

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 138/2024

Oficina: Tribunal Apelaciones Familia 1 T

Importancia	Fecha	Procedimiento	Ficha	Tipo
MEDIA	08-07-2024	RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES	2-44219/2024	DEFINITIVA
Materias				
DERECHO DE FAMILIA				
Firmantes				
Nombre		Cargo		
Dr. Alvaro Ricardo MESSERE FERRARO		Ministro Trib.Apela.		
Dra. Ana Gabriela RIVAS GOYCOECHEA		Ministro Trib.Apela.		
Dra. Dolores Ivonne SANCHEZ DE LEON		Ministro Trib.Apela.(Supl)		
Redactores				
Nombre		Cargo		
Dr. Alvaro Ricardo MESSERE FERRARO		Ministro Trib.Apela.		
Discordes				
Abstract				
Camino		Descriptorios Abstract		
DERECHO DE FAMILIA->RESTITUCION INTERNACIONAL MENORES DISPUESTA POR JUEZ NACIONAL				
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO->FILIACION->CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS DEL NIÑO				
DERECHO DE FAMILIA->PRINCIPIOS->INTERES SUPERIOR DEL MENOR				
Descriptorios				
Sentencias Similares				
Resumen				
<p>Por la sentencia definitiva de primera instancia se desestimaron las excepciones interpuestas, manteniéndose firme el decreto por el cual se dispuso la restitución internacional de los niños a la República de Chile junto a su madre. Mantiene la medida cautelar dispuesta de retención de la documentación del sustractor y de los niños hasta la ejecución de la restitución, oportunidad en que se levantar las medidas. Queda de cargo de la requirente los gastos que impliquen hacer efectiva la restitución de los niños junto a su madre. Previene al Estado requirente que si dentro de los cuarenta y cinco días calendarios desde la comunicación de la presente sentencia no se adoptaran las medidas necesarias para el traslado de los niños, quedará sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas. La defensa de uno de los menores (de 9 años de edad) interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia sosteniendo que no se tuvo en cuenta la voluntad de la misma de querer permanecer en Uruguay junto a su padre.</p> <p>El demandado (padre de los menores) impugnó la sentencia; expresando que los menores han sido expuestos a diversas situaciones de violencia por parte de su progenitora, y que no se ha considerado la voluntad de la menor de permanecer en el país junto a él.</p> <p>La defensora de la parte actora evacuó el traslado abogando por el mantenimiento de la recurrida; expresando que la parte demandada no ha logrado probar la existencia de grave riesgo y el traslado fue realizado en forma ilícita.</p> <p>La defensa del otro de los menores (de 2 años de edad) abogó por la confirmación de la impugnada manifestando que el traslado fue ilícito y que los menores tenían sus derechos resguardados con anterioridad.</p> <p>El Tribunal procedió a confirmar la sentencia apelada manifestando que existió en el caso de obrados un desplazamiento ilícito del centro de vida habitual, y en cuanto a la voluntad de la menor de permanecer en el Uruguay, dicha opinión se encuentra fuertemente condicionada por la voluntad de su padre.</p>				

Ministro Redactor: Álvaro Messere Ferraro.

Vistos:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: "AA c/ BB – Exhorto Restitución

internacional de menores de 16 años de edad.", IUE 0284-000120/2020,

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 138/2024

Oficina: Tribunal Apelaciones Familia 1 T

provenientes del Juzgado Letrado de Familia de 1° Turno, a cargo de la Dra. Ialisa Briano.

Resultando:

1.-Por la sentencia definitiva recurrida, se falló: "Desestímase las excepciones interpuestas, y en su mérito, manténgase firme el decreto liminar en todos sus términos, providencia N° 2751/2024 del 22/5/2024 de restitución internacional de los niños CC y DD a la República de Chile. Manténgase la medida cautelar dispuesta de retención de la documentación del sustractor y de los niños hasta la ejecución de la restitución, oportunidad en que se levantar las medidas. Queda de cargo de la requirente los gastos que impliquen hacer efectiva la restitución de los niños junto a su madre. Previene al Estado requirente que si dentro de los cuarenta y cinco días calendarios desde la comunicación de la presente sentencia no se adoptaran las medidas necesarias para el traslado de los niños, quedará sin efecto la restitución ordenada y as providencias adoptadas. Sin especial condenación. Notifíquese personalmente."

2. La defensora de la niña CC, interpuso recurso de apelación contra la sentencia definitiva N° 99/2024, expresando en lo medular: coincide con las excepciones opuestas por el progenitor, y en especial de conformidad con la voluntad de CC libremente expresada, tanto en forma directa como indirecta, habiendo reafirmado su deseo de permanecer en Uruguay y no retornar a Chile, lo que además coincide con su interés superior.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 138/2024

Oficina: Tribunal Apelaciones Familia 1 T

Agravia la valoración de la prueba efectuada por la Sra. Jueza "a quo" desde que no se tuvo en cuenta la voluntad de la niña, expresada en entrevista con esta defensa y ante la sede en forma directa. Además, considera que el mantenimiento de la orden de retorno así dispuesta, resulta perjudicial para CC desde que la expone a la niña a un riesgo físico, psíquico o que de cualquier modo pueda resultarle intolerable, al disponer el alejamiento en forma abrupta de su progenitor, siendo su principal referente afectivo, sin siquiera determinar cuándo la niña podrá tener contacto con el mismo. Y de su abuela paterna quien se ha encargado de su crianza durante la mayor durante la mayor parte de su vida. Considera erróneo que la sentenciante concluya que la niña no puede dimensionar con la edad que tiene las consecuencias gravosas de la retención ilícita de la que fue objeto junto a su pequeño hermano. La niña fundamentó su negativa al retorno en forma clara y firme, demostrando que conoce las consecuencias a las que se enfrentaría si concreta su retorno. Por otra parte, resulta agravante para la niña que no se considere su interés superior. Surge probado que la CC se encuentra perfectamente integrada con su núcleo familiar y familia extensa en Uruguay y está concurriendo a Escuela Pública, con sus derechos a la salud protegidos.

En definitiva, solicita se revoque la orden de restitución dispuesta en primera

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 138/2024

Oficina: Tribunal Apelaciones Familia 1 T

instancia (fs. 409/413).

3. La parte demandada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia definitiva N° 99/2024, expresando, en síntesis: agravia que se haya desestimado la excepción interpuesta de grave riesgo. Se omite en la valoración de la sentenciante todo lo concerniente a la violencia física ejercida por la Sra. AA al suscrito y la violencia psicológica ejercida hacia los niños. Si bien los niños no fueron víctimas directas de violencia física por parte de su madre, han sido expuestos por ésta en reiteradas ocasiones a violencia psicológica, presenciando ellos mismos agresiones físicas y discusiones donde la Sra. AA era la promotora, así como también ésta los ha amenazado con pegarles con una chancla y les ha revelado situaciones exclusivamente adultas como son las relaciones paralelas y la infidelidad. La excepción de grave riesgo no se acota a la valoración de la situación de violencia invocada, sino que debe extenderse al análisis de los daños que sufrirían los menores si se hiciera efectivo su reintegro al Estado requirente, como ser un nuevo desarraigo, o la exposición a una situación que les afectará significativamente. El retorno a Chile no podría jamás considerarse seguro dada la inestabilidad habitacional, documental, económica, psicológica y relacional de su progenitora y las particularidades de ambos niños. Asimismo, agravia que la sede no haya valorado cabalmente la opinión de CC a través

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 138/2024

Oficina: Tribunal Apelaciones Familia 1 T

de los informes periciales, entrevista con la defensora y los referentes de INAU

y en forma directa en la audiencia. En todas estas comparecencias expresa

que quiere permanecer en Uruguay junto a su padre y familia paterna. La

opinión de CC en las distintas comparecencias fue sólida y consistente

(fs. 415/422).

4. La defensa de la Sra. AA, evacua el traslado

conferido, abogando por el mantenimiento de la recurrida. Expresó, en

síntesis: la parte demandada no ha logrado probar la existencia de grave

riesgo existente en caso de que los niños sean restituidos al país de su

residencia habitual, esto es, Chile. No existe grave riesgo para los niños al

retornar junto a su madre. Antes del traslado ilícito, su centro de vida lo tenían

en Chile. El supuesto riesgo alegado era conocido por el Sr. BB, ocurrió

bajo su supervisión como adulto protector de sus hijos y no fue el motivo por

el cual éste decide irse de Chile. Además, estos supuestos motivos de grave

riesgo no fueron los detonantes para que el Sr. BB sustrajera en forma

ilícita a sus hijos. El hecho que dio origen a la sustracción fue la denuncia que

la Sra. AA hiciera ante las autoridades de Chile por motivos de violencia

intrafamiliar y la decisión de ella de terminar la relación sentimental por esta

situación. No comete la sustracción de los niños porque fuera más

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 138/2024

Oficina: Tribunal Apelaciones Familia 1 T

conveniente para sus hijos sino por su propia seguridad. De la prueba diligenciada surge claramente que no es solamente una referencia materna la que se tomó en cuenta al momento de decidir, sino que además existieron declaraciones de familiares del Sr. BB, que estando en Chile, manifestaron que la vida familiar era normal, que los niños no tenían sus derechos vulnerados. Sustrajo a sus hijos de su madre, sin importarle el daño que les hacía, separando a un niño lactante, del cuidado y protección de la figura materna y a CC quien tenía tan solo 8 años de edad, siendo su madre la principal cuidadora de ambos. También comparte la valoración que se efectuó respecto a la excepción opuesta de integración de los niños a la sociedad uruguaya. No correspondía su interposición ya que no había transcurrido el plazo de un año entre la sustracción ilícita y el pedido de restitución. Respecto del menor DD la defensa de éste fue contundente al expresar que el padre actuó con total desprecio hacia sus derechos alejando a un lactante de su madre. Hoy con apenas dos años, es imprescindible la restitución inmediata. Respecto al agravio de no tomar en cuenta la voluntad de CC, expresa que la sentenciante hizo prevalecer el interés superior del menor frente al deseo de una niña de 9 años de edad. La voluntad válida a tenerse en cuenta es la que se encuentra en condiciones de formarse un juicio propio. La niña ha sido objeto de manipulación constante de su padre, el cual

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 138/2024

Oficina: Tribunal Apelaciones Familia 1 T

mediante engaños la sustrajo de los cuidados maternos junto a su hermano, la forzó a realizar viajes durante 4 días por pasos de frontera no autorizados, vulnerando sus derechos, exponiéndolos a riesgos, provocando desarraigo de sus familiares, privándoles les derecho a vivir en familia con sus afectos, forzando a la niña a mentir. Concluye que la opinión de la niña no fue libre y consciente. Respecto al agravio formulado por su defensa en cuanto a mantener la orden de restitución de la niña a Chile es exponerla a un riesgo psíquico o que de cualquier modo resultarle intolerable, no es de recibo.

Cabe destacar la necesidad de la niña de mantener contacto con su madre, su convencimiento que llegará al Uruguay, porque así se lo ha dicho su padre. La posición de la niña es de grave riesgo emocional porque está sometida en forma constante a un discurso paterno que tiene por objeto ilusionarla con una realidad que en los hechos no va a ocurrir (fs. 433/442).

5. La defensora del niño DD, evacuó el traslado, abogando por el mantenimiento de la recurrida. Expresó que el demandado admitió que el traslado de los niños fue ilícito. Con relación a la excepción de grave riesgo, indicó que los niños tenían sus derechos resguardados al momento del traslado inconsulto e ilícito por parte del padre. Asimismo, quedó acreditado que el padre les mintió al decir que la mamá se les uniría en Uruguay. Los

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 138/2024

Oficina: Tribunal Apelaciones Familia 1 T

testigos fueron contestes en afirmar que la familia BA vivía

bien en Chile, tenían cubiertas sus necesidades, los adultos trabajaban,

cubrían el arriendo y la abuela paterna colaboraba con la atención de los niños

mientras sus padres trabajaban. El retorno de los niños a su Estado de

residencia no reviste peligro para ellos (fs. 444/452).

6. La defensora de la niña CC, evacuó el traslado del recurso

de apelación interpuesto por la parte actora, abogando por la revocación de la

orden de restitución dispuesta en primera instancia (fs. 454/455 v.).

7. Por decretos N° 3716/2024 y N° 3716/2024 del 2 de julio de 2024, se

franqueó la alzada con efecto suspensivo, en las formalidades de estilo,

habilitándose la FERIA Judicial Menor, a sus efectos (fs. 456/457). Los autos

fueron remitidos al Tribunal de Apelaciones de Familia 1º Turno el 3 de julio de

2024 (fs. 468), quien los remitió a este Tribunal de FERIA donde fueron recibidos

con fecha 4 de julio de 2024 (fs. 468 v.) y pasaron a estudio simultáneo de los

Señores Ministros, resolviéndose el dictado de la presente, designándose

redactor al Dr. Alvaro Messere.

Considerando:

I. La Sala, por unanimidad de sus integrantes, confirmará la

sentencia de primera instancia y ello, por lo subsiguiente.

II. El caso se encuentra regido por el Convenio sobre los Aspectos Civiles de

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 138/2024

Oficina: Tribunal Apelaciones Familia 1 T

la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980 y ley N° 18.895.

El art. 1° de la ley 18.895, establece que el objeto del proceso regulado

en la ley es determinar si ha existido traslado o retención ilícitos de una persona de

menos de 16 años, toda vez que se haya verificado en violación de un derecho de

guarda o de custodia y preservar el derecho de visitas conforme a la Convención de

La Haya referida ratificada por ley N° 17.109 y a la Convención Interamericana de

Restitución Internacional de menores ratificada por ley N° 17.335.

Requiriéndose además que la persona “debe haber sido desplazada

ilícitamente de su centro habitual de vida, encontrándose en Uruguay”.

Cabe indicar, con carácter previo, que la defensa de CC se agravió por no

contemplar la voluntad expresada por la niña, que se encuentra integrada con su

familia en Uruguay y por el grave riesgo que implicaría el retorno a Chile. Por su

parte, la defensa del demandado se agravió por el rechazo de la excepción de grave

riesgo y la errónea valoración de la voluntad de CC y su interés superior.

El objeto de la alzada se encuentra circunscripto a los concretos puntos expuestos

en el memorial de agravios de los recurrentes, en atención al principio dispositivo y

de congruencia que informan el proceso civil vernáculo.

El juez de la apelación, no tiene más poderes que los que caben dentro de los

límites de los recursos deducidos. No hay más efecto devolutivo que el que cabe

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 138/2024

Oficina: Tribunal Apelaciones Familia 1 T

dentro del agravio y del recurso: "tantum devolutum quantum appellatum" (cf. Eduardo

J. Couture "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", abril 1993, pág. 366/368).

Por tanto, la Sala, se encuentra inhibida de ingresar al análisis de aspectos que no

fueron objeto de agravio.

En esta senda, los impugnantes no cuestionaron - antes bien, admitieron sin

ambages - que el traslado y retención de los niños revisten el carácter de ilícitos, así

como tampoco se agravieron respecto a que la actora detentaba la tenencia de sus

hijos CC y DD y que el centro de vida de los niños (elegido por ambos

progenitores) antes del traslado ilícito, se desarrolló en Chile.

En consecuencia, debe partirse de la base que el traslado y la retención de los niños

revisten el carácter de ilícitos y que no verifica, en la especie, el supuesto previsto en

el art. 13 literal a del Convenio de la Haya y art. 15 literal A de la ley N° 18.895.

III. Así las cosas, corresponde ingresar al análisis del agravio relativo a la

opinión de la niña CC.

A juicio de los firmantes, no se verifica en el caso la excepción prevista en el literal a

del art. 16 de la ley N° 18.895 y art. 13 del Convenio Sobre Aspectos Civiles de la

Sustracción Internacional de Menores.

El art. 12 de la CUDN, establece: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que

esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión

libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 138/2024

Oficina: Tribunal Apelaciones Familia 1 T

sus opiniones, en función de su edad y madurez.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”.

En consonancia con el precepto internacional, el art. 8 del CNA, establece: “Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las Leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida...”.

El vocablo “libremente” significa que la voluntad del niño, niña o adolescente no esté sujeto a una influencia o presión indebida.

De la declaración de la niña CC en audiencia, debidamente asistida por su defensora, se advierte que se encuentra en medio de un conflicto adulto, que le provoca inestabilidad emocional, cuya opinión, si bien se basa en sus propias vivencias, se encuentra fuertemente condicionada por la voluntad del padre.

Véase que le mintió acerca de la voluntad de la madre de venir a Uruguay. Con ese pretexto, el padre logró que la niña se fuera de su hogar para

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 138/2024

Oficina: Tribunal Apelaciones Familia 1 T

emigrar a Uruguay. Y aún hoy, CC, abriga la esperanza que la madre venga a

Uruguay, creencia fundada en dichos del padre, que carecen de sustento real (fs.

378/380).

El informe elaborado por la licenciada Keuroglián, concluye. "...si bien se

observa cierta alineación al discurso paterno, al tratarse de una niña, la dependencia

afectiva es intrínseca esta etapa del desarrollo. Las figuras amorosas (adultos

referentes) son fundamentales para la estructuración de la personalidad y figuras

desde donde nacen las identificaciones. De este, no es posible, como en otras áreas

pensar en una "voluntad libre" ya que el funcionamiento de los niños está atravesado

por los vínculos con sus figuras adultas referentes." (fs. 303).

Por tanto, se concluye, en coincidencia con la Sra. Jueza "a quo" que la

niña no está habilitada para expresarse libremente.

Su voluntad de mantenerse con el padre está seriamente condicionada por el

conflicto de lealtades en que está inmersa.

Del relato de la niña, se advierte un discurso adultomorfo, en la medida que repite

expresiones no apropiadas a su edad.

Por otra parte, la opinión de la niña es la que expresa con posterioridad al

acaecimiento de los hechos, lo que resta valor al genuino sentir de aquella.

La opinión de los niños, niñas y adolescentes, es relevante cuando es

auténtica y se encuentre libre de presiones o influencias de terceros que la fuerzan

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 138/2024

Oficina: Tribunal Apelaciones Familia 1 T

indebidamente (cf. Howard, Walter, en "El interés del menor en las crisis familiares:

guarda, comunicaciones y visitas", p. 220).

Por lo que, a juicio de los firmantes, no se verifica la excepción prevista

en el literal a del art. 16 de la ley N° 18.895 y art. 13 del Convenio Sobre Aspectos

Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

IV. Tampoco surge probada en autos la excepción prevista en el

literal b del art. 13 del Convenio de La Haya y literal B del art. 15 de la ley

citada.

En efecto, la Sala, no observa riesgos de seriedad que puedan

configurarse como óbices para que la restitución impetrada prospere. No se ha

acreditado que la madre no haya ejercido de modo efectivo el derecho de custodia,

ni que existiese un grave riesgo susceptible de exponer a los niños a un peligro

físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga a su persona en una

situación intolerable.

En este trillo, los pretensos riesgos que indica el demandado, en todo

caso, ocurrieron cuando los niños estaban bajo la custodia de ambos padres en

Chile, no surgiendo de los elementos de convicción allegados a la causa, que el Sr.

BB, tomara alguna acción para revertir la situación.

En todo caso, el que vulneró los derechos de CC y DD, fue el padre, que en

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 138/2024

Oficina: Tribunal Apelaciones Familia 1 T

forma ilícita trasladó a los niños a Uruguay, poniendo en riesgo tanto la salud física como psicológica de aquellos.

Como expresó relevante jurisprudencia: "El objeto de este juicio es determinar si el traslado o retención ha sido ilícito y no la determinación de la tenencia del niño o si debe hacerse lugar a una solicitud de radicación en otro país. Quien ha puesto en grave riesgo al niño es la demandada al adoptar una medida en forma unilateral, sin seguir los procedimientos legales. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención de Derechos del Niño, AA tiene derecho a estar en contacto con ambos progenitores y solamente puede ser privado de ese derecho por razones de su interés superior y bajo revisión del sistema judicial, todo lo cual fue ignorado por la demandada cuando adopta por sí y ante sí, la decisión de trasladarse a otro país y luego, retener al niño." (cf. sent. N° 2/2021 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno).

V. El concepto "interés superior del niño" refiere a la satisfacción de sus derechos fundamentales. Ni el interés de los padres, ni del Estado, puede ser considerado, el único interés relevante, es la satisfacción de los derechos de la infancia.

El "interés superior del niño", es una garantía, es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos y es una orientación o directriz política, para la formulación de políticas públicas para la infancia.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 138/2024

Oficina: Tribunal Apelaciones Familia 1 T

En el caso concreto el interés superior del menor está representado por el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre guarda o custodia, a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución.

VI. Con relación a la conformación del nuevo centro de vida de los niños, que los impugnantes hacen caudal, corresponde analizar la cuestión de acuerdo a lo dispuesto por el art. 23 de la ley N° 18.895, en consonancia con el art. 12 de la Convención.

Así, se establece la regla general de la orden de restitución inmediata cuando hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos.

Y una regla subsidiaria que establece que en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la espiración del plazo de un año, se ordenará la restitución salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Por tanto, no verificándose la condición de admisibilidad para considerar la regla subsidiaria, no corresponde ingresar a su análisis.

VII. No se formularán condenaciones procesales, por no

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 138/2024

Oficina: Tribunal Apelaciones Familia 1 T

corresponder.

Por estos fundamentos, y lo dispuesto por los arts. 248 y ss, del C.G.P,

el Tribunal de Feria, FALLA:

Confírmase la sentencia de primera instancia, sin especial sanción

procesal en el grado.

Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Dra. Ana Rivas – Dr. Álvaro Messere – Dra. Dolores Sánchez

MINISTROS

Esc. Rosario Fernández

SECRETARIA