

Trinidad, 4 de Mayo de 2016

## **SENTENCIA DEFINITIVA N° 30 /2016**

### **VISTOS:**

Para Sentencia Definitiva de Primera Instancia estos autos caratulados: **“ASESORIA AUT, CENTRAL DEC COOPERACION JURIDICA INTERNACIONAL – RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR - IUE 9999-1-2016”**

### **RESULTANDO:**

1) Con fecha 15.02.2016 se recibió el exhorto remitido por Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional, por el cual se solicita la restitución internacional del menor J. G. M. a España. Señala en la solicitud que:

a. J. B. G. A., padre del niño efectuó la solicitud de restitución en mérito a que su hijo J. G. M. se trasladó junto a su madre a Uruguay el 28.11.2015 sin autorización judicial.

b. la madre del niño Sra. A. M. F. le comunicó que regresarían el 06.12.2015 a España. No regresó en dicha fecha señalando que lo harían el 27.12.2015 y hasta la fecha de solicitud, el niño no ha regresado a España.

c. durante el tiempo en que el niño se fue de España se le ha impedido contacto con el niño existiendo duda acerca de su paradero ya que en la solicitud efectuada se denuncia como domicilio la calle Brasil XXX bis de la ciudad de Trinidad y Autoridad Central Española indica la calle Treinta y Tres XXX de dicha ciudad ( fs 97-98).

2) Por auto N° 369/2016 de fecha 15.02.2016 se dispuso la restitución internacional del niño J. G. M. al Reino de España. Se dispuso la citación de la madre del niño A. M. F. por el término de 10 días conforme

el art. 14 de la Ley 18.895. Asimismo se decretó el cierre de fronteras del niño así como la incautación de la documentación del mismo y de la Sra. M..

Se designó Defensora del niño a la Dra. L. D. L. y a la Defensora del solicitante (padre del niño) a la Dra. Rosario Flores. En otro orden se dispuso la notificación al Ministerio Público y Autoridad Central (fs 99).

3) A fs 106 se expidió el Ministerio Público manifestando que por imperio de los art. 649 y 652 de la Ley 19.355 no es competente para intervenir en el asunto.

4) Con fecha 24.02.2016 compareció la Dra. Rosario Flores defensora del solicitante asumiendo actitud de expectativa (fs 111)

5) Con fecha 25.02.2016 compareció la Dra. Luciana De León defensora del niño asumiendo actitud de expectativa (fs 113).

6) Por auto N° 655/2016 de fecha 29.02.2016 se tuvo presente la actitud de expectativa y se dispuso estar al vencimiento del plazo para la oposición de las excepciones ( fs 114).

7) Con fecha 01.03.2016 compareció la Sra. A. M. F. y opuso las excepciones de: inconstitucionalidad de la Ley 18.895 en sus art. 14 inc. 2 y 16 inc. Final; inexistencia de norma jurídica que habilite la intervención del Ministerio Público; preclusión de la instancia; art. 15 de la Ley 18.895 literales A y B y 16 literales A y C.

8) Ofreció prueba y fundó el derecho y solicitó en definitiva que se declare la inconstitucionalidad interpuesta respecto de los art. 14 inc. 2 y 16 inc. final; que se amparen las excepciones del art. 15 literal A y B de la Ley 18.895 y que se desestime la solicitud de restitución internacional del niño J. G. M. ( fs 205-223).

9) Por auto N° 717/2016 de fecha 01.03.2016 y atento a la admisibilidad procesal de la excepción de inconstitucionalidad deducida y conforme lo dispuesto por el art. 508 y siguientes del CGP se resolvió la

suspensión de los procedimientos y la elevación ante la Suprema Corte de Justicia (fs 225).

10) Por sentencia N° 70/2016 de fecha 30.03.2016, la Suprema Corte de Justicia desestimó la excepción de inconstitucionalidad (fs 232-233).

11) Por auto N° 1779/2016 de fecha 15.04.2016 se confirió traslado de las excepciones por el término legal de 6 días (art. 18 Ley 18.895) ( fs 240).

12) Con fecha 27.04.2016 compareció la Dra. Flores en representación del padre del niño evacuando el traslado de las excepciones manifestando en síntesis:

a. Que la Sra. M. sustrajo al niño J. G. ayudada por su hermana L. M. y un funcionario de la Justicia (ver fs 214 y 214 vto). Tampoco niega en ningún momento el traslado ilícito.

b. Que España era la residencia habitual del niño y que de acuerdo a su legislación, ambos padres deben dar el consentimiento para el viaje al extranjero o en su defecto la justicia.

c. que la Sra. M. se hizo de la documentación necesaria para viajar tramitando ante el Consulado General de la República de Barcelona un permiso que resultó irregular por lo que la cancillería formuló denuncia en el Juzgado Letrado de Familia Especializado de 6to Turno de Montevideo, en autos caratulados “G. M. J. CNA Ley 17.823 D Policial IUE 500-1096-2015”.

d. No obstante ello, la comunicación que la hace M. a G. es vía correo electrónico en donde pone en su conocimiento que J. se encuentra en Uruguay desde el 28.11.2015 regresando el 06.12.2015. Luego el 06.12.2015 le envía otro correo comunicando que el regreso se posterga hasta el 27.12.2015.

e. Que se han verificado estos extremos puede sostenerse que el traslado del niño ha sido ilícito por lo que habría que desestimar la

excepción en cuanto a la legitimación (art 15 literal A de la Ley 18.895). En lo que respecta a que exista riesgo físico o psíquico del niño, no existe tal ya que padre e hijo han tenido un buen vínculo siempre el que se ha visto interrumpido por la Sra. M. sobre quien recae la carga de la prueba.

Ofreció prueba y fundó el derecho en lo previsto en el Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción Internacional de menores Ley 17.109 y 18.895 y solicitó en definitiva se desestimen las excepciones opuestas.

13) Por auto N° 2010/2016 de fecha 27.04.2016 se tuvo por evacuado el traslado de las excepciones, se dispuso el diligenciamiento de los medios probatorios y se convocó a la Sra. M. con asistencia letrada, a la Defensora del Sr. G., a la Defensora del niño, a Autoridad Central y a los testigos propuestos a la audiencia a celebrarse el día 03.05.2016 a las 09.30 horas habilitándose el horario a tales efectos (fs 293-294).

### **CONSIDERANDO:**

1) Que habrá de desestimarse las excepciones opuestas en mérito a los fundamentos y consideraciones que a continuación se expondrán.

2) Teniendo en cuenta el alcance de la contienda del que da cuenta el objeto del proceso oportunamente fijado, se reseñarán los hechos principales planteado por cada uno de los contendientes.

### **3) El caso:**

El Sr. J. B. G. A. efectuó la solicitud de restitución internacional de su hijo J. G. M. vía Autoridad Central. Manifestó que la Sra. A. M. se trasladó junto con el niño a Uruguay el 28.11.2015 sin autorización judicial ni consentimiento de su parte para dicho viaje, comunicación que por otra parte se la realizó cuando ya estaban en Uruguay vía email. Dentro de las comunicaciones que le efectuó le fue indicando fechas posibles de regreso lo que nunca aconteció.

Dispuesta la restitución por la Sede por auto N° 369/2016 de fecha 15.02.2016, la Sra. M. compareció oponiendo las excepciones previstas en los art. 15 literales A y B y art 16 literales A y C de la Ley 18.895 solicitando en definitiva se desestime la solicitud de restitución.

Asimismo la excepcionante interpuso la acción de inconstitucionalidad de la Ley 18.895 en sus art. 8, 14 inc 2, 16 inc. final, 18 inc. final, excepción de inconstitucionalidad que fue desestimada por sentencia Definitiva dictada por la Suprema Corte de Justicia N° 70/2016 de fecha 30.03.2016.

#### **4) Vía de Tramitación y Normas aplicables**

La solicitud fue tramitada por el padre del niño Sr. J. B. G. vía Autoridad Central - Ministerio de Justicia Español- de la residencia del niño ( fs 20-30).

Es de aplicación al proceso de restitución internacional de menores el Convenio de la Haya de 1980 sobre “Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores”, convenio que fuera ratificado por Uruguay el 12.05.1999 por la Ley N° 17.109. En cuanto a su naturaleza jurídica puede decirse que pertenece al orden jurídico internacional ya que es creado por la “Sociedad Internacional”. Es el convenio por tanto una norma de derecho internacional privado de fuente internacional con eficacia extraterritorial entre los estados ratificantes. En el caso de los países que nos ocupan, España-Uruguay, ambos ratificaron el convenio, por tanto le son aplicables las disposiciones. Asimismo y en relación al orden jurídico interno, la Ley N° 18.895, publicada el 22.05.2012 la que regula un procedimiento autónomo y específico, con una estructura procesal especialísima, y con un objeto que se agota en sí mismo procurando así cumplir con las obligaciones internacionales asumidas. Esas obligaciones implican que para casos como el de autos, los Estados cooperen para garantizar una restitución de forma inmediata para aquellos niños que

hayan sido retenidos ilícitamente con el fin de evitar que se consolide en otro país la situación del niño trasladado o retenido ilícitamente.

### 5) Excepciones opuestas

Para una mejor comprensión, se detallaran una a una las excepciones opuestas por la Sra. M. y se analizará el alcance de las mismas determinando los motivos de porque no pueden prosperar:

Por un orden lógico corresponde en primer lugar analizar la Excepción del art. 15 literal A de la Ley 18.895 y 3 y 14 del Convenio de la Haya. La Sra. M. interpuso tal excepción fundándose en que el Sr. G. no tenía al momento de la solicitud de restitución la tenencia y el derecho de custodia sobre J..

Emerge de las actuaciones y del expediente glosado IUE 254-93-2012 caratulado “M. F. A. y G. A. J. - Homologación de Convenio” que por auto N° 1119/2012 de fecha 21.03.2012, la Sede homologó un convenio respecto de guarda, visitas, pensión alimenticia y visitas respecto de J. G. En dicho convenio se estableció que la guarda sería compartida y la tenencia a cargo de la madre. En España, Granada se realizó el procedimiento de Exequátur (reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras) por las que España reconoció la sentencia oportunamente dictada ( fs 162-163).

Efectivamente entonces, el Sr. G. ejercía los derechos que la confiere la patria potestad al momento del traslado del niño al Uruguay (28.11.2015), en tanto la prueba indica que G. no estaba privado de sus derechos y deberes que este instituto le confiere. No es menor que recabada la declaración de la Sra. M. y preguntada acerca de si en algún momento había iniciado algún trámite de pérdida de patria potestad respondió *“nunca pensé romper la relación entre ellos, de hecho considero que el niño tiene que tener contacto con su padre, jamás le negué que lo vea. A pesar de los hechos de violencia”*( fs 313). Por tanto, detentar la tenencia es

muy distinto a que el padre haya perdido la patria potestad. La tenencia, acordada por ambos padres a favor de la madre, no le da carta de ciudadanía a ésta para que por su sola decisión determine la residencia del niño, ya que el hijo, que es de ambos padres. No hay ilicitud cuando surge que quien solicita la restitución estaba en ejercicio del derecho de guarda y custodia, ya que como se señaló, el Sr. J. G. estaba en ejercicio de su patria potestad.

No obstante ello, se verifica un traslado y retención ilegítima, en tanto trasladó a J. desde Barcelona- España a Uruguay en el mes de noviembre de 2015 y no ha regresado hasta la fecha. La Sra. M. declaró en la audiencia que como el Sr. G. le negó la autorización se asesoró en la embajada donde le explicaron que sin el pasaporte del niño y/o sin autorización del padre, se requería la autorización de un Juez. Así fue que como los tiempos no daban para tramitarla en España, dijo haberla solicitado por intermedio de un apoderado de su padre, donde un Juez de nombre Santiago Lorenzo le facilitó la autorización (ver fs 311 vto). Esa autorización fue otorgada por un plazo determinado y al vencimiento del mismo no pudo regresar intentando por todos los medios conseguir un pasaporte y una autorización para regresar a España. De hecho manifiesta haberse asesorado en DNIC y en el Ministerio de Relaciones Exteriores con el Dr. Oliú quien le sugirió tramitar una autorización para regresar en el juzgado donde se había divorciado, que tal como surge de los acordonados IUE 254-92-2012 es la Sede.

A. M. efectivamente viajó a Uruguay con J. con esa autorización obtenida, sentencia Interlocutoria N° 413/2015 de fecha 24.11.2015 dictada en los autos IUE 246-63-2015 por el Dr. Silvestre Barreda titular del Juzgado Letrado de Familia de 21° Turno (fs 76-77) en los IUE 500-1096-2015 acordonados a los presentes. Dicha resolución fue objeto de una denuncia efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores cuando

producto de una investigación administrativa advirtieron irregularidades en cuanto a la salida del niño de España (fs 82-84 de los IUE 500-1096-2015), denuncia que dio mérito a la remisión de las actuaciones a la Justicia Penal, respecto de la cual se desconoce si existe resolución.

No obstante ello, la Sra. M. admite no haber regresado a Uruguay vencido el término concedido aduciendo una causa de imposibilidad, causa que no ha sido probada. No obstante ello admite haberle comunicado a G. su estadía en Uruguay con J. vía email, informando que el motivo lo fue por operación de su abuelo (padre de la excpcionante) y que el regreso se produciría el 06.12.2015 (fs 83). Posteriormente dejó sin efecto el regreso en la fecha señalada postergándolo para el 27.12.2015, hecho que tampoco sucedió, permaneciendo en Uruguay desde el 25.11.2015 hasta la fecha. Si efectivamente tenía problemas para regresar con el niño tal como lo señaló por problemas de documentación, bien podría habérselo planteado por la misma vía al padre para poder arribar a una solución y concretar el regreso. Evidentemente que el actuar de la Sra. M. indica que esa no era su intención, ya que a partir de que llegó al Uruguay, consiguió trabajo, inscribió a J. en la escuela y en distintas actividades culturales-recreativas, asentándose en la ciudad de Trinidad con un claro ánimo de permanencia.

En cuanto al argumento utilizado por la excepcionante respecto de que el Centro de vida del niño es en la ciudad de Trinidad, el mismo no es tal en tanto no puede configurarse como el centro de vida de la madre después de efectuada una retención ilícita. Véase que el centro de vida y residencia habitual de la que habla el art. 3 del Convenio de la Haya de 1980 la tenía el niño en España en donde ha vivido casi toda su vida aunque en diferentes ciudades.

#### **6) Excepción Art. 15 Literal B Ley 18.895 Riesgo Psíquico**

De la prueba incorporada en autos, a saber declaraciones testimoniales, declaración de la parte, declaración del niño y pericia

psicológica, no se vislumbra un riesgo psíquico de peso para el niño en caso de su retorno a España. La excepción, sobre quien recaía la carga de la prueba no pudo efectivamente desembarazarse de la misma y probar el riesgo mencionado. Véase que en todo momento, se hace referencia a los episodios de violencia sufridos con el Sr. G., violencia manifestada no solo personalmente en las ocasiones en que tenían contacto sino a través de mensajes de whatsapp, llamadas telefónicas y hostigamiento en los puestos de trabajo de la Sra. M.. En ningún momento se prueba ese grave riesgo para el niño exigido por el Convenio para que la excepción prospere. Véase que no se denunció riesgo físico y tampoco psíquico hacia J., de hecho eso es incongruente con el propio actuar de la Sra. M. que en todo momento manifestó en su declaración no querer que el niño pierda el vínculo con su padre. Asimismo éste siempre concurría con el padre los fines de semana durante el período en que vivió en Granada con su madre y el Sr. G. en Nerja. Este lo retiraba los viernes del colegio y lo reintegraba el lunes. J. recuerda esos momentos compartidos con su padre, relatando que pasaba bien y que efectivamente a su padre lo extraña. Si fuera tan riesgoso el vínculo padre-hijo, la madre no le hubiera permitido los tiempos juntos así como no le hubiera facilitado la posibilidad de ver al niño cuando J. G. no tenía dinero para viajar ( fs 311-312). Los hechos hablan por sí solos. Si tal era el temor y riesgo, tal tendría que haber sido la medida a adoptarse a su respecto. En similar sentido se pronunció el Tribunal de Canadá (*Québec*) *Droit de la Famille* 2675, *Sentencia No 200-04-003138-97* (En [www.incadat.com](http://www.incadat.com), *Jurisprudencia de la Corte de la Haya*).

Entonces riesgo físico no fue siquiera mencionado. 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 “grave riesgo” 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 expone gravemente.

En autos no se 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.

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 capacidad 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 situación de riesgo intolerable (*Alemania 7 UF 39/99, Oberlandesgericht Bamberg (Higher Regional Court)*), *09 June 1999 Reino Unido – Inglaterra y Gales en [www.incadat.com](http://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 peso que impliquen un riesgo grave para el niño.

Pues bien. Dentro del riesgo alegado, se refiere por la Sra. M. los comportamientos inadecuados y de violencia del Sr. G. hacia ella, la que se identifica mediante forma de insultos degradantes ya sea proferidos de forma personal o telefónicamente. Tanto de su declaración como de la de los testigos propuestos emerge que G. siempre ha mantenido actitudes violentas contra su persona pero en ningún momento se vislumbran comportamientos riesgosos para con el niño. Véase que cuando se la interrogó acerca de la relación del niño con el padre refirió a que la relación no es mala, que no duda que padre e hijo se quieran mutuamente (fs 311). Entonces tenemos un cuadro de violencia prolongada en el tiempo de G. hacia M. pero no hacia el niño. De hecho si ello fuera tal no se comprende como siempre J. durante el periodo que vivió en Granada visitaba desde el viernes al lunes cada quince días a su padre y hablaba por teléfono. Si la madre evidenció una violencia tal, debía tomado los recaudos correspondientes, extremo que no sucedió, muy por el contrario en todo momento A. M. expresa su voluntad clara de que el niño no pierda el vínculo con su padre. Asimismo de la pericia psicológica realizada por la psicóloga de la Sede, emerge preocupación por parte de J. en cuanto hace tiempo que no ve a su padre, refiriendo que él era bueno y que le gustaría verlo pronto (fs 306 vto), evidenciando ello un sentimiento de tristeza por no ver a su papá, lo que mucho dista de que G. implique un riesgo grave e inminente para su hijo.

No se vislumbra entonces un grado de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con sus padres la que se produjo en más de una oportunidad (en Uruguay, en Nerja España), configurando una situación que exceda el padecimiento propio provocado por el desmembramiento de la familia.

No puede perderse de vista que el proceso de restitución esta acotado a determinar si efectivamente corresponde hacer lugar a la misma o desestimarla en virtud de la prosperidad de algunas de las excepciones legalmente previstas. No se resuelve en procesos sumarísimos como el de autos cuestiones de fondo como la tenencia del niño, extremos estos que deben ser considerados por los Tribunales del lugar de residencia, que en el caso es España.

#### 7) **Excepción Art. 16 Literal A Ley 18.895**

En cuanto a esta excepción es claro que no se configuró ya que no hay una manifestación contundente del niño de no querer volver a España.

Independientemente de ello, la opinión del niño siempre se halla supeditada a que este haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados (art. 13, párrafo 2 de la Convención de La Haya y art. 12.1, Convención sobre los Derechos del Niño).

Cuando fue interrogado en audiencia expresó una preferencia, de que en el caso de tener que elegir donde vivir prefiriere en Trinidad porque es más lindo, porque se siente mejor y porque parece un “pueblito” ( fs 311 vto y 314).

Por tanto, la opinión del niño debe ser tenida en cuenta pero no es vinculante ya que debe valorarse la misma de acuerdo a factores tales como la madurez y edad. J., si bien es un niño pequeño de 6 años, demostró una comprensión clara de la situación y se desenvolvió tanto en audiencia como en la entrevista con la psicóloga de la Sede con mucha soltura. Claramente manifestó a la psicóloga que los niños *“tienen que estar con sus mamás y también con sus papás”*, expresando seguidamente *“no soy solo de ninguno, soy hijo de los dos”* ( fs 306 vto). Se desprende entonces que quiere a ambos padres y quiere estar con ambos viendo como imposible que los tres vivan en un mismo país porque los padres se pelean mucho y causan muchos problemas. No hay entonces un sentimiento fuerte de no

regresar, una objeción como lo requiere el convenio, sino una mera preferencia en tanto parecería para el que es la mejor forma de que no existan problemas entre los padres. Estas preferencias de estado no son suficientes como para configurar la excepción de la que habla el art. 16 literal A (*En similar sentido Sentencia dictada en Austria 9Ob102/03w, Oberster Gerichtshof, Austrian Supreme Court, 8/10/2003 y Bélgica N° de Rôle: 02/7742/A, Tribunal de Première Instance de Bruxelles, 27/5/2003 en [www.incadat.com](http://www.incadat.com), Jurisprudencia de la Corte de La Haya*).

Cabe destacar en lo que respecta a la declaración del niño, la misma se obtuvo respetando todas las garantías. Se dio cabal cumplimiento a lo dispuesto en el art. 78 de las “Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad” que estatuye que la declaración deberá recabarse en un ámbito lo más adecuado posible y con un conocimiento del niño acerca de la instancia en la que es partícipe. Tal extremo emerge con claridad de la audiencia celebrada a fs 308-319.

#### 8) **Excepción Art. 16 Literal C Ley 18.895**

No existe prueba alguna que indique que con la restitución se estén violando derechos fundamentales.

La directriz orientadora de la decisión es el “**interés superior del niño o el mejor interés del niño**” Este es un concepto que ha ido evolucionando a lo largo de la historia. Se halla recogido con especial interés no solo en la normativa interna (Art. 6 y 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley No. 17.823, Ley 18.895. Asimismo en la Convención de los Derechos del Niño en su art. 3 incorporada a nuestro derecho por la ley 16.137 art 3) sino a nivel internacional en la Convención de los Derechos del Niño en lo art. 9, 12, 18, 20 y 21 en lo que refieren a la primera infancia. Este principio implica que deban de tomarse todas

aquellas medidas que tiendan a proteger el bienestar, la seguridad, y el crecimiento de su persona. Conforme el art. 12 de dicha Convención se establece como preceptivo escuchar al niño cuando este tenga capacidad para expresarse y adecuándose la interpretación de lo manifestado a la edad evolutiva del niño.

Conforme la normativa Nacional e Internacional, la protección del “interés superior del niño” o también llamado “el mejor interés” es de tipo integral. Los textos normativos que regulan la niñez tienen una perspectiva diferente de la protección, por cuanto consideran en esa “integralidad” los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación.

Como señala el Dr. Carlos Álvarez Cossi en un artículo en la RUDF N° 23, pág 201 citando a Santos Belandro expresa que para Uruguay el interés superior del niño y del adolescente “*consiste en el reconocimiento y respeto y de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este interés, no podrá invocarse para menoscabo de sus derechos (art.6)*”.

En lo que respecta al interés superior del niño, este no debe confundirse. El mismo puede tener diferente alcance según la óptica desde donde se lo mire y la normativa a aplicarse. Así para el caso de restitución que nos ocupa, el interés del niño se centra no solo en que no se lo prive de su lugar de residencia habitual por uno de los progenitores en un uso ilícito de su calidad de padre sino que este “interés” se ve salvaguardado en tanto los jueces de la residencia habitual deben ser los que resuelvan con mayor cantidad de medios probatorios a su alcance los aspectos relativos a la tenencia del niño.

Estamos en un proceso acotado y con un objeto claro como es el de evitar los traslados internacionales ilícitos, por lo que entonces el interés debe apreciarse y ponderarse conforme a las circunstancias tanto fácticas

como jurídicas a fin de que la resolución respete los derechos fundamentales.

9) Como último punto a analizar y como contrapartida a “escuchar al niño”, se halla el denominado **Derecho de Respuesta**.

El Derecho a ser oído que tiene el niño en los procesos donde se involucra directamente resoluciones que incidirán sobre su vida, tiene como contracara otro derecho del niño que es el de “respuesta” la que debe ser clara y adaptada al nivel cognoscitivo del sujeto involucrado, que en este caso es J. de 6 años de edad.

En virtud de ello y en atención a que el lenguaje lejos de ser un formalismo es una herramienta que permite que los seres humanos se comuniquen, es indispensable que se utilice el adecuado a los efectos de que los interlocutores se comprendan. Tratándose de un niño pequeño de 6 años de edad, es que en el párrafo que sigue se hace un pequeño desarrollo de lo que comprende la resolución a efectos de que J. pueda comprender cuál es la decisión que la Sede ha tomado en relación a su vida y los motivos por los cuales se arribó. De esta forma se enaltece el principio del “Derecho a la Respuesta”, es decir derecho no solo a conocer sino a comprender el juicio realizado por el decisor.

**J.:** soy la Juez Fátima que estuvo hablando contigo en el día de ayer en el Juzgado. Como bien tú me lo dijiste ayer, yo estoy para resolver acerca de si vas a quedarte acá en Uruguay con mamá y con los abuelos Miriam y José o si debes volver a España donde está tu papá y los otros abuelos Beatriz y Antonio.

Se que acá en esta ciudad de Trinidad, en la que estás hace más o menos 4 meses, la que a vos te parece “un pueblito”, estás contento y tenés muchas actividades como el teatro, la piscina y el taekwondo aunque no tengas traje ni cinturón. Sé que te gusta y que te divertís, que tenés a Rosita

y a Dana como mascotas y que eso es bueno para ti. Pero también es verdad que en España hay personas y situaciones muy importantes para ti: allá puedes ver a tu papá, a los abuelos, primos y continuar la relación con tus amigos. Por otra parte también sé que España tal como me lo dijiste cuando hablamos en el Juzgado te gusta, pero que el lugar más lindo entre Nerja, Granada y Barcelona es Nerja, donde viviste con mamá y papá.

Por tanto como tengo que decidir aunque no tengo toga ni martillo como bien vos sabés, considero que es necesario que ahora a la brevedad puedas volver a tu país, España.

Así vas a poder ver también a papá, y a tus otros familiares. Eso no quiere decir que no puedas volver acá donde te sentís tan bien.

Como te dije en el juzgado, fue un gusto conocerte. Será hasta pronto.

Fátima.

10) **Condenas Procesales**: la actuación de las partes ha sido correcta no ameritando sanciones procesales.

11) Por los fundamentos expuestos y teniendo como línea directriz que el del Convenio que el interés superior del niño se promueve mediante la pronta restitución; lo previsto en La Ley 18.895; Convención Americana sobre los derechos del niño, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de vulnerabilidad Capítulos 2 y 3; y Convenio sobre “Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores” celebrado en la Haya en 1980 y Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia para Personas en Condiciones de Vulnerabilidad , Circular 37/2011, Circular N° 175/2012 de la Suprema Corte de Justicia

**FALLO:**

**DESESTÍMASE LAS EXCEPCIONES OPUESTAS Y EN SU MÉRITO DISPONESE LA RESTITUCIÓN DEL NIÑO J. G. M. AL**

**REINO DE ESPAÑA A EFECTOS DE SER ENTREGADO A SU PADRE COMUNICÁNDOSE A LA AUTORIDAD REQUIRENTE QUIEN DEBERÁ ADOPTAR LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA HACER EFECTIVO EL TRASLADO DEL NIÑO, ELLO SIN PERJUICIO DE LA RESTITUCIÓN VOLUNTARIA DEL NIÑO POR PARTE DE SU MADRE CONFORME LO PREVISTO POR EL ART. 10 DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980.**

**DISPÓNESE EL LEVANTAMIENTO DEL CIERRE DE FRONTERAS DE LA SRA A. M. F. Y DE J. G. M. OFICIÁNDOSE A LA DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES.**

**DISPÓNESE QUE LA SRA DEFENSORA DEBERÁ LEERLE A J. LA SENTENCIA EN EL CAPITULO QUE ESTA DIRIGIDO A ÉL.**

**NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE A LA SRA. M., A LA DEFENSORA DEL SR. G., A LA DEFENSORA DEL NIÑO, A AUTORIDAD CENTRAL Y A LA JUEZ DE ENLACE DRA. LILIAN BENDAHAM.**

**Dra. Maria Fátima Boné**

**Juez Letrado de Primera Instancia de Flores de 2do Turno**