

TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE PRIMER TURNO.**Ministra Redactora: Dra. María Lilián Bendahan Silvera.****Ministros Firmantes: Dres. María del Carmen Díaz Sierra, Alvaro Messere Ferraro.****Ministro Discorde:****Montevideo, 19 de Julio de 2019.****VISTOS:**

Para sentencia Definitiva de Segunda Instancia estos autos caratulados: **"REAL MINISTERIO DE JUSTICIA Y SEGURIDAD PÚBLICA DE NORUEGA - D.L.F., L. Y S. – RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR"**, IUE 0284-000443/2019, venidos a conocimiento de este Tribunal en mérito del recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia N° 74 dictada por la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia de Maldonado de Primer Turno, Dra. María Alves Marquisá.

RESULTANDO:

1.- Por el referido pronunciamiento, se falló: **"DESESTIMANDO EL EXCEPCIONAMIENTO DEDUCIDO Y EN SU MÉRITO MANTENIENDO FIRME EL MANDATO LIMINAR DE RESTITUCIÓN DE LAS NIÑAS L. Y S. D.L.F A NORUEGA DISPUESTO POR SENTENCIA INTERLOCUTORIA N° 2932/2019 A COSTO DEL ACTOR O EN DEFECTO DEL ESTADO REQUIRENTE.**

MANTIÉNESE EL CIERRE CAUTELAR DE FRONTERAS DISPUESTO LEVANTÁNDOSE EL MISMO ÚNICAMENTE PARA LA EFECTIVIZACIÓN DEL TRASLADO DISPUESTO.

FÍJASE UNA PENSIÓN ALIMENTICIA PROVISORIA A SERVIR POR A.D.L. EN BENEFICIO DE SUS MENORES HIJAS L. Y S. D.L.F, EQUIVALENTE AL 25% DE TODOS SUS INGRESOS LÍQUIDOS MENSUALES, SUMA DE DINERO QUE DEBERÁ DEPOSITAR EN LA CUENTA CUYO NÚMERO DEBERÁ INFORMARLE V.F. EN EL PLAZO DE 72 HORAS, LA MISMA EN SU CARÁCTER PROVISIONAL REGIRÁ HASTA QUE LAS PARTES ACUERDEN Y/O COMPAREZCAN ANTE LA SEDE NATURALMENTE COMPETENTE Y EN TANTO SE CONFIGURE EL RETORNO JUNTO A LA MADRE DE LAS MENORES Y ÉSTA PERMANEZCA A SU CUIDADO. " COMUNÍQUESE AL REQUIRENTE, VÍA AUTORIDAD CENTRAL, QUE SI DENTRO DE LOS 30 DÍAS CALENDARIO QUE LE FUERA COMUNICADA LA SENTENCIA NO ADOPTARE LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA LE TRASLADO SEGURO DE LAS NIÑAS, Y EN PARTICULAR LA OPERATIVA TENDIENTE AL CUMPLIMIENTO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA PROVISIONAL, QUEDARÁ SIN EFECTO LA RESTITUCIÓN ORDENADA Y LAS PROVIDENCIAS AQUÍ ADOPTADAS. ..."

2.- La Sra. V.F a través de su representante interpone recurso de apelación manifestando en síntesis que le agravia la recurrida en cuanto entiende la recurrente no se realizó una adecuada valoración de los hechos y de la prueba diligenciada en autos, no considerándose adecuadamente el excepcionamiento opuesto y la oposición de las niñas a retornar a Noruega.

Respecto a la inexistencia de traslado o retención ilícitos señala que, surge cabalmente probado el cambio de titularidad de la patria potestad de las niñas. Surge de la prueba diligenciada en autos que la pareja parental se separó en setiembre de 2018, cambiando D.L su domicilio, de lo cual se realizó el correspondiente registro, operando así el cambio de la patria potestad, siendo de aplicación indiscutible el art 35 de la Ley Noruega. Al momento de viajar, la compareciente detentaba en forma exclusiva la patria potestad de L. y S., por lo que no existió ilicitud alguna en el viaje ni en la radicación en Uruguay; ello en conocimiento de D.L., motivo por el cual, debidamente asistido por su letrada, pretendía arribar a una cuerdo de patria potestad compartida.

Entiende interesante analizar que la supuesta "patria potestad compartida" que dice D.L. detentar, para él únicamente consiste en una fuente de derechos sobre sus hijas pero no de obligaciones, ya que desde la separación en setiembre de 2018 no ha contribuido en absoluto con la manutención de sus hijas.

En relación al consentimiento del requirente tampoco existen dudas el contrario supo en todo momento el objetivo y finalidad del viaje de sus hijas a Uruguay con su madre, radicarse en el país, como tantas veces lo habían planificado; de lo contrario no se explica la compra de pasajes solo de ida, y ello con conocimiento de D.L. El hecho de que después D.L. haya aparentemente cambiado de parecer no torna el traslado ni la permanencia en Uruguay ilícitas.

En consecuencia no hay mérito para acceder a la restitución puesto que no se dan los presupuestos primarios para la aplicación del Convenio de La Haya.

Tampoco repara la recurrida en el evidente riesgo al que se expone a las niñas con la restitución ordenada; riesgo que no se evita con las medidas dispuestas en la sentencia para la supuesta "restitución segura", ya que la pensión alimenticia fijada no es suficiente para la radicación en Noruega, ni se cuenta con ningún mecanismo eficaz para lograr el cumplimiento de la misma más allá del primer depósito que se dispuso debería hacerse en 30 días. L. y S. retornarían a Noruega en una situación de absoluto desamparo obligadas a desprenderse de su madre, a retirarse de su país, del país de sus padres. Con la sentencia las niñas ven desoída su voluntad y mancillado su derecho a ser oídas.

El retorno impuesto aun a pesar de la voluntad de las niñas, el imperativo de tener que tener a un lugar a donde no quieren volver, es una vulneración de sus derechos más fundamentales, en Uruguay, en Noruega y en todos los países de la comunidad internacional. Riesgo que además del desamparo y la separación se configura por la existencia de violencia de género hacia la madre, ejercida por el Sr. D.L. en reiteradas oportunidades, y en el abandono material por el incumplimiento absoluto de sus deberes parentales en la manutención de sus hijas. Violencia que se perpetúa en este hacer y deshacer de D.L. quien primero consiente y luego se desdice.

Las niñas expresaron con claridad y sinceridad su voluntad de permanecer en Uruguay y su oposición a retornar a Noruega.

Fueron decepcionadas de su confianza depositada en la sede y la Defensa, embate del que les será muy difícil recuperarse.

Contrariamente a lo que señala la Sede, F. consultó a sus hijas antes de salir de Noruega acerca de su deseo de radicarse en Uruguay, pero no les podía asegurar que dicha radicación fuera exitosa; no fue hasta ver si la adaptación de sus hijas era posible, su felicidad en esta nueva realidad que les consultó nuevamente y ellas

ratificaron su voluntad. Fue en Noruega que la compareciente resolvió radicarse en Uruguay. En ese contexto fue que realizó las medidas de solicitar las licencias y permisos, etc, en forma temporal, precaviendo la posibilidad de que sus hijas no se adaptaran a Uruguay o que eventualmente quisieran retornar si no lograban incluirse. La comunicación al colegio noruego prueba que la compareciente es una madre precavida, una madre que efectivamente garantiza los derechos de sus hijas y toma las decisiones en forma racional, orientada siempre al bienestar de sus hijas.

Expresa que, por un lado se desprende de la resistida que la madre, estando en Noruega, hubiera depositado en las niñas la responsabilidad de decidir si querían radicarse en Uruguay, y por otro lado se indica que no debe depositarse en los niños la carga de resolver cuestiones del mundo adulto. Esa contradicción hace imposible entender cuál sería la hipótesis de "oposición de la persona menor de dieciséis años" que la sentencia pretende.

Solicita en consecuencia se revoque la recurrida haciéndose lugar al excepcionamiento opuesto.

3.-A) La Defensa del Sr. A.C.D.L., Dr. Roberto Arrospide, evacua el traslado conferido. Aboga por la confirmatoria de la recurrida. Señala que las menores de autos viajaron a Uruguay pensando que era un simple viaje de vacaciones y fue aquí que su madre les hizo saber su voluntad de pasar a residir en el país. Ello surge de la propia declaración de las niñas y de las testigos ofrecidas por la Sra. F.

Resulta absolutamente inadmisibles lo expresado respecto a la existencia de violencia de género hacia la madre, circunstancia de por sí muy grave y que no fuera planteada al contestar las excepciones ni manejada a lo largo de las audiencias llevadas a cabo.

Respecto del art 35, señala el compareciente que ya ha argumentado lo suficiente sobre su posición al respecto. Y en cuanto a la situación de las menores, señala que las mismas fueron expuestas en una situación difícil exclusivamente por la actitud de su madre que actuó como si las hijas fueran de su exclusiva propiedad, olvidando que existe un padre que siempre estuvo presente y que detenta para la justicia noruega el 50% de la patria potestad sobre sus hijas.

B) La Dra. Marie Claire Millan, Defensora de L. y S., evacua el traslado conferido manifestando que solicita la confirmación de la recurrida. Sostiene que las excepciones que plantea la recurrente no fueron debidamente acreditadas, que interpreta correctamente la recurrida la normativa aplicable al caso, esto es, la del país de residencia habitual, por lo que las manifestaciones en contrario de la demandada no son suficientes para entender lo contrario. La demandada, respecto de la ilicitud de traslado y la retención de las niñas en el Uruguay señala que se hace una incorrecta interpretación de la normativa noruega en cuanto a que, habiéndose producido la separación de los padres en setiembre de 2018 y haber registrado el Sr. D.L. registró nuevo domicilio, cesó la patria potestad compartida la que pasó a ser exclusiva de la madre.

Señala que el art 35 de la normativa noruega establece que "*Cuando los padres no son casados, no conviven... la madre tendrá la patria potestad exclusiva*", en tanto el art 40 señala que "*si uno de los padres tiene la patria potestad exclusiva el otro no podrá oponerse a que el hijo cambie su domicilio fuera del país.*" No puede considerarse esa normativa aislada del resto de la documentación obrante en autos. Efectivamente, a fs 22 y 25, surge de autos inscripción registral en Noruega de patria

potestad compartida entre ambos padres respecto de las menores de autos. Dicha documentación aportada por el Registro respectivo al tramitarse la solicitud de restitución formulada por el Sr. D.L. Es la situación jurídica de las niñas ante las autoridades noruegas.

No hay otra situación registrada.

Incluso y estando a los propios dichos de la Sra. F. ya la declaración agregada el Sr. D.L. registró su cambio de domicilio conforme lo requiere las normas del país, por eso, por sí solo, no cambió la situación de las niñas. La inscripción del nuevo domicilio del padre, producto de la separación, no varió la cualidad de compartida de la patria potestad de los padres.

Señala que el art.35 párrafo 2 dice que *"los padres que vivan juntos comparten la patria potestad de los hijos comunes"*, esa era la situación de las niñas y así se registró. Asimismo la parte final de dicho artículo señala que *"Si los padres no casados comparten la patria potestad, pero el hijo tiene su domicilio habitual con uno solo serán de aplicación las reglas del artículo 37"* el cual edicta: *"Si los padres tienen la patria potestad compartida, pero el hijo solo tiene su domicilio habitual con uno de ellos, el otro padre no podrá oponerse a que aquel tome decisiones que afectan a aspectos esenciales de los cuidados del menor, entre ellos, la cuestión de si el hijo va a ir a un jardín de infancia, en que parte del país va a vivir u otras decisiones mayores de la vida diaria"*. No existe controversia en autos respecto de que producida la separación de la pareja, L. y S. permanecieron viviendo con la madre y visitaban al padre algunos fines de semana. El "domicilio habitual" de las niñas era con la madre pero la patria potestad continuaba siendo compartida. Por lo cual la madre podía decidir sin oposición del padre, en qué lugar de Noruega querían vivir pero no decidir unilateralmente vivir fuera de dicho país.

Finalmente el art 40, además, que *"Si los padres tienen la patria potestad compartida, ambos deben consentir en que el hijo se traslade o resida fuera del país por períodos prolongados, cf.art 41"*.

Por lo dicho se reitera que la sentencia impugnada interpreta en sentido correcto la normativa aplicable.

Por otra parte, no puede argumentarse por la Sra. F., en esta instancia procesal el incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del Sr. D.L. respecto de sus menores hijas, obligación que sin duda tiene y que la misma podría haber reclamado ante los tribunales competentes del país de residencia.

Respecto del consentimiento requirente, la Sra. F. entiende que el mismo sabía que no retornarían porque ya lo habían hablado otras veces y porque sacó solo pasajes de ida y no de retorno como en otras oportunidades y que *"no surge ningún elemento de autos que pruebe que el Sr. D.L. tenía la certeza o la expectativa de una supuesta fecha de retorno, por la sencilla razón de que sabía que no habría retorno a Noruega"*. La recurrida entiende con acierto la recurrida que el consentimiento del padre no se encuentra debidamente acreditado, quien debe probar el mismo es quien lo invoca y eso no sucede.

Quien debe probar el consentimiento es quien lo invoca y eso no sucede, existiendo abundante prueba al respecto.

La propia Sra. F. dice que *"con el papá lo hablé allá, por teléfono, me preguntó la fecha del viaje, que yo ya se la había comunicado por mensaje de texto. Hubo un*

momento a fines de diciembre que no estuvimos muy amenos, después de las fechas. Fue por mensaje de texto, después lo hablamos."

Puede admitirse, pensando en el principal y superior interés de L. y S. y atendiendo a la necesaria estabilidad que requiere la vida de dos niñas de edad escolar, que además están atravesando la separación de sus padres; que la adopción de una decisión de la trascendencia de mudarse a un país distante miles de kilómetros de su centro de vida, se trasmite por mensaje de texto?, decisión de la cual las niñas toman conocimiento cierto, cuando ya están en el Uruguay y cuando la madre toma conocimiento de este trámite de solicitud de restitución?.

Debe tenerse presente igualmente que las niñas pensaban que volverían a la escuela, una vez culminadas las vacaciones. Preguntadas al respecto, dicen ambas "*capaz que sí*". Llama la atención de esta Defensa al conducta de la Sra. F. que no es ella quien comunica la decisión adoptada al sr. D.L., sino que es L. quien lo hace, por whatsapp. El padre le dice "*que nosotros hace tiempo que teníamos que estar en Noruega*" y yo le dije "*no, yo creo que nos vamos a quedar*". Esa expresión del padre a su hija da cuenta de la ausencia de consentimiento para la permanencia de las niñas en el Uruguay.

La impugnada desestima igualmente y con acierto la existencia del "*evidente riesgo*" al que se expondrían las niñas de retornar a Noruega. Señala la impugnante que "*L. y S. retornarían a Noruega expuestas a una situación de absoluto desamparo, obligadas a desprenderse de su madre, con quien han vivido toda su vida y quien es el soporte esencial para su crianza; obligadas a retirarse de su país, del país de sus padres y de toda su familia. Con la sentencia de autos ambas niñas ven desoídas su voluntad y mancillado su interés y su derecho a ser oídas en la adopción de una decisión tan importante para sus vidas*".

Tal razonamiento no es compartido por esta Defensa. Como se expresara en su contestación definitiva, la Sra. F. tomó la decisión de dejar la casa en la que vivían así como también tomó la decisión de dejar su trabajo y de que las niñas perdieran el lugar en el colegio al que asistían, consecuencia directa ésta del no retorno.

Tanto las testigos como la propia demandada, son coincidentes en que vivían bien, que no les faltaba nada y que tanto el Sr. D.L. como la Sra. F., trabajaban y tenían sus propios ingresos.

Producida la separación, la Sra. F. y las niñas continuaron viviendo en el domicilio que había sido el asiento del núcleo familiar y desarrollaban su vida normal hasta que se produce el viaje en cuestión.

Noruega es un estado de derecho, donde existen todas las garantías para reclamar el cumplimiento de las obligaciones legales al padre de las niñas. Nada de eso hizo la Sra. F.

No puede dejar de tenerse presente en este punto la propia definición de "grave riesgo" que establece el lit. B del art. 15 de la ley 18.895. Efectivamente, allí se lee: "*existe un riesgo grave de que la restitución de la persona menor de dieciséis años de edad, la exponga a un peligro físico, psíquico o de cualquier otra manera ponga a la persona en una situación intolerable*". De lo que surge de estas actuaciones, no hay ningún elemento que permita visualizar la configuración de la excepción invocada.

En trabajo disponible en Internet HCCH (Hague Conference in Private International Law. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado) "*Construyendo un sistema de protección internacional de niños. El Convenio de LA Haya de 1980 sobre*

los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Ignacio Goicochea, Representante para América Latina Conferencia de LA Haya de Derecho Internacional Privado Washington DC, 11 de julio de 2014) en el punto referido a art 13 b) Grave Riesgo – peligro psíquico- Separación del niño y la madre se lee: "...es menester insistir en la doctrina de VE en cuanto a que la facultad de denegar el retorno en base a la cláusula de grave riesgo requiere que el niño presente una perturbación superior a la que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres....

...Como lo dije en el precedente publicado en Fallos: 334.1445, admitir una desactivación automática del mecanismo restitutorio por la mera oposición de la madre a retornar al país requirente, equivaldría a dejar todo el sistema diseñado por la comunidad de naciones, a merced de la voluntad unilateral de la parte demandada. Fallo de la Corte Suprema de la Republica Argentina del 22/8/2012 "G.P.C e F, S.M s/ reintegro del hijo" Extracto Dictamen Sra. Procuradora Fiscal (pg 16)"

En similar sentido cita sentencia N° 30/2016, IUE 9999-1-2016, en la cual se expresa: "Respecto de psíquico se aduce como que podría causarse un daño irreparable el retorno del niño a España. En realidad no hay una identificación clara de un peligro grave. Ahora bien podría preguntarse a que se refiere la norma con "riesgo grave" de la persona menor de dieciséis años. Tanto la doctrina como la jurisprudencia Nacional y Extranjera son contestes en que debe analizarse y ponderarse con cautela tal excepción. No es cualquier riesgo sino aquel que efectivamente hace intolerable la restitución del niño y lo exponga gravemente.

En autos nos e alegó al oponer tal excepción ninguna situación imperante en el país de residencia habitual del niño (España) que configure un riesgo grave como por ejemplo puede ser una situación de guerra. En cuanto al riesgo psíquico que implicaría el retornar a España cuando el niño está contenido en Uruguay, concurre a clases, vive con sus abuelos, no es de recibo por cuanto no puede utilizarse como excepción para considerar una situación de sustitución en hechos que se consolidaron a partir de un traslado ilícito efectuado por la Sra. M. Efectivamente el niño va a la escuela en Flores, realiza actividades y hace ya casi cinco meses que permanece. Ello no fue producto de un riesgo grave para el niño sino producto de los diferendos entre los padres donde la Sra. M decidió radicarse con J. por su propia voluntad" (Poder Judicial, BJJN).

En trabajo publicado por la Sra. Patricia Barragán titulado Protección de los incapaces: restitución de menores. Análisis de algunos aspectos relacionados con las excepciones a la obligación de restituir" (Cuadernos del CLAEH. Segunda serie, año 37 N° 108, 2018) (disponible en Inetrnet) la autora señala respecto de la expresión riesgo psíquico a que alude el art 13 lit b del CH y el art. 15 lit B de la Ley 18895: "(...) En la reunión de Autoridades Centrales de 1993, los expertos norteamericanos presentaron un trabajo sobre el Convenio de La Haya en el que señalaron: En general la definición del término "riesgo grave" significa el riesgo grave al que se expone al menor al ser restituido al país de residencia habitual. Considerando que haya habido problemas internos en el país, o que exista riesgo para la restitución del menor a dicho país (...) El mero argumento de que sería riesgo grave restituir al menor al otro padre no es suficiente para constituir riesgo grave de peligro (...) El propósito es regresar el caso para su juicio dentro del foro de la residencia habitual y no en el foro del lugar donde se secuestró al menor (Goicochea y Seoane, 1995).

Esto no obsta a que haya situaciones en las que el peticionante de la restitución constituye un peligro para el menor. De todos modos, ha de tenerse en cuenta que el riesgo potencial debe sufrirlo el niño y no el padre que opone la excepción – afirmación esta que puede ser eventual y fundamentalmente cuestionada.

(...) Al analizar la sentencia 665/996, Barrios de Angelis (1997) sostiene – aludiendo en realidad a la Convención Interamericana- que el riesgo que impediría ordenar la restitución no es aquel "posible" sino un riesgo "cierto"; es decir, no la mera posibilidad de algún acontecimiento por ocurrir, sino el hecho de que se exponga al menor "a un riesgo grave que efectivamente es probable que ocurra". Es decir, debe tratarse de un peligro grave, serio y probable".

A mayor abundamiento, la sentencia recurrida recoge correctamente que la actual situación económica de la Sra. F. es consecuencia de su propia conducta.

La jurisprudencia ha entendido en tal sentido, en la misma sentencia referida anteriormente, que "(...) No menos relevante es la alegación de los factores económicos que incidían en España sobre la Sra. M. Esta incapacidad de tipo financiera alegada no representa tampoco un fundamento para oponerse a la restitución. Ello por cuanto el Convenio de La Haya no fue pensado solo para progenitores con recursos económicos y buen nivel de vida, sino para todos independientemente de su calidad económica. En este sentido los Tribunales Internacionales se han pronunciado a favor de que la falta de recursos de uno de los padres no implica una situaciones de riesgo intolerable (Alemania 7 UF 39/99, Oberlandesgericy Bamberg (Higher Regional Court)), 09 June 1999 Reino Unido – Inglaterra y Gales en www.incadat.com, Jurisprudencia de la Corte de La Haya). Entonces el hecho de que la madre no tenga trabajo, los costos de vida en España sean altos que hacen dificultosa su asunción por parte de la Sra. M, no son argumentos de paso que impliquen un riesgo grave para el niño."

En la misma línea se expide la sentencia N° DFA 0010-000128/2016 SEF 0010-000028/2016 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er Turno en los autos: "G., G. – Restitución internacional de menores de 16 años", N° de Expediente 0002-019994/2015: "(...) 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 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 graveo intolerable con que la Convención califica el mismo."

No comparte por la Defensora el agravio expresado por la recurrente respecto la configuración de violencia de género hacia la misma. No fue opuesto como excepción en el momento procesal oportuno, por lo que no puede esgrimirse ahora como argumento para el no retorno a Noruega.

Sin perjuicio de ello, debe decirse que de lo declarado por la recurrente en la audiencia de fecha 4/6/2019 no puede inferirse – aun cuando nos e haya opuesto

como excepción en el momento oportuno, la existencia de violencia de género hacia la Sra. F. y menos aún respecto de los menores de autos. La invocación, por lo tanto es extemporánea y no surge acreditada de modo alguno.

Entiende además que la a quo valora correctamente el punto relativo a la "*oposición de la persona menor de dieciséis años*". Efectivamente, y como se dijera por anteriormente, las niñas fueron puestas en conocimiento de que no retornarían cuando la madre toma conocimiento de estas actuaciones. Lo dice la propia Sra. F. en su declaración. No habló antes con las niñas porque lo haría luego en Uruguay. No las consultó en el momento principal, que era cuando vendrían al país. Pidieron permiso en la escuela por un mes. Y en un aspecto que debe resaltarse nuevamente, es L. quien le dice al padre que se van a quedar. Incomprensible actitud de la Sra. F. ya que la responsabilidad de transmitir una decisión de tal envergadura al padre de sus hijas la deposita en la propia.

No existe oposición en los términos de la Convención. En el trabajo antes citado de la HCCH, se lee en su art 13 4to párrafo – Oposición del niño a la restitución que "... vi. En el marco convencional, la ponderación de la opinión del niño no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores.

viii. en razón de su singular finalidad, el CH 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, al posibilidad del art. 3 (penúltimo paso) sólo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas, sino al riesgo del país de residencia habitual; y dentro de ésta área puntual, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar..." Fallo de la Corte Suprema de la República argentina del 22/8/2012: "G, P.C el H, S.M s/ reintegro de hijo" Extracto Dictámen Sra. Procuradora Fiscal (pág 9).

En la especie las niñas y principalmente L., manifiestan que se quieren quedar porque les gusta Uruguay, el clima, que han hecho nuevos amigos, que se sienten seguras con su madre porque siempre estuvieron con ella. Y que no les gusta "*lo que está haciendo su padre*", esto es, este trámite judicial.

Las niñas quieren estar con su madre y la madre quiere estar en Uruguay. No puede inferirse de ahí que exista una oposición en el sentido de "un repudio irreductible a regresar" a Noruega.

El deseo de las niñas de vivir con la madre en Uruguay deberá ser tenido en cuenta ante los tribunales noruegos, lugar donde debe resolverse la situación definitiva de las mismas (voluntad que la normativa de ese país impone tener en cuenta) o eventualmente – y situación más deseable- sean los propios padres quienes de común acuerdo tomen las mejores decisiones para sus hijas.

Lo que si resulta claro para esta Defensa, es que la Sra. F. no tomó en cuenta consultar a sus hijas al momento de resolver permanecer en el Uruguay. Así surge claramente de sus propias declaraciones y de los dichos de las niñas. No puede atribuirse a otros actores la propia responsabilidad de la Sra. F. al haber tomado decisiones que expusieron a sus hijas a la situación en que se encuentran actualmente. Las niñas fueron escuchadas y sus opiniones han sido valoradas, a juicio de esta Defensora por la a quo en su sentencia, en los términos que la Convención establece.

Ambos padres deberán resolver la situación de sus hijas de común acuerdo y para el caso que no sea posible, lo harán ante la justicia competente, que no es otra que la

del país de la residencia habitual, donde existen todas las garantías para todas las partes, en tanto es un Estado de pleno derecho.

En consecuencia solicita que se confirme en todos sus términos la recurrida.

4.- Por auto N°3866/2019 de fecha 8/7/2019 se franquea la alzada con efecto suspensivo y con las formalidades de estilo. Con fecha 16/7/2019 los autos fueron recibidos por el Tribunal, pasando los autos a estudio de los Sres. Ministros en forma simultánea, cumplido se dicta decisión anticipada (art 200.1 del CGP).

CONSIDERANDO:

1.- El Tribunal por unanimidad irá a confirmar parcialmente la decisión apelada, por los fundamentos que a continuación se expresarán.

En primer lugar cabe confirmar la decisión en cuanto desestima el excepcionamiento opuesto por la madre de las niñas L. y S. D.L.F., desde que los agravios articulados por la Sra. F., no resultan de recibo.

En cuanto a la defensa de pretensa ausencia de legitimación activa y pasiva, resulta correctamente desestimada en el fallo resisitido.

En efecto, los actos de proposición de las partes y las emergencias de autos confirman el informe preliminar con que la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional de Uruguay, introduce la solicitud de Restitución Internacional de las niñas de autos, al amparo del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ratificado por nuestro país por la Ley N° 17.109 del 12 de Mayo de 1999 y vigente con el reino de Noruega.

El padre requirente expresó en su solicitud que las niñas residían en forma habitual en Noruega y que la pareja parental, junto a sus hijas habitaban juntos hasta el mes de Septiembre de 2018, en cuyo momento se separan.

Que a fines de Enero de 2019, la madre y las hijas viajan a Uruguay de vacaciones, debiendo retornar un mes más tarde. Vencido éste, la madre envió al colegio de las niñas un mensaje indicando que no regresarían.

Se está legitimado para accionar solicitando la restitución internacional al amparo del Convenio de La Haya de 1980 arriba nombrado, si se cumplen las condiciones establecidas en el propio Convenio, art. 3º, a saber: "*Artículo 3*

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."

"*Artículo 4*

El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años."

A su vez, el art. 5 del Convenio, dispone: "Artículo 5

A los efectos del presente Convenio:

a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;

b) el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual."

En el caso de autos, no existe controversia acerca de que la residencia habitual de las niñas S. y L. antes de la retención, era en el Reino de Noruega.

La accionada se agravia sosteniendo que de acuerdo con la Ley Noruega, su parte detentaba la Patria Potestad en forma exclusiva de las niñas de autos, al haberse separado los padres y habitar distintos domicilios, de lo que se efectuó el correspondiente registro. Lo que dejaría si asunto la ilicitud del traslado y con ello la aplicación del Convenio.

La Ley Sobre las Relaciones Paterno Filiales (Ley del Niño) de Noruega, no controvertido, luce: "**Artículo 35. La patria potestad cuando los padres no son casados.**

Cuando los padres no son casados o conviven, cf. [art. 39](#), la madre tendrá la patria potestad en exclusiva.

Los padres que vivan juntos¹ comparten la patria potestad de sus hijos comunes.

Los padres que no sean casados ni compartan la patria potestad de acuerdo con el párrafo segundo, podrán no obstante, previo acuerdo, comunicar a la autoridad del registro civil ² que van a tener la patria potestad compartida, o bien que el padre la va a ostentar en exclusiva.

*Si los padres no casados comparten la patria potestad, pero el hijo tiene su domicilio habitual con sólo uno de ellos, serán de aplicación las reglas del artículo [37](#)." **Artículo 37. Decisiones que pueden tomarse por el progenitor con quien vive el hijo.***

Si los padres tienen la patria potestad compartida, pero el hijo sólo tiene su domicilio habitual con uno de ellos, el otro padre no podrá oponerse a que aquél tome decisiones que afectan a aspectos esenciales de los cuidados del menor, entre ellos, la cuestión de si el hijo va a ir a un jardín de infancia, en qué parte del país va a vivir el hijo u otras decisiones mayores de la vida diaria.¹

Por último el art. 40 de la citada Ley Noruega establece: **Artículo 40. Traslado del hijo fuera del país y estancias fuera del país**

Si uno de los padres tiene la patria potestad en exclusiva, el otro no podrá oponerse a que el hijo cambia su domicilio fuera del país.¹

Si los padres tienen la patria potestad compartida, ambos deben consentir en que el hijo se traslade o resida fuera del país por períodos prolongados, cf. [art. 41](#). Lo mismo

es aplicable si una estancia acordada queda prolongada o modificada, por ejemplo, cuando el hijo se queda sólo [en el extranjero].

Un menor que haya cumplido los 12 años de edad, ha de consentir en una decisión tomada en virtud del primer y segundo párrafo si el menor traslada su domicilio o reside [fuera del país] sin estar acompañado de un padre con patria potestad.

Si los padres no están de acuerdo sobre quién va a tener la patria potestad, el cambio de domicilio del hijo fuera del país o con quién va a vivir el hijo, el hijo no debe cambiarse fuera del país hasta que el asunto sea resuelto.” (Del informe traducido a fs. 55).

En aplicación del Derecho extranjero que la jurisdicción requerida debe realizar, art. 14 del Convenio de La Haya de 1980, en este caso a fin de dirimir la cuestión de la licitud o ilicitud del traslado conforme a los términos del Convenio, esta Sala entiende los preceptos que vienen de transcribirse supra, de acuerdo con el claro tenor literal de la Ley extranjera, el que no corresponde desatender.

A resultas de lo cual, cabe establecer que el solicitante compartía con la madre de sus hijas lo que en términos del Convenio de La Haya del 80 se denomina derecho de custodia, esto es, comprensivo del derecho a determinar cuál debe ser la residencia del niño o niña -“El “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia” expresa su art. 5º literal “a”. Lo que entre nosotros es la guarda jurídica.

Y la compartían porque no se discute que vivieron juntos hasta la separación en Septiembre del año 2018 y esta detentación conjunta, por imperio legal en el Estado de residencia habitual, no se modifica de pleno derecho por la separación.

Esta lectura es conteste con lo informado por el Departamento de Asuntos Civiles del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de Noruega, remitido por la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional de Uruguay, glosado en autos a fs. 171 y ss. Cuyo informe en lo medular establece:

“La Sección 35 de la Ley de Niños de Noruega tiene reglas con respecto a la determinación de la responsabilidad de los padres cuando los padres no están casados. En el presente caso, es la sección 35 párrafo 2 que es aplicable.

De acuerdo con la sección 35, párrafo 2, de la Ley de Niños de Noruega, los padres que cohabitan tendrán la responsabilidad parental conjunta de los hijos de la relación. Esta regla implica, i que si los padres están registrados en la misma dirección y se establece la paternidad, los padres tendrán la responsabilidad parental conjunta de los niños.

En el presente caso, la Oficina de Registro de Noruega nos informó que la responsabilidad de los padres registrada sobre los niños se basa en el reconocimiento de la paternidad. El reconocimiento de paternidad se registró el 12 de enero de 2011 para L. y el 28 de abril de 2011 para S. Los padres cohabitaban cf. Artículo 35 párrafo 2 en este momento. Cuando las circunstancias de hecho son como se describen, la sección 35 párrafo 2 no deja mucho espacio para la interpretación.

Tenga en cuenta que cuando se ha establecido la responsabilidad parental, cf. sección 35, párrafo 2, no dejará de aplicarse si los padres se separan o se mudan separados. Si uno de los padres desea cambiar la responsabilidad de los padres sin llegar a un acuerdo con el otro padre, entonces el caso debe presentarse ante el tribunal para tomar una decisión. (Destacado del Tribunal).

Tenga en cuenta también que la transcripción de la Oficina de Registro de Noruega, enviada junto con la solicitud, establece claramente que ambos padres tienen la responsabilidad parental sobre los niños.

La Sección 40, párrafo 2, establece que si los padres tienen responsabilidad parental conjunta, ambos deben dar su consentimiento para que el niño se mude al extranjero o para que el niño permanezca en el extranjero por más tiempo que los viajes cortos al extranjero. ..." (Destacado del Tribunal).

2.- Corresponde a juicio de la Sala desestimar asimismo el agravio relacionado la pretensión de consentimiento del solicitante (art. 13 I a del Convenio de La Haya). La apelante expresa que el padre dejado atrás siempre supo de su intención de radicarse en el Uruguay con sus hijas y que su consentimiento posterior también existió.

El Tribunal entiende que no hay ninguna prueba objetiva de ello sino de lo contrario en el expediente. Y que la prueba obrante, ha sido correctamente valorada por la sede a quo.

Así, se establece en la sentencia de Primer Grado: "que el padre autorizó el viaje de estas a Uruguay junto a su madre por el período comprendido entre fines de enero a fines de febrero de 2019, concretamente del 23 de enero de 2019 hasta el 22 de febrero de 2019 (a fs. 37 correo electrónico remitido por el Rector del Colegio de Sagstad). Lo que no ha podido acreditar V. F. y constituye la cuestión a dirimir, es que el padre de las menores hubiera dado antes del traslado o luego de vencido el plazo de permanencia en Uruguay, su consentimiento para ello. El argumento consistente en las varias conversaciones mantenidas al respecto, de ninguna manera puede considerarse ni conocimiento efectivo ni consentimiento expreso o tácito. Las condiciones en las cuales L. y S. y el círculo más cercano de amistades (reivindicado como uno de los argumentos para el retorno), tomaron conocimiento de la decisión de permanecer en Uruguay así como, el plazo por el cual se solicitó el permiso escolar, son indicativos acerca de la forma en la cual se adoptó la decisión y el momento de la misma. L. narra: "Yo estaba esperando el viaje para acá, yo ya tenía pensado que quería quedarme acá y no quería volver a Noruega. Cuando estábamos planeando las vacaciones ya pensaba que nos podíamos quedar. Yo solo pensaba que no quería volver a Noruega. Y mamá también quería quedarse. Papá hace tiempo que sabe y él siempre me escucha decir que quiero acá. Estábamos en Montevideo, en la casa de una amiga de mi mamá, es como mi tía, ahí nos dijo que nos quedábamos, mamá me dijo, solo me preguntó y ella también se puso contenta porque dijimos que sí. Si yo y S. no quisiéramos vivir acá yo creo que volvería para Noruega. A papá le dijimos que nos íbamos a quedar acá, yo le dije, por whatsapp, hablando por llamada, papá me

dijo que nosotros hace tiempo que teníamos que estar en Noruega y yo le dije "no, yo creo que nos vamos a quedar" (fs. 134). La testigo S. G. a fs. 136 y sptes.: "ella me había dicho que tenía planificado venirse a Uruguay, que tenían planeado quedarse pero no estaba definido. No le pregunté qué no estaba definido. Hablamos antes de venirse, unos meses antes. Esa posibilidad siempre se manejaba, tiempo antes, no sé por qué no se daba" (fs. 138). M.G.G. a fs. 140 y sptes.: "siempre supe de las intenciones de venir. De hecho por A., cuando estuve con él, siempre manifestó la intención de venir a Uruguay, y L. planteaba siempre que se quería quedar". Al ser interrogada respecto al conocimiento que el padre de las niñas pudiera haber tenido en cuanto a la radicación de F. con las niñas en Uruguay, expresó no saberlo. La testigo M. S. a fs. 186 expresó: "...ella empezó a tener problemas y me dijo que iba a viajar a Uruguay y que tenía pensado viajar a Uruguay de vacaciones de invierno que es acá. Las vacaciones de invierno acá son en febrero" La demandada, al ser interrogada por la sede, afirmó: "Yo no esperaba un procedimiento así, yo pensé si tenía el conocimiento de un procedimiento así, hasta que no leí restitución no caí, por todas las veces que me ha dicho ándate a Uruguay, hace lo que quieras, en su momento fue una idea de los dos, él cambió sus intereses ahora. El tema se trató varias veces, no un mes antes, se trató antes inclusive (...) Pensé que iba a venir, y en ese momento hablar con él. Pensé que podíamos conciliar algo, hablar por las nenas. Era mi esperanza hasta que llegué a leer esto" (fs. 154/155). Ello devela, pese a sus afirmaciones, que era ante los hechos consumados que esperaba arribar a acuerdos. De la pericia social agregada a fs. 177 y sptes.: "Según informa, ya en el año 2017, en el transcurso del viaje que realizaron junto a sus dos hijas a Uruguay, los adultos habrían dialogado acerca de un posible retorno de la Sra. y las niñas a este país del que ambos son oriundos. En aquella oportunidad, indica la Sra. que su ex pareja habría respondido "... hace lo que quieras... yo vendré después a visitarlas..." quitando mayor trascendencia a su planteo (...) al momento de este último viaje el Sr. se encontraba en España por lo que refiere que la despedida de las niñas fue unos días previos a la partida, dando cuenta de que el Sr. conocía la fecha de viaje de las pequeñas. Refiere la Sra. que gestionó los pases escolares ya instalada en Uruguay en respuesta al interés manifiesto en permanecer en este país señalando entre otras causales ausencia de redes familiares en Noruega"

La Sala coincide con la sentenciante en el sentido de que se impone la conclusión de la ausencia de consentimiento, anterior o posterior al viaje, cuya conclusión no resulta enervada por el hecho que el padre mantenga diálogo con las niñas que emerge a fs. 82-83.

Asimismo, el Tribunal aprecia con la sede a quo, que es indudable que no existió planificación concreta de un proceso de radicación.

Del propio libelo de apelación surge que la madre esperaba a saber si la adaptación de sus hijas a la nueva vida en Uruguay se producía de manera favorable antes de decidir.

Dicha afirmación y las previsiones adoptadas en el país de residencia habitual antes del viaje, para el lapso de un mes- hablan a las claras de este hecho.

Así, el informe del Rector del Colegio de Sagstad, Ayuntamiento de Meland, al que concurrían las niñas antes de su traslado.

Del citado documento surge que "la madre solicitó permiso escolar para las niñas del 23.01.2019 al 22.02.2019 a fin de viajar para visitar a su familia en Uruguay." La Sra. Rectora consigna asimismo que poco antes de que las niñas debieran volver al colegio, el padre se dirigió a dicha institución para decir que le habían comunicado que no iban a volver. Y que la madre informó a la profesora de contacto de S. que las niñas no iban a volver al colegio. (fs. 37).

Del mismo modo, surge de la carta enviada por la aquí apelante a la citada Rectora del colegio de Sagstad, en la que le informa, una vez adoptada la decisión de permanecer en Uruguay, que las niñas no volverán. (fs. 38).

3.- En lo que dice relación a la opinión de las niñas, tampoco se considera de recibo el agravio.

El art. 13 I b del Convenio de La Haya de 1980 establece en su último párrafo: "*La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.*"

Al respecto, cabe establecer que en primer lugar el derecho a ser oídas de L. y S. no ha resultado vulnerado como surge extensamente de autos.

Ciertamente no sólo ser oído en sentido literal implica este derecho fundamental del niño, de acuerdo a su edad y grado de madurez, sino que como emerge del art. 3 de la Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño de Nueva York 1989: "*Artículo 3: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*"

Así, lo ha sostenido la Sala en innumerables fallos anteriores, el mismo implica a su vez el derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta y contribuyan a formar la decisión de las autoridades ya administrativas, ya Judiciales.

Pero también ha sostenido el Tribunal siguiendo a prestigiosa Doctrina, que tenerla en cuenta no significa seguirla "ciegamente" porque esa voluntad se emite en un contexto probatorio en el cual se inserta.

Y ese contexto debe ser tenido en cuenta también en beneficio de verificar la consistencia y armonía de la opinión con el mismo y sobre todo: la libertad con que la opinión se emite, elemento que resulta fundamental.

De la declaración recién transcrita de L., así como de la madre y todo el contexto probatorio de autos surge que dicho deseo expresado por las niñas de permanecer en Uruguay fue expresado estando ambas niñas ya en Uruguay.

Eso quiere decir que las niñas no contaron con la previa información completa acerca de la decisión que se iba a tomar y de las consecuencias de la misma para su vida, cuyo centro sería desplazado, innovando en forma radical su estilo de vida y separándolas de su padre, colegio, amistades.

Precisamente porque efectivamente fueron oídas en el proceso, se puede apreciar que su consentimiento no fue adecuadamente precedido de información relevante, en desmedro de la libertad de la decisión que pudieron haber alcanzado de acuerdo a su grado de madurez, tratándose de dos niñas de 8 y 11 años respectivamente.

Aunado a la evidencia de influencia materna en la expresión de su voluntad relativa al presente proceso, como surge del tenor de las respuestas de L. y S. ante la sede a quo en audiencia: *"Preguntado a S. tiene ganas de ver a papá Contesta no, porque está haciendo todo esto y no me gusta. Lo que mamá dijo es que va a llamar a ... Contesta L.: mamá lo que contó es que llamó a la policía acá en Uruguay e hizo eso. Se deja constancia que la Sra. Juez les explica el proceso. Contesta L.: también estamos más seguras con mamá porque nos tuvo toda la vida y porque papá no la ayudó con plata ni nada."* (fs. 135).

Al respecto ha sentado el Tribunal jurisprudencia firme:

"Así El Comité sobre los Derechos del Niño, en la introducción a la Observación General N° 12 respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, expresa:

"1. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño ("la Convención") es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; apunta a la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derechos. En el párrafo 1 se garantiza a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. El párrafo 2 afirma, en particular, que debe otorgarse al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. 2. El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ("el Comité") ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos".

*En el mismo sentido, ha expresado la Sala: "... debe respetarse la opinión de los niños, por cuanto conforme se expresa en la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño en el parágrafo 20 "Los Estados Partes asegurarán el derecho a ser oído a todos los niños **"capaces de formarse su propia opinión"**. Esta frase no debe ser vista como una limitación, sino como una obligación para los Estados Partes para evaluar la capacidad del niño para formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Esto significa que los Estados Partes no pueden comenzar con la suposición de que un niño es incapaz de expresar su o sus propias opiniones. Por el contrario, los Estados Partes deberían asumir que un niño tiene la capacidad de formar su o sus propias opiniones y reconocer que él o ella tiene derecho a expresarlas, no corresponde al niño para probar primero su capacidad."*

Lo único que debe determinar el magistrado es que la voluntad no fue manipulada es decir se expresó libremente lo cual fue interpretado de la siguiente manera por el Comité en la Observación antes referida "22.- El niño tiene el "derecho de expresar su opinión libremente". "Libremente" significa que el niño puede expresar sus opiniones

sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. "Libremente" significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. "Libremente" es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva "propia" del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás"; como asimismo que la evolución de sus facultades "madurez" le permiten adoptar las decisiones para poder evaluar la autonomía progresiva de la voluntad (art. 5 de la CDN y 8 inc. 1º del CNA) , este tribunal en otros fallos siguiendo a otros juristas estimamos adecuado usar como protocolo –para determinar la autonomía progresiva a nivel judicial –el que a la vez se usa por parte de los médicos, para determinar si el niño y/o adolescente puede prestar el consentimiento informado, dichos parámetros son: 1.- "La habilidad de comprender y comunicar informaciones relevantes: El niño debe ser capaz de comprender cuáles son las alternativas disponibles, manifestar una preferencia, formular sus preocupaciones y plantear las preguntas pertinentes"; 2.- "La habilidad de reflexionar y elegir con un cierto grado de independencia: El niño debe ser capaz de efectuar una elección sin que nadie lo obligue o manipule y considerar detalladamente la cuestión por sí mismo"; 3.- "La habilidad de evaluar los potenciales beneficios, riesgos y daños: El niño debe ser capaz de comprender las consecuencias de las diferentes líneas de conducta, cómo lo afectarán, cuáles riesgos se presentan y cuáles son las implicaciones a corto y largo plazo"; 4.- "La construcción de una escala de valores relativamente estable: El niño debe poder basarse en un sistema de valores para tomar la decisión." (Harrison, C. y otros, Bio- ethics for clinicians: Involving children in medical decisions, Asociación Médica – Canadiense, Ottawa, 1997, citado por Lansdown "La evolución de las facultades del niño", publicado por Innocenti Insiqth, Save the Children, UNICEF, pág. 79"). (Sentencia de la Sala, SEF 0010-000111/2018, entre otras).

4.- Resulta finalmente de franco rechazo el agravio relacionado la invocado riesgo en la restitución de las niñas al Estado de residencia habitual y las alegaciones en todo caso tardías, sólo invocadas al apelar, relativas a violencia de género. No solamente por la oportunidad en que se plantea, sino fundamentalmente porque, no existe en todo el expediente prueba de una situación del orden de la violencia basada en género como se definen por la Convención de Belém do Pará y la CEDAW o la Ley N° 19.580.

Por el contrario puede apreciarse que desde el primer acto de proposición, la apelante, si bien nominalmente invocó la excepción llamada "de grave riesgo de daño" contenida en el art. 13 numeral primero literal b del Convenio de La Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Restitución Internacional de Menores, en sustancia nunca invocó una situación en la que sus hijas pudieran estar expuestas al retorno a un riesgo grave sea físico como psíquico, o colocadas de cualquier manera en una situación que alcanzare la nota de intolerabilidad.

Esta última, elemento común, nota caracterizante de todo pretense riesgo invocado, ha de estar presente para que se configure la hipótesis que habilita la discrecionalidad del Juez en la decisión del retorno. Es por lo tanto reservada a situaciones de corte grave e insoluble, así, grave situación de violencia, riesgo de vida del niño o la madre imposible de conjurar mediante medidas de protección, estado de guerra, desastres naturales, etc.

Puesto que su aplicación constituye una excepción a la regla de la competencia internacional del Juez de la Jurisdicción del Estado de residencia habitual para dirimir las cuestiones relacionadas con la guarda (guarda, tenencia, manutención, régimen de contacto).

De modo que la injerencia del Juez de otro Estado, en este caso el Estado requerido, ha de estar debidamente justificada en esa gravedad de los hechos. Así, rezan los arts. 12 y 13 del Convenio, de aplicación exclusiva -excluyente de la ley procedimental del Uruguay- por contener disposición expresa al respecto: "*Artículo 12*

Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.

Artículo 13

No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable."

En ese sentido los hechos alegados deben pasar por el llamado test de excepcionalidad.

Peter Mc Eleavy expresó cómo las cortes inglesas anotaron la importancia de asegurar que las excepciones fueran aplicadas estrictamente y de entender que sólo en casos excepcionales corresponde un rechazo a la restitución. En una de recalibración de la aplicación, también adoptada en otros Estados contratantes del Common Law entendieron que la propia letra de las normas indica suficientemente la excepcionalidad. Sin que deba agregarse un punto de tal, ni adoptar una interpretación tan laxa que sería subvertir los objetivos del Convenio. Debiendo otorgarse a la letra del Convenio el significado que sus palabras tienen. (Cfm. Peter Mc

Eleavy, "The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflexion?. Netherlands International Law Review, Springer y Asser Editores, publicado on line en Noviembre de 2015, Univ. de Dundee, Escocia, Reino Unido).

En el mismo sentido: de la Tesis de Onyoha Momoh, Universidad de Aberdeen, Escocia: "Inconsistencies in the interpretation and Application of Article 13 I b in cases involving domestic violence. Exercise of discretion. The exceptionality test." Publicado on line en Enero de 2018, págs. 79 y ss.).

En el caso de autos, no sólo no está presente la arriba citada nota de intolerabilidad, sino que el grave riesgo de daño que el Convenio requiere no sido siquiera alegado.

Por lo que de ninguna manera es habilitado el ejercicio de alguna discrecionalidad judicial.

Así surge del acto de proposición inicial de la parte sustractora, cuando a fs. 97 fundamenta la excepción interpuesta en el título, expresando que nunca se ha separado de sus hijas, que siempre han estado juntas, realizando las actividades cotidianas, las actividades del colegio, viajando, haciendo deportes y todo tipo de actividades; que si se dispone el retorno debería retornar con ellas, donde no tiene trabajo, que no pueden vivir con padre porque trabaja muchas horas y se dedica el ciclismo en su tiempo libre.

Y antes, había expresado: "*En todo momento desde que nos vinimos para Uruguay y anteriormente también, mis hijas han estado en permanente contacto con su padre a través del celular de L., libremente, todas las veces que ellas quieren comunicarse con él o él con ellas. Jamás privé a mis hijas de mantener contacto con su padre, jamás lo haría. No tengo por qué hacerlo siendo que D.L. es un buen padre con nuestras hijas.*" (fs. 91).

Con lo que se demuestra que las niñas tenían una vida plena de actividades compartidas en el estado de su formación, del que fueron privadas mediante la retención después de sus vacaciones, por un conflicto adulto no resuelto, que las expone a –este sí, grave riesgo- del desarraigo, como claramente lo indica en sus conclusiones el dictamen de la pericia social ordenada en autos, obrante a fs. 177 y ss. : "*La situación presente refiere a un conflicto adulto y sin resolución que expone a las dos niñas a las consecuencias propias del desarraigo que implica diversos cambios de orden material y emocional en su dinámica de vida y que ameritan de la contención y acompañamiento de ambos progenitores quienes deberían proporcionar en forma continuada y sostenida a partir de acuerdos que contribuyan a la estabilidad integral de ambas menores.*" (fs. 182).

Nada más lejos de la situación actual, siendo que la apelante declaró en audiencia que ella no ha mantenido más contacto con el padre de sus hijas, sino sólo las niñas.

El Tribunal considera que las alegaciones de falta de trabajo de la parte apelante en el país de residencia habitual y otras de mera conveniencia invocadas en los actos de proposición tanto inicial, como el que abre la etapa revisiva, son materia de resorte exclusivo de la Jurisdicción requirente, como bien lo apunta la Sra. Defensora de las niñas.

5.- Se irá a declarar de Oficio la nulidad de la previsión de la sentencia sobre la pensión alimenticia dispuesta a cargo del requirente.

La sede a quo carece de jurisdicción internacional para disponerla, con lo que en el citado punto, la sentencia es nula.

En efecto, la Jurisdicción para resolver sobre todo otro asunto que exceda el marco del objeto de los presentes procedimientos, pertenece al Juez natural, el Juez de la residencia habitual de las niñas involucradas.

Así lo establece la Convención de La Haya de 1980, particularmente en su artículo 16: "Artículo 16

Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio".

Por lo demás, si sólo se tratare de medidas provisionales de protección en caso de urgencia, cuya adopción se habilita al Juez de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentra el niño por el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, a través de su art. 11, precisamente la materia de alimentos queda expresamente excluida por virtud del art. 4 literal "e)" de dicha Convención: "Están excluidos del ámbito del Convenio:

a) el establecimiento y la impugnación de la filiación;

b) la decisión sobre la adopción y las medidas que la preparan, así como la anulación y la revocación de la adopción;

c) el nombre y apellidos del niño;

d) la emancipación;

e) las obligaciones alimenticias;

f) los trusts y las sucesiones;

g) la seguridad social;

h) las medidas públicas de carácter general en materia de educación y salud;

i) las medidas adoptadas como consecuencia de infracciones penales cometidas por los niños;

j) las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración." (destacado del Tribunal).

Así, en la especie, la disposición de la sentencia relativa a alimentos, de imposible ejecución en el Estado requirente debido a la citada ausencia de Jurisdicción

internacional del Juez uruguayo, fue impuesta en la apelada como condición al retorno.

Por lo que la imposibilidad de su ejecución en el Estado requirente, obstaculiza la restitución que por el presente pronunciamiento se confirma. Y amerita la declaración de nulidad insanable de Oficio, de acuerdo con el art. 116 del CGP.

6.- No se encuentra mérito para la imposición de sanciones procesales en el Grado.

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

FALLA.

CONFÍRMASE PARCIALMENTE LA SENTENCIA APELADA. REVÓCASE EN CUANTO ESTABLECE COMO CONDICIÓN DEL RETORNO UNA PENSIÓN ALIMENTICIA A CARGO DEL SOLICITANTE, MERCED A LA NULIDAD INSANABLE POR AUSENCIA DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL. MANTENIÉNDOSE EN LO DEMÁS. SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL EN EL GRADO. OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE A LA SEDE DE ORIGEN.

Dra. María Lilian Bendahan Silvera.

MINISTRA.

Dra. María del Carmen Díaz Sierra.

MINISTRA.

Dr. Alvaro Messere Ferraro.

MINISTRO.

Dra. Susana Kadahdjian.

SECRETARIA.