*

JUICIO: "A. G. O. S/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL".-----

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". Conforme a esta preceptiva, es posible concluir que debemos analizar el derecho vigente en el país de residencia habitual del niño a los efectos de conocer si se ha verificado o no un traslado o retención ilícita en este caso concreto. Para ello, debo adelantarme en emitir mi opinión en el sentido, que el Brasil es el país de residencia habitual del niño A. G. O., pues no ha habido discusión sobre ese punto, la demandada no ha negado que el niño nació en el Brasil, fue inscripto en dicho país y permaneció en el mismo durante su corta vida, llegando incluso a ingresar a una institución educativa en el nivel Maternal, conforme documentales agregadas a fs. 29/33 de autos. Asimismo consta en autos que ha recibido las vacunas correspondientes a su edad en un Centro de Salud del Brasil, conforme Registro de Vacunación agregado al Expediente (fs. 33), teniendo incluso el niño un Carnet de seguro de salud emitido en el Brasil (fs.43), además de haber suscripto la madre un Contrato de Locación de un apartamento , en la Ciudad de Sao Bernardo do Campo, SP, Brasil (fs.35/37), pudiendo afirmarse por todos estos elementos, que la República Federativa del Brasil es el país de residencia habitual del niño, donde el mismo tenía su centro de vida. Ahora bien, corresponde en este punto afirmar que para las leyes brasileras, al igual que para las de Paraguay, la patria potestad es ejercida en forma conjunta por ambos progenitores, independientemente a que estos sean casados o no, sean convivientes o no. Ello se desprende del art. 1634 del Código Civil Brasileño, cuya copia con la respectiva traducción al español, ha sido adjuntada por la Autoridad Central de Brasil al remitir el requerimiento de Restitución Internacional del niño A. G. O. (fs.44/45). En consecuencia, el niño solo puede viajar al exterior con la autorización de ambos progenitores y no existiendo dicha autorización el traslado es ilícito. También puede ocurrir que el traslado sea lícito, mediando debida autorización para viajar, pero produciéndose lo que se denomina retención ilícita, cuando el niño no es retornado, una vez vencido el plazo otorgado para el viaje al exterior. Es este último supuesto el que se ha verificado en el caso de autos, pues puede constatarse que la madre tenía la autorización correspondiente del progenitor para viajar con su hijo, constatándose sin embargo que dicha autorización otorgada en San Paulo, en fecha 11 de mayo de 2016 tiene una vigencia válida hasta el 02 de setiembre de este mismo año, todo lo cual surge en forma inequívoca del documento agregado por la parte demandada a fs. 62 de autos. -----

Como **segundo agravio**: la apelante ha manifestado que, conforme al art. 11 de la Ley 928/96, la Autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligado a la Restitución del Menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición, demuestre: a) que los titulares de la solicitud o demanda de Restitución no ejercían efectivamente su Derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubiere consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención. Afirma la recurrente que el padre del menor ha otorgado autorización para

que su hijo viaje al exterior según se comprueba con la instrumental que fuera agregada por la misma, por tanto la autoridad judicial no está obligada a la restitución del niño en este caso. Con relación a este punto, ya hemos expuesto precedentemente y lo repetimos, que la progenitora no ha trasladado ilícitamente al niño A. G. O. a la República del Paraguay, pues lo ha hecho con la autorización correspondiente, conforme al documento respectivo. Sin embargo, la vigencia de esa autorización se encontraba vencida al momento que se ha interpuesto el pedido de restitución internacional ante el órgano judicial competente en la República del Paraguay, por lo que se configura la retención ilícita en el caso de análisis. Ello se desprende claramente de la lectura de la referida Autorización de Viaje Internacional (fs. 62) agregada por la Sra. M. O. L. al presentar su escrito de oposición, donde consta que el permiso es válido hasta el 02/09/2016. Ningún elemento nos conduce a corroborar lo afirmado por la recurrente, de que el padre ha prestado su anuencia para que su hijo permanezca en el Paraguay. El hecho de que haya efectuado el requerimiento de Restitución Internacional del mismo, en base a la Convención internacional respectiva, nos lleva a concluir que no está de acuerdo con la retención de su hijo en el Paraguay. En consecuencia, el agravio no puede ser considerado como procedente ante estos elementos que no arrojan dudas sobre la cuestión puntual, pues se constata que no se ha producido la causal de excepción prevista en el inciso a) del art. 11 de la Convención, citada por la recurrente. -----

Como **tercer agravio**, la recurrente ha alegado que, conforme al art. 25 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, la restitución del niño podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido en instrumentos de carácter universal y regional, trayendo a colación lo dispuesto en el Art. 54 ultimo párrafo de la Constitución Nacional Paraguaya que establece "...los derechos del niño en caso de conflicto tienen carácter prevaleciente..." en concordancia con lo dispuesto en el Art. 93 del C.N. y A que obliga a que el niño menor a 5 años deba permanecer con la madre. Refiere que por aplicación de la norma constitucional antes mencionada, corresponde se revoque la sentencia impugnada, pues es a su criterio una sentencia arbitraria y violatoria hasta de la misma Constitución Nacional. Con referencia a este último agravio expuesto, corresponde afirmar que la sentencia dictada por la A quo no resulta violatoria de ningún principio fundamental del Estado paraguayo. Por el contrario, la resolución en revisión ha aplicado un tratado internacional que se encuentra ratificado por el Paraguay, y que tiene por objeto evitar las consecuencias dañinas que se producen por el traslado o retención ilícitos de niños en el extranjero, modificándose el statu quo de los mismos. Lo previsto por nuestra Carta Magna en su

JUICIO: "A. G. O. S/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL".-----

art. 54 recoge el principio del Interés Superior del Niño, el cual debe ser aplicado en toda cuestión que involucre derechos del niño. En este caso en particular, no se verifica ningún elemento en base al cual se pueda afirmar que el retorno del niño al país de su residencia habitual el Brasil, sea contrario a su interés superior. Cabe hacer notar, que el otorgamiento de la restitución internacional no implica decidir sobre el derecho de custodia o convivencia, cuestión que debe ser debatida en la jurisdicción correspondiente. Por tal motivo, la alegación de que la convivencia del niño menor de cinco años debe ser otorgada preferentemente a la madre, norma prevista en nuestro ordenamiento jurídico, no resulta aplicable en este caso concreto, donde se nos está vedado resolver sobre el derecho de custodia o convivencia. Ello, por directa aplicación del artículo 15 de la Convención, que dispone: "**La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda**". En síntesis, el niño A. G. O. deberá retornar a la República Federativa del Brasil con su madre, siendo en dicho Estado donde se resolverán cuestiones que hacen al derecho de custodia o convivencia, al régimen de relacionamiento, de alimentos, etc., por ser el Estado competente para dirimir tales cuestiones.

En definitiva, tal como sostiene Goicoechea, "... la finalidad es clara en cuanto a que no se procura decidir sobre la cuestión de tenencia que debe ser decidida por los jueces de la residencia habitual del menor; en otras palabras, no se procura discernir cuál es el padre más apto para convivir con el niño, ni implica cambiar la situación que tenía el niño antes del traslado o retención ilícita. Tampoco se busca sancionar al sustractor..." (1).-----

A riesgo de ser repetitivos, resulta importante mencionar cuales son los presupuestos para que proceda la Restitución Internacional de un niño/a de acuerdo a la normativa supranacional que nos rige:

- 1) **Residencia habitual del niño cuya restitución se requiere:** En el _____ caso de _____

(1) GOICOECHEA, Ignacio, "Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores", en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 30. Derecho de Familia, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Marzo – abril de 2005.

análisis se puede constatar que la residencia habitual del niño A. G. O.

es en la República Federativa del Brasil , lo cual ha quedado clarificado con las documentales agregadas al expediente, entre los que se citan: El Certificado de Nacimiento del niño (31/32) donde consta que el mismo nació en Guarulhos, San Paulo, Brasil; el Registro de Vacunación del niño emitido por un Centro de Salud del Brasil (fs. 33) donde constan las vacunas recibidas por el mismo desde su nacimiento; Constancia del Colegio Nova Generacao Junior (fs. 29/30) de donde surge que el niño ha estado inscripto en dicha institución educativa en el grado Maternal al inicio del año 2016; Carnet del Seguro de Salud del niño, expedida en el Brasil en el año 2014, con vigencia hasta Enero de 2016; Contrato de Locación de un apartamento, ubicado en San Bernardo do Campo, Brasil, en el que figura como locadora la Sra. M. E. O. L. (fs. 35/37). Todas estas instrumentales corroboran la residencia habitual del niño, cuestión que además no ha sido cuestionada por la progenitora.-----

2) **Retención ilícita del niño:** Otro requisito que se debe analizar para la procedencia del pedido restitutorio es si existió traslado o retención ilícita del niño/a cuya restitución es solicitada. En ese sentido, con el análisis pormenorizado efectuado precedentemente, se corroboró que en el presente caso no existió traslado ilegal del niño A. G. O., pues la madre Señora M. O. L. viajó con el niño a la República del Paraguay con la documentación pertinente y encontrándose habilitada para ello. Sin embargo, al no regresar al Brasil con el niño, se produce lo que se denomina una retención ilícita, desde el momento que la autorización respectiva tenia fecha de vigencia, encontrándose la misma vencida, como ya lo hemos m e n c i o n a d o a n t e r i o r m e n t e .

3) **La edad del niño:** La edad del niño es otro requisito de importancia, pues tanto la Convención Interamericana como el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores establecen taxativamente que dichos instrumentos dejaran de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años, delimitando el ámbito de aplicación del instrumento internacional hasta la mencionada franja etaria. Al notar que el pequeño A. G. O., tiene actualmente 2 años de edad, resulta inexorable la a p l i c a c i ó n d e l a m e n c i o n a d a normativa.-----

JUICIO: "A. G. O. S/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL".-----

En definitiva, conforme puede corroborarse con el análisis que antecede, se encuentran reunidos los presupuestos para que el niño A. G. O. sea restituido al país de su habitual residencia, cual es el Brasil y no habiéndose acreditado ninguna causal de excepción, corresponde en consecuencia la confirmación de la sentencia recurrida, por ajustarse a estricto derecho. -----

Por último, corresponde expedirme respecto a las costas generadas en esta instancia y en tal sentido, soy del criterio que las mismas deben ser impuestas a la apelante Señora M. E. O. L., de conformidad a lo establecido en el Art. 203 Inc. a) del C.P.C. **ES MI VOTO.**-----

A su turno, las Señoras Miembros KAREM GONZALEZ ACUÑA y SONIA LEONOR DELEON FRANCO DE NICORA manifiestan adherirse al voto de la Miembro preopinante por sus mismos fundamentos.-----

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando las Señoras Miembros integrantes del Tribunal de Apelación, todo por ante mí, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

-----**FIRMADO:**
MARIA EUGENIA GIMENEZ DE ALLEN, KAREM GONZALEZ ACUÑA y SONIA LEONOR DELEON FRANCO DE NICORA. Hugo Agüero (Actuario Judicial)

SENTENCIA N° 144

San Lorenzo, 26 de Diciembre de 2016.

VISTO: Los méritos que instruye el acuerdo que precede y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia del Departamento Central con sede en la ciudad de San Lorenzo:

RESUELVE:

1. **NO HACER LUGAR** al Recurso de Nulidad incoado por la Señora M. E. O. L. contra la Sentencia Definitiva N° 586 de fecha 11 de Octubre de 2016, emanada del Juzgado de la Niñez y la Adolescencia del Segundo Turno de la ciudad de Capiatá, de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.-----

2. **NO HACER LUGAR** al Recurso de Apelación interpuesto por la Señora M. E. O. L., contra la Sentencia Definitiva N° 586 de fecha 11 de Octubre de 2016, emanada del Juzgado de la Niñez y la Adolescencia del Segundo Turno de la ciudad de Capiatá, de conformidad a los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución.-----

3. **CONFIRMAR** la Sentencia Definitiva N° 586, de fecha 11 de Octubre de 2016, emanada del Juzgado de la Niñez y la Adolescencia del Segundo Turno de la ciudad de Capiatá, de conformidad a los fundamentos expuestos en la parte analítica de la presente resolución.-----

4. **IMPONER** las costas en esta instancia a la apelante Señora M. E. O. L., conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.-----

5. **ANOTAR**, registrar, notificar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.-----

FIRMADO: MARIA EUGENIA GIMENEZ DE ALLEN, KAREM GONZALEZ ACUÑA y SONIA LEONOR DELEON FRANCO DE NICORA- ANTE MÍ: Hugo Agüero (Actuario Judicial)