

**Sentencia Nro. DFA-0011-000214/2018 SEF-0011-000039/2018**

**Ministra Redactora:** Dra. Mirian Musi Chiarelli.

Montevideo, 02 de abril de 2018.

**Vistos:**

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados **“R. C., F. C/ N. F., N. - Exhorto Restitución Internacional de Menores de 16 años”** IUE 2-34/2018 venidos en apelación de la Sentencia 10 de 28 de febrero de 2018 (fojas 604 a 646) dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de 1er. Turno, a cargo de la Sra. Juez, Dra. María Rosa Silva Rivero.

**Resultando:**

**1ro.** Por la recurrida se dispuso la desestimatoria de las excepciones opuestas y, en su mérito, se ordenó: a) mantener en todos los términos la restitución internacional de los niños V., F. D., M. I., R. E., F. M., P. L. y F. I. R. N. a la República de Chile, conforme fuera ordenado en forma liminar por auto nro. 18/2018 de 24/12/2017 (a fojas 104); b) condicionar la misma a la acreditación por el requirente o el Estado requirente en el plazo máximo de treinta días del cumplimiento de lo dispuesto en el Considerando XV (esto es, el aporte “...para la familia...” (de) “...una vivienda con características similares a la que moraban en Chile, antes de venir a Uruguay, ya que la finca de calle Los Ceibos 1344 - Comuna de Renca - Región Metropolitana - Chile, debió ser entregada a su propietaria. Dicha vivienda debe estar a disposición con contrato de arrendamiento y ser el garante el padre requirente y asegurar el pago del alquiler y los

*insumos como luz, agua, saneamiento y proveer la manutención y atención médica para la prole, en forma suficiente, siendo acreditado fehacientemente y vigilado por la autoridad correspondiente que todos estos servicios sean sostenidos en el tiempo, hasta que la Sra. N. pueda insertarse laboralmente si la crianza de los niños lo permite. De ser el Estado el que brinde la vivienda, salud, educación y manutención, deberá hacerlo saber a la Sede. Debe asimismo el progenitor o Estado requirente asegurar el acceso gratuito a asistencia jurídica y psicológica para los miembros de la familia.”);*

c) todo, con la previsión establecida en los artículos 17 y 21 de la ley 18.895; d) dejar sin efecto, una vez vencido el plazo otorgado sin que se hubiera verificado, el mandamiento de restitución inicial; e) el cese de la cautela de cierre de fronteras dispuesto respecto de los menores de autos, incluyendo a E. R. N., comunicándose y cometiéndose a la Sra. Alguacil de la Sede, en su oportunidad, la entrega de la documentación necesaria a las autoridades correspondientes; f) la devolución de la documentación de la requerida a la misma y la de los menores a la persona en cuya compañía efectuarían el viaje vía aérea, cometiéndose a la Sra. Alguacil de la Sede en su oportunidad. En cuanto a la documentación de E. R. N. se entregaría a quien los padres decidieran conforme se resolviera a dónde viviría; g) la comunicación a la Autoridad Central y a la Sra. Juez de enlace, a sus efectos; h) el establecimiento de los honorarios fictos de la parte demandada en 3 BPC; i) la expedición de testimonios si se solicitaren, se practicaren los desgloses a los que hubiere lugar y, oportunamente, se archivarán las actuaciones; j) todo, sin especial condena en el grado.

**2do.** La demandada, de fojas 654 a 666 vto., se alzó contra la sentencia dictada e interpuso recurso de apelación.

Como agravio manifestó que la A Quo no ordenó las diligencias necesarias a los efectos de dirimir el conflicto planteado como una verdadera directora del proceso y así poder alcanzar la verdad de los hechos alegados por las partes.

El ordenamiento procesal vigente, específicamente el artículo 139.2 del CGP señala que *“la distribución de la carga de la prueba, no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme a las reglas de la sana crítica de las omisiones o deficiencias de la prueba”*, por cuanto y aún en el caso de que no se hubiera producido la prueba necesaria para dar luz al proceso, podría el Juez suplir a las partes y solicitarla.

Este poder discrecional se confiere al juez no solo en consideración a su necesidad de complementar información sino también en función de elegir el medio de prueba que estimare adecuado para la causa, más aún en el caso en que se vean involucrados derechos de menores, donde todo el ordenamiento jurídico le otorga los más amplios poderes inquisitivos, a los efectos de dilucidar los hechos denunciados.

Se condicionó -en atención a la omisión de la A Quo en ordenar las diligencias necesarias a los efectos reseñados- la restitución de los menores a la acreditación por el requirente o el estado requirente, de diferentes acciones.

Jamás se recabó información o pruebas de las condicionantes que se señalaran en el fallo como imponderables, ni requirió prueba alguna antes de pronunciarse sobre la aptitud del

progenitor para ejercer la tenencia de los niños en caso de que se confirmara la restitución (por ej., las deficiencias locativas y económicas del padre de los niños para hacerse cargo en forma exclusiva de la manutención de sus hijos).

Jamás en el proceso se solicitó al Estado requirente declaración jurada, estado de cuenta o pago de impuestos de las diferentes empresas que el Sr. R. alegara detentar, como así tampoco se reclamó, frente a la denuncia de que había sido subarrendado el hogar familiar, una inspección ocular del apartamento donde vive en la actualidad y si el mismo puede recibir a los menores.

La A Quo debió, antes de resolver, tomar en consideración todos los informes solicitados y la prueba documental y testimonial ofrecida para requerir, vía autoridad central, la que consideraría pertinente y aclaratoria del proceso y no condicionar un fallo al cumplimiento o no de circunstancias de vida que deberían existir, por razones obvias, en la actualidad.

Fue motivo también de agravio que por decreto 482/2018 se haya permitido la agregación como prueba documental de las declaraciones realizadas ante notario público en la ciudad de Santiago de Chile de los Sres. A., O. y J. (resolución recurrida por su parte, a fojas 480).

Dicha prueba, aportada en actas notariales, fue guiada y dirigida por F. R., extremo que no advirtió nuevamente la Sede de primer grado. Sin mucho esfuerzo y al analizar tal documentación se desprende que tales declaraciones fueron “generadas” con posterioridad a la presentación de las excepciones y en función, por

tanto, de lo que su parte manifestó en su escrito (violencia, mal trato y carencia económica).

La intervención de un notario público no garantiza ni logra enervar de forma alguna la posibilidad cierta de que el Sr. R., previo a su intervención, hubiera instruido a los testigos para así obtener una declaración conveniente a su interés, tal como se expresara, un extremo que debió la A Quo tomar en consideración o simplemente analizar extremadamente antes de su incorporación al proceso.

La prueba no puede utilizarse como medio para ocultar o deformar la realidad, para inducir a engaño.

Le agravió que resultare obvio que dicho medio de prueba revistiera carácter de inadmisibles, ya que violentó lo dispuesto por el artículo 8 del CGP y fue diligenciada *in auditur altera pars* e igualmente se dispusiera incorporarlo al proceso.

Correspondía, por tanto, que por lo menos al momento de sentenciar y valorarlo, la A Quo aplicara un criterio de apreciación más riguroso, siguiendo el criterio pacífico de la jurisprudencia.

Asimismo y habiéndose admitido tanto lo informado por el psicólogo de los menores como así también su testimonio -lo que no fue objeto de recurso- agravió que el mismo haya sido absolutamente limitado y coartado por la Decisora de primera instancia (fojas 519 “*En este estado no se acepta la pregunta formulada por la defensora de la requerida en mérito a que se considera que el Sr. Núber no está declarando como perito...*”), no permitiendo a su parte hacer uso de los derechos de defensa y de un adecuado interrogatorio, al tratarse de un técnico y, por tanto, testigo calificado cuyo parecer resultaba absolutamente valioso para el proceso, máxime que una de las

excepciones planteadas por su parte fue el riesgo físico y psicológico que podrían correr los menores.

Otro agravio que destacó es que jamás se cumplió con lo dispuesto en el artículo 19 de la ley 18.895 respecto a que los menores deban ser oídos, circunstancia que solo aconteció respecto de V. R..

No se aplicó la regla general establecida en la ley de restitución que es oír a los menores, dándoles la posibilidad de que se respete su voluntad y que la misma sea evaluada o considerada de forma adecuada y no fuera de contexto.

En este punto es unánime la opinión acerca de la importancia de la voluntad del menor respecto a la cuestión esencial de su retorno o no retorno, siendo decisiva su opinión ante las autoridades competentes.

Es la propia normativa que señala que puede el Juez negarse a ordenar la restitución del menor si se comprueba que el mismo se opone a ello, cuando éste hubiera alcanzado una edad y un grado de madurez en que resultare apropiado tener en cuenta sus opiniones.

En tal sentido el convenio es claro, ya que establece que se deberá atender al menor que, teniendo edad y suficiente grado de madurez, pueda expresar su parecer en el asunto de su residencia definitiva y, si no lo tuviera, la Sede requerirá de especialista para una valoración correcta.

Sólo se entrevistó a dos de los menores (E. y V., resultando que el primero no era alcanzado por el objeto de este proceso por ser mayor de 16 años), y si bien los tres niños más pequeños son bebés, no existe justificación alguna a la omisión de

entrevistar a F. (de 8 años), M. (de 6 años) y R. (de 4 años) por parte de la Sra. Juez e, incluso, por parte de la defensora de los mismos, desconociéndose los motivos de tal omisión (ya que no se informaron las razones que las llevaron a prescindir de dicho encuentro), vulnerándose así el derecho de los mismos a que se conociera y resguardare, una vez conocida, su voluntad.

También le agravió que la Sentenciante de primera instancia no reparara ni valorara, sino que, por el contrario, retuviera la declaración de V. (que se recogió con la sola presencia de la defensora de los menores), y sin que se pudiese tener acceso por su parte a ésta, incluso negándosele su entrega en ocasión de anunciar los alegatos y el recurso que interpone, desconociéndose el contenido de ésta.

Del escrito de alegatos de la Defensora se dedujo que V. manifestó en su declaración que no le disgustaría continuar con su situación actual, expresando en paralelo su deseo de volver a Chile.

Destacó que, si la menor en la primera audiencia había expresado lo expuesto por la Dra. Silvia Laino, es dable preguntarse el porqué no se complementaron sus declaraciones con lo expresado por la misma en el marco de las diversas pericias (fojas 19 *“Tiene cifradas expectativas en que la incorporación de ambos en el plano educativo va a recomponer y a restablecer parte de la vinculación social diezmada. Si bien desean, en algún momento, poder reencontrarse con sus afectos dejados en aquel país, tiene plena conciencia de que el movimiento familiar que se generó era inevitable como factor de protección de la familia”*; fojas 478 *“La adolescente se ha formado un criterio propio sobre la problemática familiar, expresando sus*

*miedos de que ante la vuelta de la familia a Chile no existan sostén económico y afectivo para ellos”*). El análisis realizado por la Sede de primer grado fue absolutamente exiguo, no logrando descifrar los verdaderos deseos de la joven y nunca llegando a comprender la complejidad de la problemática planteada.

Se padeció una carencia de fundamentación en la impugnada al prescindir de la consideración de los diferentes informes llevados a cabo por el ITF, INAU, Ps Núber González y DAS, pese a su incuestionable valor decisivo, siendo pertinente el interrogarse hasta qué punto la potestad de la A Quo puede obviar los objetivos convencionales, invocando el interés superior de los menores.

Dicho dictamen, habida cuenta de lo relevado, es violatorio al principio de igualdad e imparcialidad, vulnerándose las garantías del contradictorio y del derecho de defensa de los menores y de la recurrente.

Agravió a su parte la valoración que se realizara de la existencia de abandono del hogar, custodia y centro de vida.

Se partió por la A Quo de un concepto muy estricto de “Centro de Vida” sin tomar en cuenta que en el ámbito del Derecho Internacional Privado existen enormes referencias a la dificultad de determinar qué se entiende por “residencia habitual”, ya que las diversas jurisdicciones la interpretan de manera diferente.

Por ello en el convenio se establecen lineamientos que ayudan a la justicia uruguaya a determinar el concepto de centro de vida, debiéndose preguntar si la A Quo entendió que correspondía la aplicación del mismo concepto de “centro de vida” a V. (que cuenta con 14 años) que a F. (que tiene 11 meses).

Sin lugar a dudas para los menores de cinco años (R., E., F. M., P. L. y F.) su centro de vida es su madre, por cuanto es con quien tienen el vínculo emocional primario y más fuerte, tal y como surgió de las diferentes pericias llevadas a cabo.

No se consideró ni se atendió (lo que también es motivo de agravio) que, si bien tanto la figura materna y paterna son importantes y determinantes para la formación de los más pequeños, existe aquella regla natural o biológica que da cuenta de una especial vinculación con la madre, que se va transformando e independizando a medida que los niños avanzan en su desarrollo.

Es en la etapa de la primera niñez que es crucial la presencia de la progenitora, con la que primordialmente se presenta el apego, elemento fundamental para la formación del niño, en cuanto factor de protección y contención.

Por tanto y antes de la resolución se debió considerar e incluso plasmar en el mismo fallo que, dada la gran diferencia de edad que existe entre los ocho niños y las disímiles necesidades biológicas y emocionales que requieren para vivir, la restitución afectaría a los adolescentes desde el punto de vista social y emocional, sin embargo, tendría efectos más dramáticos para los pequeños, máxime si se pondera que el menor de 11 meses se encuentra aun tomando pecho.

La pérdida de aquel vínculo materno o la posibilidad cierta de ello representan un grave peligro para los niños, en cuanto es una situación que los expondría (sobre todo desde el punto de vista psicológico y en el ámbito de su desarrollo personal) a una situación riesgosa e intolerable, todo lo que debió ser valorado, ya que la restitución se impetra solo respecto de los menores y no de la Sra. N..

El traslado de un menor de un país a otro, si bien en líneas generales es un cambio significativo en su situación, puede justificarse en función del interés superior del niño, extremo que, si bien distinguió la Sede de primer grado, no le otorgó la relevancia debida.

Le agravió también que no se tomara en cuenta el “abandono del hogar” conyugal del Sr. R., alegado por su parte, a raíz del próximo nacimiento de su hija N., producto de una relación extramatrimonial con la Sra. G. R., actual pareja del actor.

Ello surge inequívocamente, no solo de las pericias realizadas por el ITF a los menores (en donde se señala “*Para los hermanos mayores (E. y V.) estos aspectos se habrían visto menoscabados por una vivencia de abandono del Sr. R.*” (...)) “*la adolescente se ha formado con criterio propio al igual que su hermana desmitifica la figura del padre, vivenciado como una gran falla del mismo el abandono de la familia*”), sino también del informe psicológico presentado por su parte e, incluso, de las declaraciones de los testigos R. y M. R. (“*El papá de los nenes se había ido de la casa, ella había dejado constancia en una denuncia*”, fojas 486). Dicho extremo quedó aún más acentuado una vez diligenciada la prueba documental y testimonial ofrecida, ya que quedó demostrado que el Sr. R. se desvinculó casi totalmente de la vida de sus hijos, ejerciendo la Sra. N. la tenencia de hecho de éstos, tomando las decisiones necesarias para garantizar el bienestar de los mismos y así cubrir sus necesidades básicas, con el apoyo exclusivo de su comunidad religiosa y su familia, la que viajó por razones obvias a Chile a los efectos de ayudarlo con los niños y brindarle el apoyo necesario (Fojas 183 “*¿Puedes pasarme algo de plata? Difícil porque andamos recontra*

*apretados...”, fojas 500, testimonio de la Sra. J. R. “Que el padre no les pasaba dinero, que los niños no tenían asistencia de salud”; fojas 501 “Recibía apoyo económico de la comunidad y dinero que recibía de Uruguay”, fojas 502 “él se ausentaba de su casa sin dar explicaciones, cuando la Sra. N. preguntaba por esas ausencias se generaban situaciones de violencia”, fojas 541 “Lo que ella quería era que sus hermanos se vinieran a Uruguay, porque su papá ya no estaba en la casa y no tenían dinero, pedían fiado en el almacén”; fojas 548 “Cuando se fue su papá de la casa, quién era que se encargaba de todo? Mamá iba a la iglesia y muchas veces volvía con dinero que la comunidad religiosa le aportaba y muchas veces había gente de la comunidad bajando cosas”; “Cuando se le solicitaba dinero decía que cuando tuviera tiempo depositaba, depositaba 100 dólares cada dos semanas”; fojas 596 y 599, testimonio del Sr. R. “¿Está sirviendo pensión a M.” No estoy sirviendo por mes solo cuando me lo solicita” (...) “Mientras estuve acá no mandé nada, porque tuve que pagar todos los gastos de venir para acá y tuve gastos de mantener la casa en Chile”; carnet de control de Isapre, agregado por el actor, los últimos controles pediátricos se llevaron a cabo en el 2015, fojas 81 a 92).*

De hecho fue la misma decisora de primera instancia la que por un lado dejó consignado en la impugnada (capítulo de consideraciones generales) que *“El padre, el progenitor debe hacerse responsable de los menores en lo que respecta a lo afectivo y manutención, lo que no está haciendo al respecto de su hija de 18 años que vive en Chile y no lo ha hecho con la prole de 8 niños y*

*adolescentes que se encuentran en territorio nacional*”, pero y por otro lado, no lo juzgó ni lo estimó al momento de sentenciar.

Probada la indiferencia del Sr. R. en el ejercicio de la custodia de sus hijos, le agravió que la A Quo no hubiera tomado en consideración que el mismo Convenio de la Haya amplía su aplicación a aquellos otros en los que el derecho de custodia era atribuido ex lege o ejercido de facto, citándose las resultancias del artículo quinto en apoyo de su postura. Incluso la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores dispone que el derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia.

En la impugnada se confundieron los conceptos de los derechos de custodia y los derechos de acceso, resultando que el demandante -con anterioridad al traslado- no ejercía de forma efectiva la custodia que invocara y, por consiguiente, en aplicación de las normas mencionadas, tenía la recurrente total libertad de mudarse al exterior, radicándose en nuestro país.

Se agravió también que la A Quo no hubiera tomado en cuenta que la Sra. N. contó con el consentimiento y/o la autorización del Sr. R. para desplazarse a Uruguay, habiéndose aportado los emails enviados con anterioridad y posterioridad a este viaje agregados en el capítulo de prueba, el cual en forma por demás obvia señaló: *“Ya que los nenes están tan entusiasmados, lo hago sólo por ellos, eso está más que claro...Como te los llevarás por casi un mes los iré a buscar en la mañana, para que salgan conmigo...”* (...) *“Te dejé el permiso de viaje con M.. Quiero saber si hiciste el de la van, porque como te dije, sino lo hiciste voy a aprovechar de ir al depto. Porque además*

*está muy frío y es tarde para que andemos la calle, tanto yo con ellos, como tampoco voy a hacer que N. tome frío. Avísame”.*

Agravió también que no se hubiera aplicado apropiadamente el concepto de voluntad expresa, en el entendido que la manifestación de la voluntad es la exteriorización o reconocimiento de un hecho con el fin de darlo a conocer a los demás, resultando que la voluntad expresa que tanto reclamara la A Quo abarca el uso no solo de medios de escritura u orales sino también de gestos indicativos de esa voluntad.

Jamás se ocultaron las intenciones de radicarse en el Uruguay, destacándose que una vez en Montevideo, el 2/11/2017, ya el requirente esgrimió la opción de que su parte se radicara definitivamente en el Uruguay como algo cierto o posible, sin presentar oposición alguna a la misma: *“si no vienes, no voy a gastarme en pagar el arriendo de la casa, o mejor dicho, veré como ordeno eso del arriendo de la casa, para no tener que gastar en todo eso, arriendo, luz, agua, etc. y arreglar con M. un lugar para ella, más económico y yo también poderme acomodar con D., hasta que ella pueda decidir...”.*

El 05/11, el Sr. R. nuevamente le otorgó a la madre de sus hijos la potestad de decidir si se establecía definitivamente en el Uruguay o no, al indicar: *“Producto de que vi que casi vaciaste los roperos, y tu negativa a contestar, es que creo que efectivamente no piensas volver, más allá de todo lo legal que habrá que hacer, voy a ir resolviendo. Mañana cuando (sic) valla limpiaré y reorganizaré la casa, de forma tal que quizás me mude para allá, para abaratar un arriendo, o coloque en arriendo de piezas, de forma individual, o*

*ambas, es decir, me mude y arriende las demás piezas...” (...) “voy a juntar todas las cosas que pudieran servirles a los nenes, a ver si en cuanto despiece la peugeot y compre un auto, viajo y te las llevo...”.*

Por si fuera poco, con fecha 14/11/2017 (trece días antes de la fecha del supuesto regreso) el ahora requirente se comunicó vía email con la letrada patrocinante de N. expresando en esa oportunidad su consentimiento más que expreso de se quedaran en Uruguay, proponiendo suscribir un acuerdo respecto del régimen de visitas y los alimentos de los hijos de ambos: *“Estimada, me pasaron su contacto, dado que usted es quien está asesorando y representando a quien aún es mi esposa, en el caso de nuestro hijos, N. N...” (...) “Que limpie mi nombre y mi honra, de todas las acusaciones y denuncias infundadas que realizó (detalle al final el cómo).- Que quede estipulado que el régimen de visitas será de forma libre, es decir que yo podré visitar y salir con los niños sin ninguna clase de restricción, en cuanto a días, fechas u horas, siempre que éstos no alteren el normal vivir de ellos, respecto de la asistencia a la escuela o liceo. Sin necesidad de tener que dar aviso previo de que concurriré a visitarlos o salir con ellos...” (...) “Respecto a las obligaciones económicas Propongo disponer de un fondo de dinero equivalente al 40 % de los salarios o utilidades, el cual sería distribuido en forma igual por cada uno de los niños, y según con quién se encuentren viviendo de forma proporcional. Dicho pago será realizado en una cta o entregado a quien se indique, según corresponda y si fuera que residimos en países diferentes y estos dineros tuvieran que ser girados serán con cargos para quien reside, y será destinado solo para la manutención de los niños...”.*

Destacó que el Sr. . no es una persona cuyo coeficiente intelectual le impidiera saber o conocer las posibilidades de solicitar el retorno de sus hijos, como intentara hacer ver en su declaración a fojas 598 (*“explique porqué mandó el email con fecha antes del regreso de los menores a Chile, estableciendo pautas para arribar a un convenio de manera que los mismos quedaran viviendo con su madre y sus abuelos en Uruguay, Porque desconocía el procedimiento de restitución de menores”*), debiendo considerarse que él mismo le envió a la Sra. N. cartas poder redactadas por su puño y letra, proyectando las grandes líneas de un futuro convenio, etc., dejando así plena constancia de que sabía las posibilidades de solicitar el regreso de sus hijos (*“más allá de todo lo legal que habrá que hacer”*), estando de acuerdo en que los mismos permanecieran en el Uruguay.

Las expresiones y conductas desarrolladas y vertidas por el accionante, sin lugar a dudas, legitimaron la conducta de la Sra. N. y su decisión de radicarse en el Uruguay, ya que el mismo promotor del proceso accedió y consintió expresamente la voluntad de radicarse definitivamente aquí.

No se tomó en consideración la sucesión de hechos materiales (no solo los emails) que llevó a cabo el Sr. R. y que dejan de manifiesto el consentimiento de éste en que la demandada se radicare en el Uruguay con los hijos de ambos, tales como subarrendar la casa, vender y enviar los muebles a un depósito, intentar arrendar un apartamento para M., etc.

Ambos padres decidieron, uno directamente y el otro por la vía de los hechos y con posterioridad, permitir la radicación en

Uruguay y otorgarles a los hijos de ambos condiciones más apropiadas y beneficiosas para su desarrollo físico, emocional e intelectual.

Habida cuenta de todo lo relevado no hubo sustracción de los menores sino muy por el contrario, el traslado fue lícito, por lo que y bajo ningún concepto puede considerarse aplicable lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio de la Haya en el presente proceso, al no configurarse la causa del pedido de restitución.

De acuerdo a lo dispuesto por el literal b del artículo 13 de la Convención se permite al Juez interviniente evitar una entrega automática en el caso de que se comprueba que exista *“un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico”*, valorándose todo el entorno jurídico material de los niños y utilizándose las potestades especiales que el mismo Convenio reconoce para resolver siempre en beneficio de los menores.

Le agravió que la A Quo no considerara que la relación habida entre los padres no resulta funcional a la satisfacción de la necesidad de estabilidad emocional de los niños debido a que ambos no han logrado cesar la resolución agresiva de sus conflictos e incluso no se percibiera la inexistencia de indicios que permitieran vislumbrar un cambio en el patrón de conducta construido, el que se ha ido incrementando en el tiempo. Ello agudiza aún más la desprotección o vulneración de derechos de los niños cuyo interés superior se ha minimizado por la disputa de ambos, no habiéndose también ponderado la falta de redes sociales de apoyo y la carencia de actividad laboral de la demandada, lo que sumado al anterior conflicto aludido permite prever, sin lugar a dudas, el surgimiento en Chile de

factores de riesgo que afectarían el cuidado diligente de los menores de autos.

Se pasó por alto el estado psico emocional del padre de los menores y también la existencia de hechos de violencia física, emocional, patrimonial y psicológica, llevados a cabo en Chile y en Uruguay, lo que emergiera de la prueba documental y testimonial en forma por demás contundente.

Dichas conductas se fueron haciendo prácticamente cotidianas, manifestándose por medio de constantes agresiones verbales e insultos y, fundamentalmente, intentando manipular la voluntad de la demandada y la de sus hijos mayores en su favor (esto, por cuanto se le solicitaba la transferencia de la camioneta a su nombre a cambio de los permisos de viaje de los hijos de ambos “*Y sino vas a firmar el poder para la camioneta, entonces no me gasto en ir a la notaria a gastar plata y tiempo en arreglar el permiso de viaje de los nenes*”).

No se tomó en cuenta el informe del ITF en que surge que F. presenta episodios de Enuresis y un modo de encopresis, siendo derivado a médico psiquiatra, que M. I. padece episodios de tipo epiléptico de origen emocional y R. E. (a los cuatro años) no controla esfínteres, síntomas éstos que revelan la repercusión psíquica de la conducta violenta de su padre y que atestiguan que también están afectados por la violencia que ven.

No les llamó la atención a la A Quo ni a la Defensora de los menores los indicadores de la pericia y solo observaron si los mismos contaban con una buena escolarización, como si ello fuera el único indicador de la violencia intrafamiliar.

Adujo que los niños pequeños no registran intelectualmente lo que han presenciado pero sí lo manifiestan por medio de no poder controlar esfínteres, ataques de pánico o enuresis, baja autoestima, dificultades de relacionamiento con sus pares (bullying en el caso de V.), resultando que la conducta violenta de uno de los padres se transforma en un modelo de comportamiento y los niños que viven violencia esperan violencia y, por ello, es que mantienen una actitud de alerta de vigilancia frente a su entorno (como surge de la pericia del ITF).

A fojas 537 y 538 se señaló que el Sr. R., si bien en términos generales posee un buen control impulsivo, lo pierde en condiciones de intensa frustración, expresándose también, por otra parte, que la Sra. N. tiene vivencias depresivas y temores actuales de (no poder) sostener económicamente a su familia.

A fojas 245 se estableció en el informe social llevado a cabo por la Lic. Rosario Vilas que: *“Al respecto se observan indicadores que dan cuenta de estas manifestaciones de violencia tales como, ejercicio de poder a través del manejo económico, vigilancia por medio de tecnología informática, redes sociales, exclusión de una vida social independiente”*, emanando del informe elaborado por los psicólogos Berrondo y González los extremos ahora denunciados al señalarse que los pequeños de 7, 6 y 4 años recuerdan situaciones violentas (tales como gritos, insultos, el retiro de su padre por muchos días, visualizando incluso a la figura paterna como alguien dominante y agresivo).

En cuanto a los adolescentes de 15 y 13 años sugirieron que la situación de violencia *“hace mucho tiempo que se fue de las*

*manos*” y que este movimiento familiar era inevitable como factor de protección familiar.

El mismo técnico interpretó que sería muy riesgosa y desestabilizadora una intervención paterna en esta etapa, ya que los menores perciben acciones de manipulación y mensajes contradictorios que pretenden lesionar la imagen materna sin importar el costo que ello les significa a sus hijos.

Tampoco se valoró debidamente la denuncia presentada ante el Juzgado de Familia Especializado de 5to. Turno IUE 499-1250/2017, que le otorgara la tenencia provisoria de los niños a la recurrente y solicitó notificar a Migración a los efectos de que el Sr. . no ingresara al territorio nacional, expediente que hasta la fecha continúa en trámite, resultando llamativo que la A Quo considerara que no existieron hechos de violencia y, el Juzgado Especializado, frente a los mismos acontecimientos, tomara medidas de protección a favor de la Sra. N. como el no acercarse al hogar ni trabajo de la misma y no enviar mensaje alguno ni exponer en las redes sociales contenidos relativos a la problemática planteada.

Se agregaron mensajes telefónicos (a fojas 153) que delatan a las claras el carácter sumamente agresivo del requirente, habiendo la compañía Claro de Chile informado que los celulares de la recurrente habían sido bloqueados por el Sr. R. en uso del poder que se le había otorgado para su gestión, dejando a la apelante absolutamente incomunicada respecto de sus amistades en Chile, destacándose que fueron los dos adolescentes los que sintieron dicho bloqueo enormemente, ya que se vieron aislados de sus iguales y

confidentes en un momento duro como el que están viviendo, citándose lo consignado a fojas 151 en apoyo de su postura.

Se pasó por alto que, en el año 2016, M., la hija mayor del actor, decidió trasladarse a vivir por un tiempo a la casa de los padres de la apelante, habida cuenta de los malos tratos físicos y psicológicos que su padre le propinaba, extremo que surgiera de los mensajes que se adjuntaron en el cuerpo del escrito.

Agravió también a su parte que la A Quo expresara que no se pudo acreditar la existencia de hechos de violencia, desconociendo así la difícil situación que les tocó vivir a los menores y a la recurrente en tierras chilenas, obviando de forma flagrante, escudándose en la “tipificación” de testigo sospechoso lo narrado por su propia hija a fojas 545 (“yo viví mucha violencia con él. Siempre me pegó a mí y a mis hermanos. En mi cumple de 15 me bajó de los pelos de la escalera porque estaba enojado...Cuando salí de casa me cerró el portón con llave y...” (sic) “...hice fuerza para abrirlo y me encadenó al portón (...) “teníamos tres computadoras en la casa y apareció una computadora rota y entonces dijo que “éramos unos hijos de mierda”).

Hasta la propia dueña de la casa estableció por mensaje de texto que los vecinos se quejaron de la agresividad de R. para con ellos (fojas 520) y, por otro lado, varios vecinos estaban molestos de convivir a diario con él, producto de su agresividad.

Tampoco se consideró la denuncia ante delitos informáticos (nro. 6505469), la cual se encuentra en etapa de investigación o presumario, habiendo su parte aportado las pruebas señaladas y encontrándose a disposición del Fiscal que entiende en la

investigación, habida cuenta del reconocimiento que realizara el mismo requirente en el escrito de contestación de las excepciones.

Se expresó por el Sr. R. a fojas 200 y 201 que: *“Por tema de seguridad los celulares de la familia a la hora de entregárselo a los niños, N. y el mío, les instalo un sistema de rastreo para poder ubicarlos en caso de extravío o poderlos bloquear o formatear a distancia...”*(...) *“Porque tengo grabada a C. hablando de los famosos 2000 dólares que ella me trajo y que faltaban muchas cosas en la casa, pensó que era para la “otra” cuando en realidad era para pagar parte de las deudas”*.

Existe, sin lugar a dudas, grave riesgo y peligro físico y psíquico para los menores. Esto por cuanto al producirse dicha restitución sin el regreso de la Sra. N. hará que los menores se vean expuestos a una situación intolerable de autoritarismo y violencia e incluso de abandono, no solo emocional y físico, sino también material, por cuanto es la propia magistrada la que le solicitó al requirente que acredite realmente sus ingresos y trabajos, una locación para los chicos, escuela y salud.

Lamentablemente, el interés de los niños, espíritu y objeto de la ley de restitución no fue considerado en el fallo y mucho menos se ponderó la posibilidad de otorgarles a dichos menores el desarrollar su vida sin violencia, sin limitaciones y sin incertidumbre.

A pesar de haber solicitado la restitución de sus hijos el Sr. R. no tiene trabajo estable y no cumple con la manutención de la hija de las partes (M.), quien tuvo que irse del hogar, primero, a la casa de su novio y luego a una casa de integrantes de una comunidad religiosa porque su padre subarrendó la vivienda de ambos a diferentes

ciudadanos venezolanos, tal como surgiera de los emails enviados con fechas 05 y 06/11/2017 (“...quizás me mude para allá, para abaratar un arriendo o coloque en arriendo de piezas, en forma individual...” (...)) “Bueno. Hoy ya empecé a acomodar la casa, para ver de en la quincena empezar a arrendar las piezas. Por el momento y dado que ya tengo pagado el arriendo del dpto. Con M. decidimos que ellas se mudaran en principio al depto., y yo me vendré con G. y N. a la casa, ya que así podré controlar la gente a la que le tiene arriendo las piezas...”), ofreciéndole asimismo a su hija el alquilarle un apartamento, siempre y cuando ella fuera la garante, extremo que por razones lógicas no aceptó.

A la fecha no existe un domicilio cierto, habiendo tomado conocimiento su parte que fue desalojado de la vivienda que otrora tuvieron en común y vendido la mayoría de los muebles de la casa para pagar deudas (“voy a decidir qué hacer, tanto con las cosas que quedaron como con ellas...” (...)) “Mientras voy acomodando, que comencé por la cocina, y seguiré por el living, voy a juntar todas las cosas que pudieran servirles a los nenes, a ver si en cuanto despiece la peugeot y compre un auto, viaje y te las llevo...”).

Como surgiera de la documentación que se agregara (fojas 519 y siguientes) el Sr. R. a raíz de consentir la radicación de sus hijos en el Uruguay, comenzó a desplegar acciones tendientes a subarrendar el hogar familiar y así recibir réditos económicos por ello; no lo pintó, no lo ordenó, no esperó ansiosamente la vuelta de los mismos, como quiso hacer creer, sino que y, muy por el contrario, transformó el hogar familiar en un negocio.

Se agregó certificado de deudas de Equifax (Clearing), donde muy a las claras surgió la situación económica del actor, quien ha generado deudas desde el 2013, por montos importantes y en función de su escueta economía, debiendo aún por el parto y la atención llevada a cabo en la Clínica D. a la Sra. N. a consecuencia del nacimiento de su hijo menor un monto aproximado al equivalente a \$ 100.000, entre otras deudas.

Resulta obvio que no se conformó la estabilidad económica que intentó alegar a pesar de haber formado una sociedad en construcción con su actual pareja el 12/2 del corriente año (un día antes de venirse), cuyo capital integrado son 200.000 pesos chilenos (\$ U 9.652) a fojas 522. Surgió de la asamblea extraordinaria de la empresa R. Asociados Spa llevada a cabo el 13 de febrero (un día después de su constitución) que los socios R. y R. (su compañera y madre de su hija) se determinaron sus salarios y los bonos a percibir, que aún y por razones obvias no han generado y mucho menos cobrado.

Resulta más que obvio que el requirente no pudo ni puede brindarle a los hijos de las partes estabilidad económica y mucho menos emocional, un hogar decente, salud y mucho menos educación, al haber no solo desarmado el hogar familiar, debiendo servicios psicológicos de las dos hijas mayores, cuotas de Colegios, Isapre, etc., lo que implicaría que luego de la restitución se volvieran a pasar mayores penurias, someterlos a su voluntad tirana y a un nuevo cambio de vivienda, escuela, compañeros, violando sin lugar a dudas el interés superior de los hijos de ambos a tener una vida digna y sana.

Le agravió asimismo que no se hubiera tenido en cuenta las condiciones en las que en la actualidad viven los menores, por cuanto los abuelos maternos han otorgado parte de su inmueble a los efectos de que se instalara la Sra. N. con sus hijos en forma adecuada, buscando, a futuro, un inmueble cerca de su domicilio para arrendar.

Surgió también que la requerida comenzó a trabajar en el mes de enero en el Ministerio de Defensa Nacional, desempeñándose como administrativa y percibiendo un salario de \$ 16.955.

Se tramitaron las cédulas de identidad de sus hijos, su inscripción en el Sistema Nacional de Salud y en primaria y secundaria, a los efectos de que pudieran cursar los correspondientes ciclos en el 2018, como emanara de la documentación agregada a las actuaciones.

Los niños pequeños ya están acudiendo al Jardín XXX (del Servicio de Tutela Social de las FFAA) a partir de mediados del mes de febrero y F., M. y R. ya asistieron a la Escuela Nro. X, de tiempo extendido.

V. ya fue anotada en el Colegio XXXX y E. en la Utu XXX en la carrera de informática, ya habiendo comenzado sus cursos.

Se llevaron a cabo los controles de salud de cada uno de los chicos, tal como surgiera de la fotocopia simple de carnet de salud.

Se pudo acudir al dentista para que los diagnosticara y comenzara a llevar a cabo las intervenciones o arreglos que estimare conveniente.

E. y F. acuden con sus tíos al Club Deportivo XXXX, donde practican diferentes actividades físicas, así como también V..

Los menores comenzarán a acceder a diferentes beneficios proporcionados por el trabajo de su madre, tales como piscina, gimnasio, pista de atletismo, etc., todas actividades que en Chile no podrían llevar a cabo.

Se encuentran asimismo estables y contenidos por toda la familia materna, con sus necesidades básicas cubiertas, con una vida normal y previsible, con vínculos emocionales sólidos y constantes.

En Uruguay han empezado a tener paz, estabilidad y certezas, como así también auxilio económico y emocional relevante para el desarrollo individual de cada uno de los involucrados.

El mantenimiento de la restitución no solo generaría daños importantes a los más pequeños desde el punto de vista psicológico y emocional, sino que también determinaría que los hermanos crezcan separados, desestructurando una familia y su valor más importante como el de la solidaridad y el sacrificio, dejando así de lado “el interés superior de los involucrados”, sus derechos a tener una vida digna, cierta y estable, contenidos por una red afectiva que solo existe en nuestro país, ya que es donde se encuentra su madre, sus hermanos mayores, sus tíos, sus primos e incluso sus abuelos (por parte de madre). No debe ser la Justicia la que les deniegue a estos niños la posibilidad de encontrar otra forma de vida, y que no defienda su interés superior debidamente, y la que, frente a una separación tan conflictiva, elija el mal mayor, basándose en la defensa del derecho objetivo, perdiendo de vista lo realmente importante en la vida de estos chicos.

Pidió la elevación en apelación al superior correspondiente, se revocara la impugnada y, en su mérito, no se hiciera lugar a la restitución requerida.

**3ro.** Por auto 659/2018 (a fojas 667) se confirió el traslado del recurso al contrario y a la Defensa de los menores, el que fue evacuado primeramente por ésta última de fojas 684 a 690, solicitando la confirmatoria íntegra de la atacada.

Fincó su postura en mérito a las siguientes consideraciones:

Los agravios esgrimidos en los puntos referidos en relación al objeto y valoración de la prueba (numerales 1 a 17) no son de recibo en cuanto erraron en la determinación de ambos conceptos.

Los agravios expresados evidenciaron confusión en los conceptos de valoración de la prueba y eficacia de la misma.

No corresponde ingresar como pretendiera la accionante a recabar prueba respecto de la actitud del progenitor para ejercer la tenencia de sus hijos, el retiro del hogar conyugal del Sr. R. o la registración y facturación de las empresas de la sociedad conyugal, dado que ello no es objeto del proceso ni de la prueba.

No resultó acertado lo expresado en los puntos 10 a 17, en los que se señaló que la Sede de primer grado debió tomar en consideración todos los informes, por cuanto ello efectivamente se hizo, admitiéndose y valorándose como prueba.

Los agravios respecto al derecho de los niños a ser oídos no son de recibo como se expresara.

Se procedió a designar asistencia o representación a las personas menores de 16 años, en consonancia con la evolución de sus

facultades, asegurando así su participación en el proceso. Siendo E. y V. adolescentes y por tanto acorde a lo establecido por el artículo 74 b del CNA, capaces de asumir responsabilidad por sí mismos en el proceso, V. expresó directamente su opinión ante la A Quo en oportunidad de celebrarse la primera audiencia de autos.

E., dado que cumplió 16 años en el decurso del proceso y acorde a lo establecido en el artículo 4 del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980, no quedó comprendido en el mismo.

El oír a un niño no implica necesariamente su verbalización ante el Tribunal, sino que ejercen su derecho de manera progresiva en la medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, no siendo necesario una instancia que los exponga de manera innecesaria, cuando son también formas de oírlos aquellas expresiones no verbales manifestadas a través de especialistas como en este caso, las realizadas ante la psicóloga Ana Nin y Lic. Silvia García.

Sus informes recogieron expresiones y manifestaciones de los niños que constituyen el fundamento de la pretensión, a fin de que se vieran protegidos sus derechos, pretensión que por su edad no pueden expresar por sí mismos.

Es llamativo que la accionante expresara que no se escuchó a los menores dándoles la posibilidad de que se respetara su voluntad, voluntad que debió tener en cuenta al propia accionante y no lo hizo, no reparando en todo el proceso en el hecho de su propia conducta antijurídica al retener ilegítimamente a sus hijos, privando al otro progenitor del ejercicio y contralor del derecho de custodia,

vulnerando su derecho a vivir en familia, no considerando a los niños como personas sujetos de derecho y voluntad propias, reteniéndolos ilícitamente en un país que no es el de su residencia habitual, desarraigándolos de todo su entorno cotidiano de su centro de vida, sus amigos, sus vínculos, hermanas, padre, escuela y comunidad religiosa. Y es a dichos efectos que en ejercicio de la designación que confirió la Sede de primera instancia que se hizo escuchar su voz, siendo informados y asesorados de la situación en la que estaban involucrados y sus alternativas, voz que la requirente no tuvo ni tiene en cuenta tal como puede apreciarse del informe de las psicólogas citadas y pudo corroborar la Defensora en la entrevista que mantuvo con E., V. y F., en la que clara y directamente expresaron que no sabían que no volverían a Chile. En ese mismo sentido fueron claras las expresiones obrantes en autos de lo afirmado ante la Sede de primer grado por la adolescente V. y la testigo M., que todos los menores desconocían la motivación de la Sra. N. al venir a Uruguay, en cuanto a que el viaje era solo de ida. Recién estando en suelo uruguayo lo informó a sus dos hijos mayores que estaban con ella y no así a los más pequeños, que aún no lo saben.

Se esgrimió también como agravio el reclamo a la Sede de primer grado por no considerar la oposición de V., quien de acuerdo a sus expresiones no le disgustaría permanecer en Uruguay.

La posibilidad que resulta del cuarto párrafo del artículo 13 del Convenio de 1980 y la expresada en el literal A del artículo 16 de la ley 18.895, se admite solo frente a una voluntad de férrea oposición al reintegro al país de residencia habitual; lo que en el caso de autos no se ha dado, expresando V. una preferencia de deseos

acorde al entorno actual que la rodea. La A Quo tomó en consideración sus expresiones y las constancias de autos, lo que no permitió extraer una actitud intransigente en relación a su regreso a Chile, acorde con los criterios que configuran tal eximente, en cuanto no importan una resistencia cerrada que se explicita en una oposición fuerte de retornar a su país de residencia habitual.

En base a todo lo expuesto, no se ha violentado el principio de garantía del derecho de los menores a su participación en el proceso, en cuanto se ponderó la satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías que se les reconocen, respetándose el derecho de los mismos por su condición de personas sujetos de derecho, su participación en consonancia con el principio de autonomía progresiva, su derecho a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta, y el respeto a que se decida por el Juez de su residencia habitual todo lo concerniente a su guarda o custodia, en su medio familiar, social y cultural.

También en relación a los agravios en torno al concepto de residencia habitual se reveló un desconocimiento del contenido y definición en los términos del derecho internacional de restitución de menores.

Se introdujeron elementos ajenos al concepto y que hacen al derecho de fondo del que expresamente se prohíbe su consideración por el Juez que entiende en la restitución.

En el desarrollo del punto IX de los considerandos, la impugnada se abocó al análisis de la excepción que en caso de configurarse expondría a los menores a una situación intolerable al volver al lugar donde era su residencia. Se tomó en cuenta a dichos

efectos los resultados del informe pericial ordenado por la Sede de primer grado que no fueron controvertidos o impugnados en los términos del artículo 183 de la ley 15.982, y que concluyeron en que no se evidenciaron síntomas de estrés postraumático por situaciones de episodios de violencia intrafamiliar, por lo que tienen validez sus resultados en cuanto constituyen una forma de expresión de los niños, realizando la decisora la valoración de dicha prueba a la luz de lo dispuesto por el artículo 140 del CGP.

Apreciando tales circunstancias, se tuvo la convicción por la Sentenciante de primer grado de que no se conformó la excepción de grave riesgo, sino que existe un fuerte vínculo de los niños con ambos progenitores y que ambos resultan ser figuras referenciales.

Los argumentos desplegados por la recurrente no demuestran agravios que configuren una errónea valoración de los elementos probatorios señalados que impidieran arribar a las conclusiones de la decisora de primera instancia, ponderando el principio del interés superior del niño por sobre otros derechos, aunque impliquen una limitación de los derechos de uno de los litigantes.

El contenido del derecho de custodia debe ser entendido como aquel derecho de los padres que refiere al cuidado y decisión de sus hijos, así como el derecho a decidir el lugar donde se radiquen, tal como da cuenta el artículo 5 del Convenio de 1980 y artículo 1 de la ley 18.895.

La titularidad de tal derecho implica responsabilidades de conducción, educación y salud de los hijos, que a la luz de la abundante prueba documental glosada y valorada en autos,

testimoniales y periciales, ha quedado demostrada y valorada adecuadamente su eficacia probatoria en cuanto a que ambos padres ejercían en forma de corresponsabilidad tales derechos acorde a lo que exige la ley de la residencia habitual de los menores.

Concluyó en que no son compatibles los argumentos esgrimidos por la apelante, entendiéndose que debe mantenerse la restitución requerida.

Pidió el rechazo del recurso impetrado y por consiguiente el mantenimiento de la impugnada.

**4to.** De fojas 691 a 700 vto., fue la representante del Sr. R. quien evacuó el traslado del recurso, en mérito a las siguientes consideraciones:

Abogó por el mantenimiento de la atacada.

En cuanto al primer agravio esgrimido por su contraria, consignó que la recurrente adoleció de un total desconocimiento del objeto del presente proceso, ya que el mismo no consistió en determinar ni la guarda, ni la tenencia, ni la pensión alimenticia, ni el régimen de visitas que eventualmente pudieran corresponder cuando los padres de los niños ya no viven de consuno. Dichos aspectos corresponden sean dilucidados en el lugar de residencia habitual de los niños y no en un juicio de restitución internacional como el de autos. La A Quo nada dijo acerca de que fuera el padre el que ejerce la tenencia de los niños, no fue una interpretación correcta la expresada en sus agravios, no pudiendo agravarse de algo que no surge de la impugnada.

De lo que se trató en la especie fue determinar lo que emana de los artículos 1 de la ley 18.895 y 3 de la Convención de La

Haya Sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y no entrar a un análisis exhaustivo acerca de cuál de los padres es el más apto para ejercer la tenencia de los niños.

Lo decidido por la Sra. N. (en cuanto a su postura de no retornar a Chile y que si la A Quo mantenía la restitución regresarían solamente sus hijos y ella permanecería en nuestro país) es una resolución que nada tiene que ver con el objeto del procedimiento.

Es lógico que, si ella opta por permanecer en el Uruguay y que los niños regresen solos a su residencia habitual, seguramente será el demandado quien se haga cargo de la prole, asumiendo las obligaciones que le demanden, cumpliendo a cabalidad lo dispuesto en la sentencia.

No es competencia de la Sede analizar ni determinar si el padre es apto o no para ejercer la tenencia de sus hijos, ello es resorte de la justicia chilena y si la progenitora considera que es ella la persona apta para ejercerla, pues debería volver a Chile y litigar por ello.

Ninguno de los aspectos que destacara en sus agravios debieron merecer por la Sede un análisis profundo. Los medios probatorios diligenciados fueron desplegados con el fin de obtener la información requerida para este tipo de procesos cuyo objeto ya fue aclarado.

Quedó acreditado que la Sra. N. vino al país con un permiso firmado por el padre, por el periodo comprendido entre el 2 y el 27 de noviembre de 2017, y expedido por notario. El motivo del viaje era el de concurrir a una fiesta familiar, pero a pocos días de llegar a Uruguay, la madre de los niños comenzó a realizar una serie

de actos con la finalidad de afincarlos y arraigarlos en este país, ante la eventualidad de un reclamo internacional. Es así que les tramitó los documentos de identidad uruguayos, los anotó en escuelas, liceos y centros educativos, los llevó a consulta médica, consiguió un trabajo en el Ministerio de Defensa Nacional y decidió por sí y ante sí radicarlos aquí sin consultar a la otra persona que ejerce como ella la patria potestad sobre sus hijos: el padre.

Quedó también probado que el lugar de “residencia habitual” de sus hijos era Chile, extremo que surge de los certificados de radicación, constancias de estudios, declaraciones testimoniales, etc. No existen dudas acerca de dónde vivían los niños hasta que fueron retenidos ilícitamente, hecho reconocido y no controvertido. El cambio de la residencia habitual de los hijos debe ser determinado por el consentimiento de ambos padres, lo que surge de las normas infringidas por la contraria (artículos 49 de la ley de menores de Chile y disposiciones del Código Civil Chileno, artículos 224, 225 y 229).

No hubo autorización del padre a que permanecieran en el Uruguay, es más, cuando el mismo tomó conocimiento de que existía un juicio que contemplaba su derecho a que los niños retornaran, comenzó inmediatamente la restitución internacional al amparo de las normas ya citadas.

Se acreditó entonces la retención ilícita, citándose doctrina en apoyo de su postura.

En cuanto a los agravios de la contraria acerca de las pruebas no diligenciadas, o diligenciadas defectuosamente, se refirieron a hechos no controvertidos. Reclamó una inspección ocular que debió hacerse en Chile para demostrar que la casa donde estaba el

hogar conyugal ya no existe, la que fue entregada a la propietaria por gestiones de la propia madre de los niños al abandonar el país. Dichos asuntos no fueron puestos en tela de juicio, simplemente y a los efectos de una restitución segura su representado acreditará el haber alquilado una nueva vivienda a la que ellos regresarán.

Se insistió por la recurrente con el hecho de que el padre de sus hijos no tiene trabajo, que su trabajo es “clandestino” -como lo declaró en la Sede de violencia doméstica- y que no tiene capacidad económica para hacer frente a los gastos del hogar, cuando le consta que vivían todos del trabajo de R..

Quizás no tenían el nivel económico que ella aspira, pero es la vida que el padre les puede proporcionar.

En ningún momento reconoció que con su accionar contribuyó a que su representado no pudiera seguir trabajando en algo tan lucrativo como lo fue la empresa que ambos compartían en Chile antes de que ella abandonara el país.

Surgió probado que contaban con dos vehículos apropiados para transportar turistas a diferentes destinos en Chile, sobre todo a lugares en donde se practican deportes en la nieve, que les reportaba muy buenos ingresos, pero y al estar la empresa a nombre de N., su representado no pudo seguir trabajando en tanto no le dejó un poder que le permitiera facturar electrónicamente, retirar dinero, operar en las cuentas de la empresa, etc. Fue así que se generaron innumerables deudas, cuya responsabilidad N. pretendió adjudicar solo al accionar de su cónyuge, tomando distancia de algo que ella misma generó.

Dicha actitud seguro fue con el fin de luego poder esgrimir graves problemas económicos que harían imposible el retornar a vivir en Chile. Seguramente la Sede de primer grado no diligenció esas pruebas que posteriormente se reclamara por la contraria porque con lo que ya luce agregado en autos se dio por suficientemente ilustrada. En todo caso debió haber sido ella quien las pidiera en la oportunidad procesal correspondiente, lo que no hizo.

Se agravio su contraria, además, porque la Sede de primer grado admitió como prueba documental las declaraciones juradas realizadas por personas cercanas a la familia y que acreditaron ante notario público (con el debido “apostillado”) que eran personas que frecuentaban la casa de las partes, que los conocían desde hace muchos años, que compartieron múltiples actividades familiares y que jamás presenciaron situaciones de violencia doméstica, ni siquiera escuchando alguna vez que la Sra. N. mencionara nada semejante.

Ante la imposibilidad económica de acceder a una declaración testimonial vía skype o videoconferencia -según consignara la Sede de primer grado en actas- se pidió que las declaraciones juradas fueran agregadas como prueba documental, por cuanto reunían todos los requisitos exigidos por el CGP, como forma de garantizar el derecho al debido proceso del requirente.

En cuanto al agravio referente a la declaración del testigo Psicólogo Núber González y a su informe realizado junto a la Psicóloga Berrondo, no es cierto que no haya sido objeto de recurso alguno.

Esto, por cuanto en la etapa procesal correspondiente se solicitó por su parte el rechazo de una prueba que para su entender era

preconstituida, habiéndose dejado constancia de ello en el acta de la primer audiencia celebrada.

En la declaración del testigo G. se corroboró lo afirmado por su parte, por cuanto su trabajo fue realizado a pedido de un familiar de los niños, cobró honorarios (a pesar de que no fueron facturados) y era conocido por la familia, un extremo que no es conveniente según la posición de la cátedra de la especialidad, en tanto le quita seriedad y objetividad al estudio y, además, reconoció haber tenido en consideración la opinión de los abuelos maternos que nada tienen que ver con el asunto que se ventila. De manera que la declaración de G. no podía ir más allá de lo meramente formal en cuanto a la validez de su “pericia”, ya que los aspectos psicológicos de los niños fueron objeto de análisis por parte de las peritos especializadas del ITF, garantía de imparcialidad, seriedad y objetividad.

En cuanto al agravio acerca de que los niños de autos no fueron oídos, ello no se comparte.

Esto, por cuanto fueron patrocinados por la Dra. Laino quien desde el inicio del proceso se presentó a asumir su defensa y a aclarar el alcance de la misma.

En fundadísimo escrito presentado consignó que sus defendidos son personas que no alcanzaron su capacidad plena, pero que deben ser tenidos en cuenta en tanto son sujetos en desarrollo.

Solicitó se complementara la prueba respecto a acreditar debidamente su centro de vida y pidió, además, se realizara una evaluación de los niños por técnicos especializados del ITF en

relación a su nivel de desarrollo acorde a su edad, relacionamiento e intereses de su entorno social y vínculos con sus progenitores.

Se entrevistó con los niños, conversó con ellos y los ilustró acerca de sus derechos.

Evidentemente, no puede ejercer su defensa de igual forma porque algunos son adolescentes, otros son infantes y otros son niños de muy corta edad que no pueden comunicar su parecer, en esos casos actuó en su carácter de curadora-defensora tal cual lo establece la ley. Del informe de la Psicóloga del ITF surgió que los más pequeños desconocían totalmente los pormenores de su traslado, nunca fueron informados acerca de que se radicarían en Uruguay y que no regresarían a Chile, aconsejando que no se abordara con ellos la temática en audiencia por total falta de conocimiento de los aspectos que reviste el proceso. Su madre, nunca les explicó su proceder y no intentó jamás hacerlos partícipes de los cambios radicales que sufrirían sus vidas. La prueba de ello está que casi todos los niños están afectados por diversos padecimientos físicos y psíquicos desde que están en el país. N. tomó distancia nuevamente y se los adjudicó a la vida que llevaban en Chile y no al desarraigo al que los ha sometido. En ningún momento asumió la más mínima responsabilidad o autocrítica en los hechos que generaron el presente juicio, por el contrario, se muestra como “víctima” de una situación en la que ella nada tendría que ver y les impone a sus hijos una vida que ellos no eligieron y para la que nunca fueron consultados.

La psicóloga Ana Nin dejó constancia en cada entrevista con cada uno de los niños que: tenían una relación cercana a su padre, lo extrañan y ninguno evidencia síntomas de stress postraumático por

situaciones de episodios de violencia intrafamiliar. La defensa de los niños fue asumida con total dedicación y responsabilidad por la defensora designada, la que con ayuda de las pericias solicitadas logró presentar a la Sede el verdadero parecer de los niños, garantizándoles el derecho a “ser oídos”, tal como lo establece la normativa. Algunos - los mayores- lo hicieron verbalmente expresando su sentir y otros -los más pequeños- se manifestaron a través de actitudes y síntomas que fueron consignados en la pericia, tratando de preservarse su integridad, sin revictimizarlos.

Con respecto a E., si bien conversó con su Defensora, luego fue excluido del proceso, atento a que cumplió 16 años durante el transcurso del mismo. V. y F., sí estuvieron con su Defensora, contrariamente a lo dijo la recurrente, quizás no pudieron expresar su opinión libremente en tanto desconocían, al día del libelo en estudio, el motivo por el cual no regresaron a Chile.

En cuanto al agravio respecto a la valoración realizada de la existencia de abandono del hogar y del concepto de centro de vida, se demostró por la recurrente un total desconocimiento en cuanto a éste último elemento, citándose relevante doctrina en apoyo de su postura y concluyendo que el mismo no es el lugar donde está su madre sino el país en donde los niños nacieron, crecieron, se criaron, estudiaron, se desarrollaron y vivieron hasta el mes de noviembre del pasado año, fecha en que la madre decidió alejarlos de su residencia habitual y retenerlos ilegítimamente.

Nada impediría a la Sra. N. su retorno a Chile, dado que no tiene ninguna denuncia que la impute de delito alguno, tiene sus documentos al día, es residente del país pudiendo ingresar y salir

cuando le plazca, simplemente ella decidió no volver, de la misma forma que decidió unilateralmente retener a los niños en el Uruguay y ese será su problema. La impugnada nada dijo acerca de que los niños deban separarse de su madre y pasar a vivir con el padre, por lo tanto, dicho extremo no constituye un agravio.

La apelante reivindicó derechos que ella no respetó, ya que habla de que los niños no pueden ser separados de su madre, porque hay un natural apego cuando son pequeños, dice que los adolescentes -en el caso de que se ratificara su restitución- se verían afectados desde el punto de vista emocional y social, pero entiende que los efectos serían más dramáticos para los más pequeños en el entendido que perderían el vínculo con ella, redundando en un *“...grave peligro en tanto esa situación los expone sobre todo desde el punto de vista psicológico, en el ámbito de su desarrollo personal, y del interés superior del niño, constituye un riesgo de que se vea afectado o expuesto a una situación intolerable...”*, cuando y quien debió haber pensado antes, con madurez y responsabilidad acerca de la situación intolerable en la que colocó a sus hijos debió ser ella y no adjudicarle al padre la culpa de los padecimientos que hoy tienen los niños.

Esto por cuanto, por su accionar, están siendo afectados psicológica y emocionalmente, y no por tener que volver a Chile, sino porque están aquí sin saber por qué y hasta cuándo.

La psicóloga del ITF constató sus múltiples problemas: F. D. de 8 años *“...parece identificado con la figura paterna y se pregunta los motivos del distanciamiento...”* (...) *“se observa que el niño necesitaría conocer la realidad para que se facilite la expresión*

*de sus sentimientos y el poder ubicarse en un lugar propio dentro del entramado familiar” (...) “ha presentado episodios de encopresis y se encuentra derivado a Psiquiatra Infantil...”. Acerca de I., de 6 años, “...vivencia una buena imagen de ambos padres, con un importante deseo de no perder el vínculo con R. Manifiesta una vivencia de pérdida actual de sostén que estaría relacionada a la pérdida del hogar familiar...”. R. de 4 años: “ Manifiesta que extraña a su padre y que desea a su familia constituida...Tiene pase a Urólogo y Psicólogo porque presenta episodios diarios de enuresis, no habiendo logrado un control cabal de sus esfínteres...” y respecto de P. L. de tan solo 2 años de edad, se consignó que: “...la Señora manifiesta que está a estudio de su Médica Pediatra con miras a su derivación a psicoterapia en caso de que continúe demostrando episodios de angustia y llanto...”, todos síntomas que no guardan relación con el hecho de tener que regresar a Chile y sí tienen que ver con el haber sufrido una retención ilícita que los alejó de su centro de vida y su residencia habitual, ése es el grave peligro para los niños, y no otro.*

Se agravió también la recurrente porque la Sede de primer grado no habría tenido en cuenta el supuesto abandono del hogar que hizo el padre de sus hijos, cuando R. siempre se hizo cargo del cuidado y la manutención de su numerosa prole, más allá de que la pareja ya no viviera de consuno. No se acreditó la supuesta ayuda que recibiría la demandada de su comunidad religiosa o los giros de dinero que le enviaría su familia para poder sobrevivir, en cambio, sí se han probado los innumerables giros de dinero que le hizo R., prácticamente todos los días para que pudiera solventar los gastos del hogar, no debiéndose valorar por la A Quo un supuesto abandono de

hogar que no acarrea consecuencias jurídicas perjudiciales para los menores.

Se le atribuyó a la A Quo *“una confusión de los conceptos de derecho de custodia y los derechos de acceso, el demandante, con anterioridad al traslado no ejercía de forma efectiva la custodia que invoca. Por consiguiente, la Sra. N., en aplicación de las normas mencionadas, tendría la total libertad de mudarse al exterior, radicándose en nuestro país...”*, no pudiéndose identificar las normas a que se hizo referencia en dicho pasaje, pero seguro nada tienen que ver con la ley chilena, uruguaya o los tratados ratificados que amparan la litis.

En cuanto a la supuesta autorización de radicación expedida por el padre, se pretendió hacer valer emails, transcripciones de comunicaciones electrónicas sacadas de contexto y presentadas a la Sede de primer grado como instrumento válido para permanecer en el país con sus hijos. Se sacaron frases, recortó, pegó y luego concluyó que le asistía la razón, debiéndose estar a los argumentos precedentemente expuestos para decidir el cambio de residencia habitual de los menores (artículos del Código Chileno citados, Convenio de la Haya y Ley de Menores de Chile).

En referencia al agravio sobre la valoración del riesgo grave y peligro físico y psíquico para los menores, la inadecuada disolución del vínculo de parte de los adultos no enerva la decisión de la restitución. No es un peligro grave el no haber podido resolver de común acuerdo lo que es mejor para los niños. En todo caso, deberán hacerlo en los tribunales chilenos porque era allí donde vivían, y donde curiosamente la madre jamás radicó reclamo alguno ni

denuncia alguna, por lo cual, no puede decir que sus derechos no hayan sido contemplados.

Hizo mención a situaciones de violencia de parte del padre que no fueron probadas. En su intento por retener a los niños en Uruguay, apenas llegó al país, radicó diversas denuncias en Sede de Familia Especializada acusando al padre de supuestos maltratos de diversa índole, las que no prosperaron a pesar de sus esfuerzos ampliando las mismas y agregando supuestos hechos nuevos, llegando al extremo de denunciar al padre de sus hijos por haber venido en camioneta de su propiedad desde Chile y haber trasladado -sin permiso de ella- a la hija de ambos, D. de 17 años que vive con su padre en Chile, cuando es ella quien retiene ilícitamente a ocho niños sin la más mínima autocrítica. El padre de sus hijos y su propia hija D. estuvieron demorados varias horas en la frontera al ingresar al Uruguay para participar de este proceso por las denuncias sin fundamento que realizara la recurrente ante Sedes uruguayas.

Citó las resultancias de los expedientes iniciados por la contraria en apoyo de su postura.

Del informe de la Psicóloga Ana Nin se desprende también que no ha habido violencia intrafamiliar en tanto consignó que: “...no se evidencian signos de stress postraumático por situaciones de violencia intrafamiliar...”, resultando que la única denuncia que sí existe en Chile por violencia doméstica fue contra la apelante y surge agregada en autos, cuando agrediera a su hija D. y la lastimara.

Se agravió además porque no se tuvieron en cuenta las consideraciones finales del DAS agregado y que fuera impugnado por

su parte en la etapa procesal pertinente. Dicho informe debió centrarse en el objeto de la pericia que se solicitara, que era la situación social de la familia, sin embargo, la asistente social arribó a conclusiones con la sola versión de una sola de las partes en el proceso, con total falta de objetividad, seriedad y rigor científico. Se extralimitó en su función y puso al otro en situación de indefensión.

Se trajo una vez más a colación hechos pasados, tergiversándolos para su mejor conveniencia, refiriéndose a cuando su hija M. vino a Uruguay en el 2016 y fuera retenida por los abuelos maternos en forma ilegítima junto a sus hermanos E. y V.. Dijo que en dicha oportunidad la adolescente fue maltratada por su padre, en tanto el mismo reclamaba que volviera a Chile inmediatamente porque el motivo del viaje era un paseo. Fueron ambos padres quienes debieron viajar a Uruguay a buscar a sus hijos porque los abuelos maternos (ahora presentados como los pilares sobre los que se apoya la recurrente) no les permitieron volver. En dicha oportunidad ambas partes de esta litis realizaron denuncia por secuestro contra los abuelos y la misma fue firmada por la Sra. N. y el Sr. R., tal como surge de documentación agregada en autos. Todos los emails a los que hizo referencia la contraria -con la finalidad de acreditar una supuesta violencia contra su hija- reflejan la preocupación de un padre que teniendo una menor a cargo, pretendía que la misma volviera a su hogar porque aún está sometida a la patria potestad. La actitud del padre fue avalada por la madre en ese momento, extremo que pretende negar como forma de denostar la figura paterna, mostrándolo como violento y agresivo.

La declaración testimonial que se pretendiera hacer valer para sustentar su argumentación ha sido tachada por sospecha en la oportunidad procesal correspondiente, habiéndose fundamentado debidamente, por cuanto surgió la misma de su hija M., a la que obviamente le comprenden las generales de la ley y de la Sra. J. R., quien es testigo “de oídas”, según emanó de sus propias manifestaciones.

No se ha probado la excepción impetrada en cuanto a la existencia de un grave riesgo para los niños en caso de restitución. No se les expone a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable, como lo establece la norma.

Respecto a la falsa situación patrimonial de R. que pretendiera presentar la contraria a la Sede nada agregará, simplemente se remitió al material probatorio ya agregado, a lo que surge del alegato y de los escritos presentados ante la A Quo. Se acreditaron los ingresos del padre de los niños, así como el hecho de que en Chile se cuenta con centros de estudios privados subvencionados por el Estado, en donde se les provee de alimentos, deportes y actividades varias y en donde todos los niños tenían buen rendimiento y conducta. Se acreditó que se alimentaban todos los días, que tenían vestimenta acorde a su capacidad económica y a los ingresos del hogar y que además casi todos los años se iban de vacaciones no solo dentro del país, sino también al exterior.

Las condiciones establecidas en la sentencia por la A Quo a fin de que se proceda a una restitución segura serán cumplidas a cabalidad por el padre, más allá de que la madre se niegue a volver y a hacerse cargo de sus hijos, debiendo ser el padre quien asumirá esa

responsabilidad ya que siempre estuvo pendiente y trabajó duro para cubrir los requerimientos básicos de su numerosa prole.

No debe tenerse en cuenta la situación en la que viven los niños en Uruguay a los efectos de la resolución de la litis, sino solo debe pronunciarse acerca si los mismos fueron retenidos ilícitamente o no. Una vez más, la recurrente, confundió el objeto del proceso. Si N. consideraba que Uruguay era un mejor país para que crecieran sus hijos debió promover en Chile juicio de radicación. Es ahí donde era conveniente para sus intereses desplegar todos los medios de prueba que hoy presentara para acreditar su bienestar. No es relevante que ellos tengan salud, educación, vivienda, etc., en Uruguay, porque no es el lugar de la residencia habitual de sus hijos. Que a ella le parezca el mejor lugar para vivir, no quiere decir que contemple el interés superior de los niños.

No es cierto que el mantenimiento de la restitución “*generaría daños importantes a los más pequeños desde el punto de vista psicológico y emocional*”, por cuanto el daño está ya hecho, fue su actitud irreflexiva e irresponsable la que los apartó de su “centro de vida” y los alejó de su padre, y así lo consignó la pericia psicológica a la que ya se hizo referencia.

Se dijo por la apelante que los hermanos no deben separarse y que depende de ella que eso no suceda. A pesar de lo que esgrimiera, no tuvo ningún remordimiento cuando separó a ocho de sus hijos de sus dos hermanas que aún permanecen viviendo en Chile: M. y D.. Las alejó de todos sus hermanitos, pretendió arraigar a los niños en un lugar que no es el suyo, enfrentó a M. de tan solo 19 años a su padre ofreciéndola como testigo en un caso tan delicado,

generando una gran angustia en la adolescente al momento de su declaración ante la Sede. Quiso hacer creer a la Sede que su hija D. de 17 años que vive con su padre en Chile: “...fue obligada a vivir con él y su nueva pareja, no permitiendo que tenga ningún tipo de contacto ni conmigo, ni la gente de la iglesia...”, mostrando no solo una realidad falsa, sino también una falsa preocupación por lo que pasaba a su hija. Falsa, porque cuando la chica vino al país con su padre en ocasión del presente juicio, lo que hizo fue correr al Juzgado de Familia Especializado a denunciar que la chica no tenía su autorización para abandonar Chile, lo que generó que fuera demorada por horas en la frontera de Uruguay y Argentina un día de altísimas temperaturas. Si en verdad estuviera preocupada por D. se hubiera alegrado de verla y la habría recibido con afecto y cariño, sentimientos que no ha demostrado la Sra. N., ni respecto de sus hijos pequeños (a los que no pretende acompañar en caso de que se mantenga la restitución), ni respecto de sus hijas mayores a las que abandonó en Chile. D. es una chica normal, con los intereses propios de una adolescente, mantiene contacto frecuente con sus hermanitos a quienes extraña y también se comunica con su madre.

Comenzó sus estudios universitarios de Tecnología Médica y sigue como puede su vida alejada del resto de la familia, no porque ella lo haya decidido.

Citó doctrina y abogó, en definitiva, por el rechazo del recurso incoado.

**5to.** Por resolución N° 809/2018 de fojas 703, la Sede A Quo franqueó el recurso de apelación con efecto suspensivo, previas las formalidades de estilo.

Llegado el expediente al Tribunal, se dispuso el estudio sucesivo del mismo por parte de los Sres. Ministros, para y luego de culminado, puestos los autos al Acuerdo, proceder al dictado de sentencia.

**Considerando:**

1)La Sala con el voto unánime de sus integrantes habrá de REVOCAR la Sentencia de Primera Instancia, por los fundamentos que se dirán.

2)En la especie, por Sentencia No.10/2018 de fecha 28/2/2018 se desestimaron las excepciones opuestas, se mantuvo la restitución de los menores V., F. D., M. I., R. E., F. M., P. L. y F. I. R. N., manteniéndose lo que fuera ordenado liminarmente por auto No. 18/2018 de fecha 24/1/2018 (fs. 104).

Se condicionó dicha restitución a la acreditación por el recurrente o el Estado requirente en el plazo máximo de 30 días de que se cumplió con lo dispuesto en el Considerando XV (esto el aporte por el padre requirente o el Estado requirente de una vivienda con las características similares a los que moraban en Chile antes de llegar a Uruguay, ya que la misma fue entregada a la propietaria.

Dicha vivienda deberá estar a disposición con contrato de arrendamiento, debiendo ser el padre requirente garante de la misma, asegurando el pago del alquiler, así como de los gastos propios de la misma: luz, agua, saneamiento, proveyendo además la manutención y atención médica para la prole en forma suficiente, debiendo acreditarlo de forma fehaciente, vigilado por la autoridad correspondiente, esos servicios debieran ser sostenidos en el tiempo, hasta que la señora N. pueda insertarse laboralmente si la crianza de sus hijos lo permite.

De ser el Estado el que brinde la vivienda, salud, educación y manutención, deberá hacerlo saber a la Sede. Debe así mismo el progenitor o Estado requirente asegurar el acceso gratuito a asistencia jurídica y psicológica para los miembros de la familia.

En consecuencia, tratándose de un proceso de restitución internacional de siete niños y adolescentes, ya que uno de los inicialmente comprendidos (E.) no está alcanzado por superar los 16 años, corresponde examinar si la resolución inicial que fuera ratificada por la impugnada, dispuso la restitución al lugar de residencia habitual, ha resultado enervada por los agravios de la recurrencia planteada, con relación a las excepciones opuestas oportunamente (art. 13 y 14 de la Ley 18895).

3) Como cuestión previa al análisis corresponde manifestar que no rige con Chile la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores porque dicho país no ratificó la misma, en consecuencia, resulta de aplicación la Convención de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción Internacional de Menores (Ley 17.109), estando el procedimiento regulado por la Ley 18895.-

Y, en cuanto al proceso de estos obrados el objeto quedó delimitado en audiencia del 23/2/2018, estableciéndose como tal: “Queda circunscripto a determinar si el excepcionamiento opuesto por la requerida posee la virtualidad suficiente para imponer la revocatoria del mandamiento de restitución dispuesto por auto No. 18/2018 de fs. 104”.

Por lo tanto, todo otro hecho o elemento que no está comprendido en el excepcionamiento interpuesto no amerita análisis de estas actuaciones.

4)En cuanto al excepcionamiento el mismo refiere a las excepciones comprendidas en el art. 13 literales a y b de la Convención de La Haya expresando: a) que 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.-

b) Que exista un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico”.

De las diligencias y probanzas aportadas al proceso emergen elementos para determinar el amparo de la recurrencia.

La Apelación interpuesta por la Sra. N. L. N. F., esgrime agravios que son de recibo para los integrantes de la Sala.

De acuerdo al art. 3º. de la Convención se consideran ilícitos los traslados o la retención, cuando: a) se haya producido una infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente a una persona, 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 ese derecho se ejercía en 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.

En el caso, surge plenamente acreditada la licitud de la retención siendo que el Sr. F. M. R. C. firmó la autorización para que sus hijos viajen con la madre desde el 2 de Noviembre de 2017 y hasta el 27 del mismo mes y año, lo que resulta de fs. 18, veáse que viajarían casi un mes en pleno período escolar, pues a estar a los documentos de fs. 70 y sigtes. las clases en Chile se extienden hasta diciembre. Por

consiguiente, el número de ausencias a clase en los últimos días del año escolar es un indicio comprobable de que la idea que los hijos permanecieran en Uruguay no era una cuestión que pudiera suscitar mayor controversia.

No debe olvidarse que asistían a un casamiento y el viaje autorizado era por casi un mes, circunstancia incomprensible en atención a la ausencia prolongada a los lugares de estudio.

Un segundo elemento que se erige en otro indicio de importancia es el antecedente muy cercano que N. N. quería volver a Uruguay a radicarse, según los propios dichos del actor. A pesar que esto se había verificado unos meses antes, se aprecia que no es un hecho menor que los pasajes de vuelta no estaban comprados ni existía certeza que conseguirían vuelo. Simplemente y como lo sabía el propio R., estaban reservados (véase fojas 123).

Un cuarto indicio que colabora con la conclusión de pérdida de la ilicitud de la situación, se advierte cuando el actor envía el correo que está fs. 123 sospechaban que no pudiera venir y le preocupa la situación de la camioneta porque estaba a nombre de N.. Dicho correo no sólo es amenazante y despreciativo de lo que haría N. con los niños, incluso la desafía diciéndole que presentaría a los niños la “nueva hermana”, que es fruto de un vínculo extra matrimonial.

Completan esta prueba los mails de fs.122,132,136 son muy ilustrativos de que R. estaba en conocimiento que N. con sus hijos se quedarían en Uruguay, basta para ello el que luce a fs.138 “que le confirme pues tiene que encarar su vida en Chile con los otros dos hijos ”y con fecha 6/11/2017 (fs.140), pretende venir a Montevideo para pasar una fiestas con ellos, lo que está consintiendo su

permanencia aquí, siendo en realidad su preocupación poder usar la camioneta en Chile; existiendo otros mails y mensajes que en nada contribuyen a la conducta de un padre preocupado e interesado por sus hijos y menos aún respetuoso de la madre de los mismos.

5) Si bien la residencia habitual y el centro de vida de los niños estaba en Chile, la decisión de radicarse en Uruguay era de cabal conocimiento del requirente, pues su accionar no se condice con su pretensión. Y luego que se asume que su esposa permanecerá en Uruguay, propone incluso un régimen de visitas para las fiestas y las bases de un acuerdo ante la nueva realidad.

La recurrente tomó la decisión y realizó actos que así lo acreditan pero a sabiendas y con conocimiento del demandante. Se ocupó en todo momento de sus hijos pues a los pocos días de estar en Uruguay tramitó las cédulas de identidad de sus hijos, los incluyó en Fonasa, los inscribió en centros educativos, obtuvo un empleo en el Ministerio de Defensa y efectuó denuncia de Violencia Doméstica contra el Sr. R. IUE 499-1250/2017 y si bien de dichas actuaciones, salvo lo manifestado por la denunciante no surge que efectuara denuncia de V.D. en Chile a fs. 13 de la IUE citada consta mail enviado por el requirente a la abogada de la Sra. N. proponiendo un acuerdo. Si bien podría sostenerse que no fue un tema cerrado en la decisión de los padres la radicación en Uruguay, ciertamente la propuesta de un régimen por parte del Sr. R. que preveía la permanencia de los hijos comprendidos en este proceso en Uruguay, borra cualquier carácter de ilicitud de la permanencia de los hijos en territorio nacional.

6) De las actuaciones practicadas por INAU ante denuncia de Línea Azul cuya copia luce en obrados (fs. 487-490) resulta de la entrevista

con E. que está enojado con su padre por el comportamiento, la infidelidad del mismo, maltratos; habiendo pasado mal los últimos tiempos, faltándoles incluso alimentos, manifestando no querer volver a Chile estando a gusto en casa de sus abuelos. Por su parte V. se siente más tranquila, le da miedo que venga el padre a Uruguay, se quiere quedar acá . En cuanto a M. (fs. 540 y s.s. ) vive en Chile así como D., pero en lugar diferente al padre, expresó “Siempre me pegó a mí y a mis hermanos .En mi cumpleaños de 15 me bajó de los pelos por la escalera porque estaba enojado.....”

De lo expuesto recedentemente surge que quien claramente estaba a cargo de los hijos era la Sra. N. y que, si bien no se había explicitado la radicación en Uruguay con sus hijos, finalmente se aceptó tal circunstancia por el actor al proponer un acuerdo asumiendo la nueva realidad. De allí que cae uno de los presupuestos para que se hiciera lugar a la pretensión, esto es, que el traslado o la retención fueran ilícitos.

7) En efecto, ambos cónyuges estaban separados en Chile, el Sr. R. había formado nueva familia y propuso las bases para un acuerdo respecto de sus hijos R. – N. por lo que ello hace desaparecer la ilicitud de la permanencia en Uruguay, lo que amerita estimar de recibo las excepciones que en su oportunidad interpuso la hoy recurrente.

8) En cuanto a los hechos de Violencia Doméstica que aduce haber recibido la Sra. N. quedan acreditados con los dichos de los hijos ya reseñados.

De las pericias practicadas por el ITF, surgen contradicciones. Si bien a fs 480 surge que “No se evidencian síntomas de estrés postraumático

por situaciones de violencia intrafamiliar”, resulta contradictorio con lo informado en la ampliación de la pericia por parte del ITF en tanto refiere a que se produjeron episodios de violencia psicológica y física recíproca.

9) Lo que otorgó el Sr. R. fue una autorización para que viajaran sus hijos ocho (8) con su madre a Uruguay con conocimiento de que permanecerían aquí, sabía que la familia viajaba y no volvía, no le preocupaba ese hecho pues alardeaba de su nueva pareja cuya fotografía está agregada en expediente de V.D. y que además usó como foto de perfil.

La noción de custodia está comprendida en el inc. 3º. del art. 1º. de la Ley 18895 “A los efectos de esta ley se entiende por derecho de guarda o de custodia aquel comprensivo del derecho de cuidado y a decidir sobre el lugar de residencia de menores de dieciséis años de edad-incluyendo su traslado al extranjero-de conformidad con la Ley del Estado de su residencia habitual”.

Está probado como se ha dicho, que el Sr. R. autorizó y tenía conocimiento de que se radicarían aquí, las bases del acuerdo así lo determinan, el entregó su casa en Chile, cabe preguntarse dónde vivirían si vuelven a Chile, ? si se trataba de una autorización por qué iba a venir a pasar una de las fiestas junto a sus hijos en Uruguay ?.

10) En cuanto a la otra excepción que exista grave riesgo porque la restitución los exponga a un peligro físico ello tiene también respaldo probatorio.

El informe del ITF a fs. 229 concluye respecto de la posibilidad de acceder a la restitución, desde el punto de vista social, los colocaría nuevamente en situación de vulnerabilidad.

El Dr. Gustavo Mirabal Bentos en “Código de la Niñez y Adolescencia de la República Oriental del Uruguay- Comentarios, Jurisprudencia y Normas Conexas ,” en pág.19 ha dicho : “A partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, (Nueva York 1989), los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos.”.... “El principio del interés superior, se impone a las autoridades. No es que las “inspire”, sino que las obliga (art. 3º)”, y más adelante expresa: “El interés Superior del Niño es la plena satisfacción de sus derechos... El principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos” y la forma de respetar ese interés superior es en Uruguay donde viven libre de violencia.

Por su parte, el art. 13 de la Convención establece que la restitución podrá negarse si se comprueba que los menores se oponen a la misma, siempre que hayan alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones, las que fueron tomadas en cuenta y señaladas ut-supra.

Así en ob. cit. el Dr. Gustavo Mirabal en pág.34 dice: El art. 13 refiriéndose a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Familia: “El niño-dice la Corte - y según lo reconoce el art. 16 del Protocolo de San Salvador-tiene derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres .” “El disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia”; y los niños en Uruguay no tienen trabas para que su padre los visite y en consecuencia se cumpla con la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que debe existir un trato fluido con ambos progenitores, el art. 9 inc.3 de la misma reza : “Los Estados

Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”

11) Por lo dicho, mantener la recurrida, implica desatender especialmente el interés superior de los niños.

El grave riesgo para los niños en caso de restitución podría provocarles peligro físico psíquico o una situación intolerable .

Resulta de aplicación en autos la Ley de Violencia de Género hacia las mujeres, niñas, niños y adolescentes .Erradicación de Violencia Doméstica, Ley 19580 en un cuyo art. 44 se expresa: Agrégase el siguiente inciso al literal B) del art.15 de la ley 18895 del 20 de abril de 2012 : “Siempre que se acredite que exista o haya existido violencia basada en género del demandante contra los hijos cuya restitución se solicita o contra la persona a cuyo cargo se encuentren, se considera configurado el grave riesgo a que hace referencia el inciso anterior ” , lo que no merece mayor abundamiento.

12) En definitiva, los agravios logran conmover la sentencia dictada por la Sra. Juez A-quo, en consecuencia, corresponde su Revocatoria en tanto se verifiquen probados los extremos exigidos por el art. 13 de la Convención que tiene que ser interpretada a la luz de los Derechos Humanos.

Estudiados cada uno de los agravios esgrimidos por la recurrente, y analizados todas las probanzas incorporadas de conformidad con el criterio de la sana crítica (art. 140 del C.G.P) .conduce a los integrantes de la Sala al amparo de los mismos, no resultando ilícita su permanencia en Uruguay.

Por los fundamentos expuestos, las normas citadas y especialmente lo dispuesto en el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ratificado por la Ley 17.109 del 23/7/1999, el Tribunal,

***FALLA:***

***Revocando la recurrida, sin especial condena en la instancia.***

***Notifíquese y oportunamente devuélvase.***

DRA. MIRIAN MUSI CHIARELLI  
MINISTRA

EDUARDO CAVALLI ASOLE  
MINISTRO

DRA. ALICIA ÁLVAREZ MARTÍNEZ  
MINISTRA

ESC. RAQUEL AGNETTI  
SECRETARIA