

**Tribunal Apelaciones Familia 2ºT**  
DIRECCIÓN Pasaje de los Derechos Humanos 1309

**CEDULÓN**

**BENDAHAN LILIAN**

Montevideo, 12 de febrero de 2021

En autos caratulados:

**C [REDACTED] C [REDACTED], S [REDACTED] E [REDACTED] RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE  
MENORES DE 16 AÑOS**

Ficha 381-554/2020

Tramitados ante esta Sede se ha dispuesto notificar a Ud. la providencia que a continuación se transcribe:

Sentencia : 2/2021, Fecha :12/02/21

**Ministro Redactor: Eduardo Cavalli Asole**

**Vistos:**

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados **?C [REDACTED] C [REDACTED], S [REDACTED] E [REDACTED] ? Restitución Internacional de menores de 16 años?, IUE 381-554/2020**, venidos en apelación de la sentencia definitiva 123/2020, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Mercedes de Segundo Turno, a cargo de la Sra. Jueza, Dra. María Inés Ayala Araújo.

**Resultando:**

**1ro.** La recurrida dispuso la restitución del niño **S [REDACTED] E [REDACTED] C [REDACTED] C [REDACTED]** con la tenencia de su madre o en su defecto, sea entregado a su padre Sr. **A [REDACTED] C [REDACTED] A [REDACTED]**, en la ciudad de Buenos Aires, en el plazo de tres días; además, ordenó la intervención de INAU para dar seguridad a la restitución, dispuso el levantamiento de fronteras para el traslado y la comunicación a Autoridad Central (fojas 113 a 118).



**2do.** Interpusieron recurso de apelación la Defensa del niño y la parte demandada (fojas 122 a 124 y 125 a 127).

La Defensa del niño se agravia manifestando que mantener la restitución supone la separación del niño de su madre y enviándolo a la República Argentina se lo pondrá en situación de riesgo. Describe el autismo y sostiene que el centro de vida del niño es su madre, por lo que separarlo implicará un grave riesgo a la salud. Anuncia que la madre del niño no volverá a Argentina y por tanto el niño será separado de su madre.

Entiende que se debe respetar el interés superior del niño y que el mismo consiste en no ser separado de su madre.

Se agravia que se haya restado valor al peritaje que es imparcial e idóneo.

Entiende que no hubo traslado ni retención ilícita. En cambio, está probada la violencia doméstica y menciona que el literal B) del artículo 15 de la ley 18.895, considera las situaciones de violencia basada en género como causal de oposición a la restitución.

Se agravia finalmente, por la situación de la pandemia que se ha recrudecido en Argentina y por ello entiende que se está en una situación de grave riesgo.

La Sra. F [REDACTED] C [REDACTED] se agravia por disponerse la restitución, alegando que se expone al niño a un grave riesgo psíquico, que lo pone en una situación intolerable, lo que implicaría un retroceso a los avances obtenidos en Uruguay.

El informe pericial supone que se cumple la excepción prevista en el literal B) del artículo 13 del Convenio de La Haya y 15 de la ley 18.895, por el grave riesgo que implica la restitución. Expresa que dicha pericia se da en el contexto de que la compareciente ha decidido mantenerse en Uruguay. Alega que de la misma se desprende que los hijos del matrimonio y ella han vivido situaciones amenazantes y de violencia física, emocional, sexual y patrimonial.

Agrega que es ella quien se ha ocupado del niño, que en Uruguay lo hacen también su madre y la tía y que el padre trabaja muchas horas, no brindando cuidados al hijo, ni siquiera por zoom.

Entiende que la restitución es perjudicial para el niño en este contexto de pandemia, que el niño tiene ventajas viviendo en Uruguay, que el traslado fue lícito pues había una autorización de viaje.

**3ro.** Sustanciados los recursos, la parte actora evacuó el traslado, solicitando la confirmación (fojas 135 a 139).

**4to.** No se hizo lugar al recurso de reposición y se franqueó el recurso de apelación sin efecto



suspenso (resolución 3161/2020 de fojas 277 a 279).

Arribados, se dispuso el estudio simultáneo de los autos, integrándose la Sala sorteo mediante con el Sr. Ministro Dr. Gustavo Mirabal Bentos. Puestos al acuerdo, se procede al dictado de sentencia (fojas 293 vto. y siguientes).

**Considerando:**

**1ro.** La Sala habrá de confirmar la sentencia de primera instancia, por entender que los agravios no son de recibo.

**2do.** Corresponde señalar en primer lugar que estamos ante un proceso de estructura monitoria, donde las excepciones están limitadas según las previsiones de los artículos 15 y 16 de la ley 18.895. Justamente, la excepción interpuesta de falta de legitimación pasiva no está entre las previstas por lo que, conforme lo dispone el artículo 17 de la misma norma, debió tenerse por firme el mandamiento de restitución y ordenar hacer efectivo el mismo, comunicándolo a Autoridad Central. A fojas 62 luce el petitorio firmado por la Sra. C. [REDACTED], debidamente patrocinada donde expresa que no ha retenido al menor y solicita que se tenga presente que no se opone a que el niño retorne a Argentina.

Tampoco se interpuso oportunamente ninguna de las excepciones legalmente previstas por parte de la Defensa del niño.

Debe tenerse presente que, conforme lo establecido en el artículo 12 de la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores, ratificada por ley 17.335 de 17 de mayo de 2001, la autoridad judicial tenía sesenta días para dictar resolución, lo que evidentemente se excedió en autos, causando un perjuicio. La ley 18.895 fue diseñada teniendo en consideración los plazos establecidos por esta norma y la contenida en el artículo 11 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores o Convenio de La Haya, que establece el principio de las seis semanas para que el Estado requerido brinde una respuesta.

**3ro.** No se comparte que la restitución del niño a su país implicará un grave riesgo. La Sra. C. [REDACTED] al momento de contestar indicó que pensaba volver, cambiando luego su versión, excusándose en no tener un buen diálogo con el abogado (se trata de una abogada). Sin perjuicio de ello, la República Argentina es un Estado de Derecho, donde el niño y su madre podrán obtener la tutela del Estado, para el caso que sus derechos estén siendo vulnerados.

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, S[REDACTED] 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.

Ciertamente, en caso que considere que los derechos de su hijo o los suyos estén siendo vulnerados, podrá comparecer ante el sistema judicial del Estado Requirente a deducir las acciones que estime pertinentes.

Como se ha señalado por la jurisprudencia de ambas Salas, en este proceso, el interés superior del niño es el de no ser trasladado ni retenido en forma ilícita. La finalidad de la norma internacional, excluye cualquier consideración de fondo sobre la guarda o tenencia (entre otras, sentencias de la Sala 328/2008, 181/2012, 158/2012, 317/2014, 84/2015, 119/2016 y de la Homónima de Primer Turno 21/2015, 28/2016).

La Sala reiteradamente ha expresado en esas sentencias que se citan a vía de ejemplo y en base a la opinión de la profesora española Elisa Pérez Vera (informe explicativo del Convenio de la Haya), que no debe olvidarse que en nombre del interés superior del niño, en el pasado, a menudo las jurisdicciones internas han concedido finalmente la custodia en litigio a una persona que se había llevado o retenido al niño en forma ilícita. Esa es la razón por la cual, el concepto no se incluyó en el texto del Convenio, no obstante aparecer mencionado en el preámbulo, concluyendo que la filosofía de la norma se basa en este axioma: la lucha contra la multiplicación de los traslados internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés superior, esta su derecho a no ser trasladado o retenido alegando derechos más o menos discutibles sobre su persona. Y por ello, concluye la Sala, que el interés superior del niño es en realidad el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y posibilitar la segura restitución para que se el Juez del Estado de su residencia habitual quien resuelva, en definitiva, su situación.

En cuanto al apartamiento del dictamen pericial, debe tenerse presente que está justificado. Como se describe en la metodología, se trata de una entrevista familiar en el domicilio de la madre y el niño y telefónica con la Directora del centro ILES. No se recogió la versión del actor, ni siquiera telefónicamente por lo que, razonablemente, no se pueden sacar conclusiones absolutas, como por el contrario, sí lo hace el informe. También, la demandada alega las razones sobre la postura de las hijas y que estas fueron testigos de hechos de violencia, pero no hay ningún intento de al menos entrevistarlas, aunque sea a distancia.

La razón del viaje, según admite la Sra. C[REDACTED] fue venir a Uruguay a cuidar a su madre y luego pensaba volver. Pero relata a la funcionaria que cambia de actitud por el acoso telefónico, por lo que es el momento que decide separarse y no regresar. Se hacen referencia



a mensajes que el marido habría mandado y luego borrado, pero no se explica por qué no se cotejaron los archivos que normalmente estarían en el propio aparato telefónico de la Sra. C. [REDACTED]. Tampoco la perito se lo cuestionó y dio por ciertos hechos que eran fácilmente constatables. Posteriormente, se relata el buen vínculo entre madre e hijo, lo que no hace al objeto del proceso, pues nadie impide que la demandada regrese a Argentina y en su caso, si lo necesita, solicitar el amparo de la Justicia de ese País para pedir la tenencia exclusiva o trasladarse a vivir a Uruguay. La conclusión del informe, es que el niño ?continúe con su madre?, lo que -como se dijo- no forma parte del objeto de este juicio, pues no está planteado que se aleje de la misma. La problemática se centra en la actitud de la Sra. C. [REDACTED] de no querer volver, cuando el motivo inicial del viaje fue cuidar a su madre y su intención manifiesta, hasta que se convocó a audiencia, era regresar.

En cuanto a la posibilidad de configuración de la excepción de grave riesgo por la situación de violencia, la norma que fue incorporada por el artículo 44 de la ley 19.580, tiene como presupuesto que la violencia esté acreditada, lo que no ocurre en autos. Además, y como interpreta la Dra. BENDAHAN en su trabajo *?La reforma introducida por la ley 19.580??*, *Libro en Homenaje al Dr. Pérez Manrique?*, páginas 19 y siguientes, los compromisos de Uruguay al ratificar las dos grandes convenciones de la materia, hacen inaplicable el derecho interno, frente a las obligaciones que dispone su integración al sistema internacional. Es claro que los parlamentos nacionales no pueden dejar sin efecto por vía indirecta tratados suscritos por los Estados Partes, por lo que la interpretación armónica de las fuentes de derecho, indica que la excepción se aplica cuando se dé con los requisitos que establecen las dos Convenciones.

En tercer lugar, no está impedida la integración en aquellos casos donde la restitución se hace hacia un Estado requirente con un sistema judicial que puede brindar las mismas garantías de protección a la mujer y al niño que el Estado requerido.

**4to.** Por lo expuesto, se rechazarán los agravios de las apelaciones. En el caso, si bien no existió traslado ilícito dado que hubo autorización para viajar, si existe retención ilícita pues la madre no lo reintegro a su centro de vida que es en Buenos Aires. Conforme al art. 645 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para salir de la República Argentina o para el cambio de residencia permanente en el extranjero, En el caso por tanto, la retención resulta ilícita. En todo caso debió promover en Argentina proceso para obtener la radicación en el extranjero y no lo hizo. El art. 11 de la Convención Interamericana consagra las excepciones que pueden oponerse a la restitución y de demostrarse habilitan a la autoridad administrativa o judicial del Estado requerido a no ordenarla:

? 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 hubieren consentido o prestado su



anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o

b) Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiese exponerle a un peligro físico o psíquico.

La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión?.

En términos similares el art. 15 de la Ley 18895 en el literal B) prevé como excepción que exista un grave riesgo de que la restitución de la persona de menos de 16 años la exponga a un peligro físico, psíquico y que de cualquier otra manera ponga a la persona en una situación intolerable?. Y, como sostuvo Pérez Manrique (El interés superior del Niño en el Convenio de La Haya de 1980, RUDF 23, pág.127), la correcta aplicación del ISN en un proceso de restitución determina que en principio deba concederse la restitución para hacer efectivo el derecho del niño o niña a no ser trasladado ilícitamente, y en su caso, a una restitución rápida y segura. Excepcionalmente, de acreditarse algunas de las excepciones establecidas en el Convenio, se debe denegar la restitución a fin de proteger el ISN?.

No estando debidamente acreditado el grave riesgo para que S. [REDACTED] siga viviendo en Argentina como lo hizo hasta que la madre vino a Uruguay por un motivo que no estaba relacionado con la crianza del niño, ni con ninguna situación de violencia, por lo que corresponderá confirmar la recurrida.

**5to.** No se formularán condenas procesales por no corresponder

Atento.

A lo establecido en las normas citadas y artículos 248 y siguientes CGP, el Tribunal,

**Resuelve: *Confirmar la sentencia, sin sanción procesal.***

***Notifíquese, comuníquese y devuélvase para su ejecución.***

Eduardo Cavalli Asole

Ministro

Dra. Alicia Álvarez Martínez



Ministra

Dr.Gustavo Mirabal Bentos

Ministro

Esc.Raquel Agnetti

Secretaria

