

Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno.

Ministro redactor: Dra. María Lilian Bendahan Silvera.

Ministros Firmantes: Dras María Lilian Bendahan Silvera, María del Carmen Díaz Sierra, Mirian Musi Chiarelli.

Ministro Discorde: No.

Montevideo, 22 de diciembre de 2016.

**VISTOS:**

Para Sentencia Definitiva de Segunda Instancia estos autos caratulados: **Santos García, Pablo C/ Ugarte, María. Exhorto. Restitución Internacional de menores de 16 años.” IUE: 0002-031922/2016.** Venidos a conocimiento de este Tribunal, en mérito a los recursos de Apelación interpuestos contra la sentencia Definitiva N° 232 de fecha 9 de Diciembre de 2016, Interlocutoria N° 4488/2016, de fecha 30 de Agosto de 2016 y 6796/2016 (sin numerar) de fecha 8 de Diciembre de 2016. Dictadas por la Sra. Jueza Letrada de Familia de Octavo Turno, Dra. Rossana Pose Míguez.

**RESULTANDO:**

I) Por la definitiva recurrida se falló: “ Desestímase las excepciones opuestas y, en su mérito, mantiénesse en todos sus términos el proveimiento inicial de restitución internacional de la niña Noa Santos Ugarte, estipulándose el retorno de la niña al Reino de España en compañía necesariamente de un familiar diverso a su padre.”.

Por interlocutoria N° 4488/2016 se resolvió: “Por evacuado el traslado conferido por el requirente.

Convócase a las partes y al Sr. Curador del niño a audiencia (art. 18 de la Ley 18.895) para el día 2 de setiembre de 2016a las 13 hs., en la que se recibirá la declaración de los testigos propuestos, cuya carga de hacer comparecer debe asumir la oferente.-

Cumpla la accionada con la limitación estipulada en el art. 18 in fine de la Ley 18.895, bajo apercibimiento de recabarse, exclusivamente, a los tres primeros testigos ofrecidos.-

En lo concerniente a la probanza testimonial cometida solicitada, atento a los exiguos plazos previstos en la Ley mencionada supra, no ha lugar.-

En virtud de lo señalado por el requirente a fs. 395 vto. en cuanto a la entidad de la prueba por Cds adjuntada en lo concerniente a los archivos de sonido y a efectos de evitar la imposibilidad de su diligenciamiento, agregue la requerida transcripción del contenido de los archivos que los mismos contienen en los términos del art. 72 del C.G.P. (certificación por escribano público), con las debidas copias, en un plazo de 48 hs., bajo apercibimiento de su noadmisión.-

En lo pertinente a los archivos de imagen, deberá proporcionarse los medios técnicos para su visualización en audiencia.-

A la prueba por exhorto, atento a los someros plazos de la normativa aplicable y a lo adjuntado por el accionante, no ha lugar.-

En el señalamiento misma se recibirá la declaración de la niña Noa.-

Oficiése a Autoridad Central en los términos solicitados por el promotor a fs. 396 vto.-

En lo pertinente a la ordenación de las pericias, estése a lo ya dispuesto.-

Sin perjuicio, amplíese la psicológica en los términos solicitados por el accionante a fs. 396 vto.-

De las pericias adjuntadas, vista a las partes y Sr. Curador.-

Practíquese la pericia por Sr. Médico Forense del ITF solicitada a fs. 396 vto.-

Comuníquese a la Autoridad Central y a la Sra. Juez de Enlace.-

Notifíquese a domicilio a las partes y al Sr. Curador de la niña.-

Todo sin otro trámite.”

Por interlocutoria Nº 6796 (sin numerar)/2016 (fs. 625) se resolvió: “Se tienen por agregados los documentos obrantes en autos con excepción de los adjuntados a fs. 98 a 99, 110 a 112, 242 a 244, 248 a 273, 381 a 382, dichos documentos se excluyen en virtud de vulnerarse lo dispuesto en el art. 151 del CGP vulnerándose los principios de inmediación procesal y no sustitución de los medios probatorios sin perjuicio de la falta de contralor en la producción de la prueba.”

II) La parte demandada interpone recurso de apelación a fojas 683/702 manifestando que: la recurrida le agravia en tanto viola las excepciones previstas en la Convención de La Haya (artículos 13 A y B y 20) y la ley 18.895 (artículos 15 A y B y 16 C), y expone a Noa a un grave riesgo físico y psíquico y a la vulneración de sus derechos fundamentales. Surge con los hechos demostrados en autos que la recurrida violó el estándar que fija la Convención de La Haya en sus artículos 13 literales A y B y 20 que impone que en casos como éste no corresponde ordenar la restitución por tres motivos que están probados: uno, el grave riesgo al que se expone la niña si vuelve a España por la violencia y los abusos de la que es víctima por parte de su padre; dos, el hecho de que no existió retención ilícita ya que su padre consintió que madre e hija vivieran en Uruguay y tercero, que la restitución viola manifiestamente principios fundamentales en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. La recurrida violó las reglas básicas de la sana crítica en la valoración de la prueba, no valoró la prueba en forma racional y en su conjunto como ordena la ley, porque valoró en forma sesgada la pericia psicológica, tomó solo afirmaciones aisladas y se apartó de las recomendaciones de la perito, sin justificación ni fundamentación; asimismo, la decisión ni siquiera menciona la pericia social que recomendó la permanencia de la niña en Uruguay para salvaguardar su salud y derechos fundamentales, ni la psiquiátrica realizada que comprobó la veracidad de los dichos de la recurrente. A ello se suma que ignora por completo los informes de las psicólogas que han hecho terapia con Noa y que resultan esenciales; descartó la prueba testimonial bajo el argumento de que serían familiares, ignorando que difícilmente existan testigos de situaciones como la de autos que no sean de dicho círculo; desechó prueba escrita agregada debidamente al proceso y que muestran la violencia de Pablo Santos y su consentimiento para que la niña se radique definitivamente en Uruguay y tampoco tomó en cuenta los dibujos realizados por Noa y valoró erróneamente los videos que muestran los juegos hiper-sexualizados de Noa y que solo se explican por el abuso al que estuvo sometida.

En esencia violó la regla de la sana crítica al valorar la prueba como lo hizo sin fundamentar, consideró aspectos aislados que llevaron a una incorrecta comprensión de la realidad y por ello derivó en una sentencia incorrecta jurídicamente e injusta. No precede la restitución

porque no hubo retención ilícita ya que el padre consintió la radicación definitiva de Noa en Uruguay y la restitución implica un grave riesgo para la salud y futuro de Noa en virtud de la violencia que la Sede tuvo por probada y el abuso sexual que sufrió. No se consideró en la atacada los hechos probados ni el riesgo al que expone a una niña de 4 años que de todas las formas posibles a su edad manifestó haber sido víctima de violencia y abuso sexual infantil a manos de su propio padre.

Las excepciones que se oponen están principalmente basadas en los gravísimos riesgos físicos y vulneración de derechos fundamentales a que está expuesta Noa si retorna a España.

Agravian las consideraciones de la recurrida en cuanto no se consideró toda la prueba que existe en relación al abuso e hizo una valoración parcial de la misma, además se viola la Convención de La Haya, la que no exige abuso sexual para negar la restitución, si no el “riesgo de exponerla a un peligro físico o psíquico”. Estima incomprensible que la decisora de primer grado entienda que estar sometida a violencia -del tipo que sea- a los 4 años en su hogar y de parte de su padre no es un “peligro” para un niño.

Considera la recurrente que éste caso es en el que se aplican las excepciones de los artículos 13 B y 20 de la Convención, los que contemplan justamente excepciones para evitar que la restitución funcione como mecanismo para que un niño deba retornar cerca de quien es una amenaza para su salud física o mental y compromete sus posibilidades de desarrollo. Cita las resultancias de la pagina 30 y 33 de la sentencia en apoyo de su postura.

Un análisis superficial de estos casos, presidido por reglas formales rígidas sobre competencia judicial internacional, como hizo la Sede, es incorrecto y muy peligroso; esto por cuanto la Sede se equivocó al no aplicar las excepciones ya reseñada, realizando una análisis formal de la Convención y completamente alejado de las circunstancias y pruebas en éste caso. De restituirse a la niña de obrados a España estaría en cercanía de su victimario sin mecanismos estatales eficaces y una familia que al proteja.

Señala la recurrente que la sentencia le agravia porque aun teniendo por probada la violencia doméstica de Pablo Santos hacia Noa, se aparta de las recomendaciones de todos los profesionales y peritos que han intervenido en este caso y ordena la restitución a España de la niña, resulta contradictoria y viola la Convención de La Haya, la cual ni siquiera requiere la concreción del riesgo y mucho menos la existencia de abuso sexual para amparar la excepción, lo único que exige es la existencia de un peligro para la menor, lo que resulta claro en autos. El fallo viola también las reglas de la valoración de la prueba pericial (fojas 193, 199 y 194) y se opone radicalmente a las recomendaciones de todos los profesionales nombrados por la Sede y que han intervenido, así como la recomendaciones de su psicóloga tratante (fojas 124). De no ser éste un caso de excepción a la restitución internacional entonces los artículos 13 literal B y 20 de la Convención de La Haya y los artículos 15 literal B y 16 literal C de la Ley 18.895, son letra muerta. Cita la recurrente jurisprudencia aplicable a la hipótesis de obrados y en apoyo a su postura.

La Sede llegó a conclusiones incompatibles entre sí y contrarias a la prueba producida porque surge del expediente que Noa fue víctima de violencia, sometida a conductas inapropiadas y abusada sexualmente por su padre. La recurrida violó la regla básica de valorar la prueba integralmente y en su conjunto, eligió aspectos aislados de la abundante prueba producida sin fundarlo adecuadamente, descartó conclusiones de peritos y profesionales, testimonios creíbles y de personas sin razones para mentir y documentos válidamente aportados. Los relatos, los dibujos, el terror de Noa y la fisura anal que se detectó hace un año -

complementado con las verbalizaciones de la niña- sumados a los informes de las psicólogas que la han tratado y a las pericias realizadas en éste expediente, son prueba suficiente de la violencia y el abuso sexual. Cita doctrina. Pero no considera la recurrida el informe completo de la perito psicóloga Ana Nin ni todas sus aclaraciones en audiencia sino todo lo contrario, tomó afirmaciones aisladas sin tomar la información global de al perito y se apartó absolutamente de su clara y contundente recomendación sin siquiera mencionarla y menos aún justificarla. Tampoco se tomó en cuenta las resultancias de foajs 64/65, 195 y 197/199 sin justificación; descartó sin más los informes y diagnósticos de la psicóloga terapeuta de Noa y de la psicóloga y sexóloga que también la trataron, simplemente en que “evidentemente carecen de la característica de imparcialidad” sin explicar de por qué no los considera objetivos o de donde trae esa consideración. Sobre ésta base, ignora todo lo que surge de ellos, cita fojas 631/632 en donde surge que la única manera de detectar una abuso es mediante terapia y esos informes son resultado de esa terapia; por lo que constituye prueba fundamental en este caso y no existe razón para desecharlos como hizo la a quo.

La sentencia también rechaza todas las declaraciones testimoniales simplemente por tratarse de familiares, lo que no corresponde y menos en un caso de violencia y abuso sexual infantil. Se sostuvo en la atacada que los videos “no son concluyentes” pero no explica por qué ni qué sería un video “concluyente” en este caso. Si un video en que Noa juega espontáneamente diciendo que el muñeco “tiene pupa en la pepita” (lastimadura), “le sale sangre”, porque “el papá le dió con el hocico”, el papá “ le dió un aletazo”, luego la lleva al hospital a que la revise el médico y la cure, manda a llamar al padre para que le pida perdón, el padre pide perdón, ella pide que “no se lo haga más” y le pega por lo que hizo, pero el padre dice “que lo va a seguir haciendo” no es concluyente, entonces que lo es.

La pericia psicológica que Noa fue víctima de abuso sexual además de violencia por parte de su padre y recomienda no ordenar su restitución a España, pericia erróneamente valorada por cuanto se concluyó que no existían elementos probatorios contundentes de abuso sexual. Sin embargo la pericia psicológica en forma aislada, cuando menos, establece una duda razonable de que Noa fue víctima de abuso sexual por parte de su padre además de la violencia probada. Y si se valorara correctamente y complementara con el resto de la prueba diligenciada en autos se concluiría que lo fue. En respaldo de su postura cita la pericia de la que se concluye que en ningún momento se descartó la existencia de abuso sexual y de hecho explicó la imposibilidad de confirmarlo en una sola entrevista con la niña en el entorno del ITF. Existen indicadores ineludibles de abuso sexual en el caso de obrados según lo explicó la perito Psicóloga Licenciada Ana Nin, citando fojas 632, 633 y 634, destacando como indicadores el relato, el que es muy difícil en una niña de 4 años; sin embargo el mismo existió y así lo acreditaron los informes de las psicólogas; el segundo indicador es la violencia doméstica, la cual existió en el caso, se probó e incluso así lo admitió la recurrida; en tercer lugar indica que los niños víctimas de abuso sexual infantil manifiestan ansiedades, resultando que la perito detectó éste característica en Noa; en cuarto lugar es indicador el lenguaje sexuado, lo que también se verificó en la niña de autos así como como en sus dibujos y por ultimo como indicador el cambio de conducta, el cual también fue acreditado por los testigos. En definitiva el informe de la perito indica que Noa fue víctima de violencia por parte del padre y estimó posible que también sufriera abuso sexual aunque no pudo terminar de confirmarlo porque en las circunstancias en que trabajó lograr ese diagnostico era una pretensión imposible. Se

indicó por la perito psicóloga que es fundamental que la niña se quede en Uruguay y no vuelva a España.

La impugnada ni siquiera mencionó al pericia realizada por la Licencia en trabajo Social Mariela Dipólito, tampoco para descartarla, pericia fundamental por cuanto se trató de una evaluación realizada por un profesional especializado e idóneo para evaluar estos casos, citando las resultancias de dicho informe.

La sentencia también descartó el informe de la psicóloga tratante de Noa y de la Psicóloga y sexóloga que hizo un segundo diagnóstico fundado en que “evidentemente (...) carecen de la característica de imparcialidad necesaria a los efectos de acreditar, por sí mismos, los hechos que se imputan al Sr. Santos”, sin embargo, ni expresa ni un solo fundamento de porqué considera que ello no es imparcial. A continuación agrega que “diferente sería la situación de encontrarse respaldados por las pericias efectuadas” que es justamente lo que hicieron las pericias: respaldar estos informes.

Así, la perito Psicóloga Licenciada Ana Nin, habiendo tenido una sola entrevista con Noa concluyó que ésta fue víctima de violencia y de conductas inapropiada y hostiles por parte de Pablo Santos, que le tiene terror y que cuando se profundiza en él “se hace caca” y sobre ésta base no recomendó restituirla a España. La perito Asistente Social también concluyó que Noa fue víctima de violencia doméstica y que existieron indicadores físicos y conductuales de que sufrió abuso sexual por parte de su padre; además la pericia psicológica de Noa y las evaluaciones psicológicas y psiquiátricas a que la recurrente se sometiera fueron contundentes en que su hija no fue manipulada ni influenciada por ella.

La atacada simplemente descartó toda la prueba testimonial por tratarse de miembros de su familia cuando es imposible que personas ajenas al núcleo familiar pudieran dar cuenta de violencia doméstica del abuso sexual que sufrió Noa y del consentimiento que diera Pablo Santos para que se pudieran quedar a vivir en Uruguay. Otras personas, que podrían haber declarado que no fueran familiares viven en España y si bien ofrecieron sus testimonios por tribunal comisionado, la a quo los rechazó por la estructura del proceso. Cita jurisprudencia. La apelada colocó a su parte en indefensión y por eso aboga por el rechazo de la sentencia impugnada.

De la prueba testimonial que la sentencia descartó en su totalidad surgieron elementos fundamentales que demuestran el abuso sexual de Noa por parte de Pablo Santos, el cambio de conducta, la hiper-sexualización, el rechazo de la niña al contacto con su padre y a la evolución de la niña, citando los testimonios de Gabriela María Michellini, María Laura Michellini y Daniela Cardarello. No se pueden descartar sin más dichas declaraciones como hizo la sentencia de primera instancia, aun si se entendiera que existen “circunstancias de sospecha” nos e puede ignorar toda la información tan gráfica e ilustrativa que proporcionaron. Cuando menos debieran ser valoradas como un indicador más, que evaluados junto con el resto de la prueba determinan la violencia hacia Noa, la existencia del abuso y el grave riesgo a que se la expondría en caso de confirmar al atacada.

Se expresó en la impugnada que de la prueba diligenciada surgió que las fisuras de Noa se debieron al “hábito estreñido” y no son un indicio de abuso sexual. Sin embargo Noa existió prueba de que Noa haya sido estreñida y menos en el grado que exigirían fisuras de éste tipo por lo que no consideró descartar que fueran consecuencia del abuso sexual al que el padre sometía a Noa como dice la sentencia. Las fisuras de Noa analizadas en todo el contexto de la prueba permiten concluir que fueron consecuencia del abuso sexual por parte de su padre. No

es casualidad que Noa en sus juegos reiteradamente refiera a lastimaduras y sangre en la zona genital diciendo que fue culpa de su papá. En ningún fragmento de la Historia Clínica se hace referencia a dificultades para defecar ni estreñimiento resultando que la única referencia al supuesto “hábito estreñido” de Noa es en el informe del 22/8/2016, mas de 8 meses después de detectada la fisura. La impugnada también tomo como elemento para descartar la fisura anal de Noa como indicio de abuso sexual, el informe realizado por la Dra. Marta Brum que luce a foajs 425 del expediente, informe que no toma en cuenta el caso particular de Noa ni su Historia Clínica, ni ponderó que el sangrado no fue pequeño.

La impugnada también agravia por cuanto omitió referir aparte de la prueba diligenciada en autos, sin fundamento, y con ello, expone a Noa al enorme riesgo de regresar a España y tomar contacto con su padre al que le tiene “terror”. Existe plena prueba de que la restitución de Noa a España la expondría a un gravísimo riesgo físico y psíquico e implicaría una violación flagrante a sus derechos humanos. Se concluye en la atacada que: “...teniendo a su alcance medidas de protección efectivas debe desestimarse la excepción a estudio”, consideraciones que le agravian por cuanto son erróneas y no consideran el riesgo real al que esta decisión expone a Noa. Fundamenta dicho razonamiento en: a) se estarían enfrentando (la recurrente y su hija) a un victimario doméstico y abusador sexual infantil), b) volverían solas y estarían a merced de su reacción ante este proceso; c) se omitió el hecho de que se tiene un proceso penal en su contra y la incertidumbre jurídica a la que ella y su hija quedarían expuestas; d) tomó conocimiento de que Pablo Santos solicitó la custodia de Noa y además una medida cautelar para impedir la residencia de Noa fuera de Lleida, y por último d), porque la violencia intrafamiliar de la que es víctima Noa implica una escalada de violencia que pone en riesgo su integridad.

Permanecer en Uruguay no es un capricho y esta excepción no es una excusa ya que quedó demostrado en autos que se accedió a regresar a España solamente si se concedían garantías suficientes para asegurar a Noa y a la recurrente de no sufrir ningún riesgo, mínimo indispensable pero no se obtuvieron esas garantías. La juez a quo en ocasión del convenio y a solicitud del Defensor de Noa había decretado medidas de protección que no decretarlas ahora cuando se tiene por probada la violencia y con toda la prueba existente en autos es contradictorio, irracional y expone a la niña a un gravísimo riesgo de integridad física. Se dan en autos todas las condiciones exigidas por la ley para considerarlo excepcional en los términos del artículo 13 literal B de la Convención de La Haya sobre Restitución Internacional de menores y en consecuencia no ordenar la restitución. Pero aun en el caso que el Tribunal entienda erróneamente que corresponde ordenar la restitución debe al menos condicionarla a la adopción de las medidas de protección mínima para asegurar la integridad física y psíquica de Noa hasta que la justicia española no se expida sobre la tenencia y régimen de visitas de Noa con Pablo Santos. El Reino de España no ofrece garantías suficientes ni efectivas de que Noa no estará expuesta a un grave riesgo y vulneración de sus derechos en caso que se mantenga la orden de restitución. El presente se tramitará en ese país en un municipio muy pequeño de 4000 habitantes en donde Pablo Santos vive desde hace años y conoce a todo el entorno, los riesgos son aún mayores, lo cual no fue valorado por la a quo y el fallo expone a la niña a volver a enfrentarse a quien la violenta y la abusa sexualmente sin garantías mínimas para su integridad.

En efecto además se probó que el Sr. Santos consintió la radicación definitiva de Noa en Uruguay aunque días después se haya arrepentido; no se trata de un caso de traslado ni

retención ilícita. La sentencia pone en duda la prueba de mensajes de WhatsApp solamente por ser cuestionada por el contrario. El acta labrada por la escribana actuante, fojas 101 indica el número de teléfono del requirente. Al valorar los mensajes intercambiados la a quo dijo que la conducta de Pablo Santos es errática porque manifestó que extraña a su hija. Pero esas expresiones no son excluyentes: si bien dice que la extraña, reconoce que igualmente lo mejor para Noa es quedarse a vivir en Uruguay y en ese discurso de “no es mi felicidad pero sí la de Noa” fue que consintió su radicación definitiva en este país. Dicha voluntad también fue confirmada por la prueba testimonial. Los mensajes cursados entre los progenitores de Noa prueban el consentimiento del padre para la radicación de la niña en éste país así como las conversaciones entabladas respecto de cómo formalizar la situación con abogados. El arrepentimiento posterior de Pablo Santos cuando se enteró que Noa comenzaría terapia psicológica por las señales que estaba demostrando no permiten descartar el consentimiento. El interés superior de Noa impone su permanencia en Uruguay, como ha sido indicado por todos los profesionales y peritos. La atacada dice que “la felicidad de Noa no depende de su residencia en un país determinado”, expresión simplista ya que no es una valoración que pueda hacer un juez, en todo caso la idoneidad es de los psicólogos y tanto la perito psicóloga como por psicólogos de Noa e incluso la Asistente Social que la han visto han concluido que para que Noa pueda recuperarse de todo lo que ha sufrido de parte de su padre necesita tomar distancia de él y continuar su tratamiento y evolución en Uruguay. Quedó probado que cuando llegó a Uruguay Noa era una niña temerosa, retraída, angustiada, ansiosa, que incluso tenía tics nerviosos. En la actualidad ha evolucionado muchísimo y se desenvuelve prácticamente con total normalidad; aunque por supuesto la violencia y el abuso la han marcado seguramente de por vida y todavía es reacia a los hombres fuera de su familia, como declararan los testigos en forma unánime y como pudo ver la propia a quo cuando Noa pidió que se fuera su defensor de la Sala d audiencias. Sacarla del ámbito que el devolvió la confianza, seguridad, autoestima y la esta ayudando a recuperar su salud, de por sí significará un quiebre para Noa.

Asimismo funda el recurso de apelación con efecto diferido interpuesto contra la sentencia Nº 4488/2016, la cual también debe ser revocada por el Tribunal en tanto rechazan medios de prueba que ofreció y son esenciales en este caso, documentos de fojas 98/99 y 110/112, agraviando a la recurrente en tanto la a quo funda la exclusión de la prueba documental admisible en normas relativas a la prueba testimonial, como lo es el art 151 del CGP cuando debió analizarse y a la postre resolverse sobre la admisibilidad o no de los documentos únicamente a la luz de las disposiciones contenidas en los arts 165 y siguientes del CGP. Los documentos excluidos constituyen prueba documental claramente admisible, conducente y pertinente, contrariamente a lo resuelto. Cuando se trata de prueba documental no rige la intermediación procesal ni el contralor directo del Tribunal en la producción de la prueba, como inadecuadamente se expresa en la recurrida.

Tampoco es ajustado afirmar que se trato de una “sustitución de los medios probatorios”. Por el contrario, el interés superior de Noa determinó ante la especial y abreviada estructura procesal el recurrir a otros medios probatorios también admisibles (prueba documental) que deberán incorporarse y valorarse en forma integral, con el resto del cumulo probatorio, y no bajo las normas de la prueba testimonial.

Del mismo modo, por resolución Nº 4448/2016 se dispuso la transcripción de los audios agregados bajo apercibimiento de no admisión, lo cual fue recurrido y a lo que la Sede

no hizo lugar entendiendo que debido al volumen agregado su reproducción en audiencia insumiría varios días, pero no es así, solo serían un par de horas, pero además si se atiende a lo establecido en el recurso interpuesto en que se requirió que se admitiera la misma disponiéndose la reproducción de las citas efectuadas en el escrito de excepcionamiento se ilustraría al decisor ello no insumiría más que algunos minutos. No es correcto entonces que la prueba en extremo valiosa pro la intermediación que permite no pueda ser objeto de reproducción o resulte impráctico su diligenciamiento, pues supone un tiempo mas que moderado de atención. Corresponde pues revocar la decisión recurrida admitiendo la prueba ofrecida en las condiciones señaladas.

En consecuencia solicita que se revoque el decreto 4488/2016 y en su lugar se admita la reproducción de por lo menos parte de los archivos de audios ofrecidos; se revoque el decreto 6797/2016 y en su lugar se tome en consideración los documentos que lucen a fs 98/99 y 110/112. Que se revoque la sentencia definitiva Nº 232/2016 y en su lugar se deniegue la restitución de la menor Noa Santos Ugarte a España teniendo por probado el consentimiento de Pablo Santos para su radicación en Uruguay, la excepción de riesgo grave de la niña por haber sido víctima de violencia y abuso sexual infantil por parte de Pablo Santos y la violación de derechos humanos y libertades fundamentales de la niña si se mantiene la restitución a España. En subsidio se dispongan todas las medidas de protección que se habían acordado por las partes en audiencia de fecha 6/12/2016 y las dispuestas por la juez a quo en oportunidad de homologar dicho convenio y se condicione y suspenda la ejecución de la restitución a la homologación o reconocimiento de las mismas en España.

III) El Defensor de la niña de autos evacua el traslado del recurso de apelación a fojas 707/708 manifestando en síntesis que: comparte totalmente la resolución de la Sede y su fundamentación jurídica ya que la misma define acertadamente la situación dentro del contexto legal adecuado a las circunstancias de hecho. Carece el recurso en traslado de una fundada expresión de agravios de conformidad a lo dispuesto en el art 253.1 del CGP in fine tratándose de un escrito a modo de alegato con agregados de contrariedad por lo que debe ser rechazado. El instrumento procesal de los recursos de reposición y Apelación se ha desvirtuado de tal forma que se utiliza en ocasiones como una mera manifestación de disgusto ante una sentencia contraria cuando la propia normativa establece en el art 249 del CGP que “ La impugnación puede fundarse en la improcedencia de la resolución en cuanto a su mérito o en la nulidad por incumplimiento de un requisito del que se derive tal efecto” resultando obvio que la segunda hipótesis no es factible, parece elemental que el recurrente deba indicar y fundar la improcedencia de la resolución que se impugna. Cabe señalar que el tema de los eventuales abusos sexuales sobre menores resulta recurrente como excepción en todas las acciones por restitución internacional ya que la propia normativa reduce drásticamente las posibilidades de ejercer defensas dilatorias o de confusa apreciación, delimitando fuertemente el esquema de defensa de las personas requeridas; por ende en tal sentido debe exigirse a quien denuncia hechos de tal gravedad que al menos haya promovido alguna acción en el país requirente que permita suponer una eventual situación que tenga que ver con violencia, abuso o que exista peligro concreto de su persona por actos del requirente, todo lo cual no surge de autos, a no ser el relato unilateral de la propia requerida. Todas las actuaciones periciales se han basado en dicho relato. En definitiva debe señalarse que no existe en todo el expediente ningún elemento probatorio que permita considerar con cierto grado de verosimilitud la existencia de una situación de posible abuso sexual que suponga un grave riesgo para la

menor, sin perjuicio de no cuestionarse la posibilidad de que exista un esquema familiar conflictivo que evidentemente pudo haber sido causa de la separación de las partes. La Sra. Ugarte ofreció la declaración de familiares que no acreditaron mínimamente la existencia de una situación de violencia entre las partes, declarando en forma voluntarista y claramente tendenciosa.; todos los testimonios son de oídas y alcanzados por las circunstancias de sospecha previstas en el art 157 del CGP. La pericia realizada a la menor en el ITF ha tenido prevenciones respecto de sus circunstancias incluso por parte de la profesional actuante y en definitiva es el resultado de una exposición unilateral de la situación por parte de la interesada sin ningún elemento objetivo que pudiera considerarse a efectos de evaluar una supuesta exposición de la menor a un grave riesgo de peligro físico, psíquico o de cualquier otra manera que la ponga en una situación intolerable. En síntesis, el presente expediente no se trata de analizar o considerar temas inherentes a la Guarda, Tenencia y Visitas de la menor, lo que deberá ser resuelto por el Juez competente en dicha causa que es el del domicilio de la menor Noa Santos Ugarte, sino precisamente de considerar si ha existido una retención ilícita por parte de la Sra. Ugarte y en su caso si se han cumplido los extremos indicados en los arts. 15 literal B y 16 literal C de la Ley 18895.

IV) La Defensa de la parte requirente evacua el traslado conferido, fojas 709/713 vto., abogando por la confirmatoria de la recurrida y señalando que: acertadamente la recurrida entendió desestimar las excepciones opuestas y mantener el proveimiento inicial y tener por no probado el mencionado abuso. El hecho del dibujo realizado en el viaje de España a Uruguay es un hecho relatado por la madre de cuya existencia ninguno de los testigos pudo afirmar ver visto directamente ya que no estuvieron presentes durante el viaje además de admitir dichos testigos el vínculo familiar que los unía a la requerida, situación valorada por la Sede. Respecto de los dichos de la requerida en cuanto a que Noa fue víctima de violencia doméstica, se señala que la perito psicóloga del Poder Judicial, Lic. Nin, coloca a Noa como testigo de la misma, teniendo temor del padre; negando que al niña expresara haber sido pegada por el padre. La contraria induce en error cuando señala que los peritos del Poder Judicial entendieron probado el abuso sexual ya que surge lo contrario, de la pericia se desprende que la niña fue testigo de violencia, situaciones que Noa vive con angustia, no la coloca como víctima directa y tampoco concluye que haya sido abuso sexual. Asimismo debe señalarse que del informe de Servicios Sociales Español agregado surge que no existió ni existe denuncia de abuso de violencia doméstica hacia su representado, así como tampoco observó indicador alguno de violencia la pediatra tratante de Noa. Es más, el supuesto abuso y violencia es denunciado con posterioridad a la llegada de la requerida a Uruguay y como estrategia para permanecer en el país, situación que en parte reconociera en mails enviados a abogada española que luego fueron rechazados como prueba por la Sede.

La contraria basa su agravio en el informe de la Asistente Social del Poder Judicial y siendo la finalidad de su peritaje determinar las condiciones en que vive la niña en Uruguay se expide como si fuera una perito psicóloga y toma indicadores aportados por la madre, los que fueron explicados y aclarados en su real dimensión por la Historia Clínica, la pediatra y por la perito idónea para expedirse sobre el tema.

Tanto la Asistente Social del Poder Judicial, como las psicólogas privadas y la propia requerida, expresan en todo momento dos fisuras anales, cuando de la Historia Clínica y del informe ampliatorio se confirma que es solo una, incluso del informe de diciembre de 2015, lo cual resulta correctamente valorado por la atacada.

La psicóloga forense asegura que no existe en Noa el primer indicador de abuso, que es el relato de los hechos, a pesar de haber trabajado bastante con la niña y señaló que el orinarse obedece a múltiples causas y que el dibujar órganos sexuales (dibujos emanados y agregados por la contraparte), no son indicador unívoco de abuso sexual. Todo lo cual indica el ponderado, correcto y justo análisis de la prueba pericial, realizado en la recurrida.

Como bien señala la recurrida, la restitución nada tiene que ver con la tenencia de la niña ya que la restitución es al país, no al requirente, por ende no existe riesgo en restituir a España donde se brinda las máximas garantías a víctimas de violencia. Del Protocolo de actuación agregado oportunamente, así como la protección brindada por la Ley Española a víctimas de violencia doméstica, surge los mecanismos legales, sociales y hasta económicos que ofrece dicho Estado a las personas que se encuentran en esa situación. Además de ello no debe perderse de vista que la requerida ha demostrado sobradamente tener acceso a la justicia española presentándose ante dichos tribunales. Del informe de la Asistente Social surge que la familia de la misma pertenece a un contexto social de medio a alto, con lo cual aparte de la ayuda del Estado español bien puede obtener ayuda económica de los familiares que se encuentran en Uruguay. Como se expresa en el caso Australia vs Reino Unido (INCADATH 19) en el cual se ordenó la restitución porque se entendió que la protección no exigía la negativa a la solicitud para la restitución, tal riesgo físico era creado por el contacto permanente no supervisado con el padre, no por el regreso a Australia; situación que entiende la compareciente aplicable a las presentes actuaciones, mas cuando no se ha probado el abuso sexual, pero en el caso de entenderlo probado laalzada, ello no constituiría un obstáculo para restituir porque la restitución es al país y no al requirente.

Respecto de las convenciones enumeradas por la contraria debe señalarse que parece olvidar el criterio rector de la Convención de La Haya que es el interés del niño, entendiéndose por tal el derecho a no ser trasladado ni retenido de forma ilícita y el derecho a que el Juez de la Residencia Habitual del mismo decida respecto de su custodia o tenencia, dicho Tribunal es quien está en mejor posición de entender sobre el tema, mas cuando la Convención lo coloca como único tribunal competente. La recurrida no hace más que aplicar el principio de la pronta y expedita restitución del niño al estado de su formación, el cual inspira a la Ley 18895 y a la propia Convención de La Haya.

De los escritos presentados en España se desprende que el requirente ha solicitado medidas cautelares de cierre de fronteras una vez que la niña ingrese a España, etc. Dichas medidas las decidirá el juzgado competente que es el español, por lo que no se entienden los agravios expresados por la contraria en tal sentido.

La carga de la prueba de la existencia de las excepciones es de la requerida y la sentencia basó su decisión en la ponderación de los medios probatorios de acuerdo a las reglas de la sana crítica, no hace más que aplicar los criterios valorativos de la prueba como los dispuestos en el art 157 del CGP para arribar a su decisión. De al recurrida surge la valoración de la prueba pericial imparcial de la psicóloga del Poder Judicial y pediatra forense por sobre los testigos emanados de la contraparte así como de los informes privados. Los peritajes emanados de la parte están viciados tanto así que agregaron informe del pediatra de Noa en Uruguay, Dr. Gonzalo Giambruno, cuidándose en manifestar que es el esposo de la tía de la requerida, habiendo sido ello reconocido en audiencia. La recurrida no hace mas que tomar los peritajes idóneos para probar los hechos expresados por las partes y valoró correctamente las declaraciones testimoniales al disminuir sus pesos probatorios. No puede constituir agravio

serio y basarse en la pericia socio habitacional realizada porque se basa en el relato materno y toma en cuenta una rectorragia doble, la cual surge que no fue doble y cuya causa fue explicada por los peritos idóneos al margen de señalar que la Asistente social no está capacitada para expedirse al respecto.

Se debe señalar que las testigos eran la madre, al tía y cuñada de la requerida y el relato de la ultima describe indicadores de abusos que atribuye a la conducta de Noa, y ante la pregunta de si ella al perició, enfáticamente contesta que no sería ético de su parte periciarla lo que se contradice con el hecho de que presta testimonio en este juicio y releva un informe psicológico a través del mismo.

Contrariamente a lo alegado por la requerida, los dichos de su representado surgen de la Historia Clínica de Noa y del informe de la pediatra tratante de toda al vida en España resultan confirmados por los peritajes de la psicóloga del Poder Judicial y de la pediatra forense, situación relevada por la recurrida. Cabe consignar que la contraparte en todos sus escritos trató de inducir en error a la Sede al hablar de doble fisura, respecto de la cual se basaron también los peritajes privados sin contrastar los dichos de la requerida con lo que lucía de la Historia Clínica de la cual no existe indicador alguno de abuso ni de violencia y así se explicó en informe de la pediatra en España, no existió denuncia de la madre en España, lo que surge probado.

Respecto a los videos debe señalarse que los mismos fueron editados por la contraparte y en ellos no se aprecia prueba alguna de abuso sexual, es más, de los videos no surge acto obsceno alguno, ni abuso ni violencia doméstica. En el video 201658 Noa aclara que los peluches le están oliendo los ombligos, no siendo ello acto obsceno alguno; en el video 201085171145 no se aprecia el juego y la niña expresa que el padre "le dio una aleta" refiriéndose a pegar una palmada en la cola por no comer la cena; lo que en nada constituye abuso ni violencia doméstica y así lo consideró la recurrida. Asimismo la psicóloga Ana Nin expresó no poder afirmar abuso sexual y que trabajó bastante con Noa. LA requerida tergiversa la declaración de la perito psicóloga pues la misma señaló que no todos los violentos son abusadores y que el orinarse obedece a múltiples causas, así como el dibujar y realizar conductas sexualizadas; incluso detalló un ejemplo, el cual no quiere decir que sea el único caso posible, como pretende hacer ver la contraparte. Es carga de la contraparte el probar las excepciones, pero aun si se entendieren probadas la violencia doméstica o el abuso, la restitución no la somete a riesgo en España. De autos resulta suficientemente probado el acceso de la requerida a la justicia española, a la red socio económica que dispone desde aquí y la brindada por el Estado español. Incluso puede realizar las denuncias respectivas y solicitar medidas cautelares a través de sus letrados españoles, ignorándose porque no ha ocurrido hasta el momento. Pues de suceder, se le darían todas las garantías a su representado de defenderse de tamaña injuria. Asimismo tampoco puede constituir agravio el expresar que la restitución expondrá a una causa penal a la requerida porque de la documentación aportada surge que el sobreseimiento sometido a revisión es por razones de su fundamento, no en cuanto al sobreseimiento en sí; no pueden sacarse conclusiones diferentes. Tampoco puede basar su agravio en un convenio resuelto ipso iure el cual se resolvió porque la requerida fue quien se presentó extemporáneamente, todo lo cual surge del informe de autoridad Central Española. Así como tampoco puede agravarse sosteniendo que el Estado español no le ofrece garantías suficientes cuando España es vanguardia en violencia doméstica y basta analizar su legislación en la materia para comprobarlo, a lo que debe sumarse el acceso efectivo que la Sra. Ugarte

demonstró estar teniendo en este momento en dicho país lo cual constituye una garantía para la niña y para la madre. Respecto del agravio por la no admisión de la documentación de los mensajes cursados entre las partes, el mismo debe rechazarse porque de los propios mensajes de WhatsApp surge que los mismos fueron editados a conveniencia de la requerida de los cuales surgen que el requirente extraña a la niña y que reclama el regreso de ella, situación que se evidencia al ofrecer alquilarle un apartamento en España. No debe perderse de vista que el consentimiento en radicarse debe ser inequívoco, probado por documento y que no deje lugar a dudas, situación que dista de la presente. La recurrida no hizo más que aplicar el interés del niño, es decir, el de la pronta restitución.

Respecto de la apelación introducida contra la interlocutoria N° 4488/2016, la misma debe mantenerse pues la cantidad de grabaciones agregadas resulta imposible materialmente su producción en audiencia, por ello la Sede dio oportunidad a la contraparte de agregarlas por documento, requerimiento no cumplido por la requerida porque no quiso. La prueba imposible debe desecharse no solo por el número de grabaciones sino por la extensión de los mismos, de ser cierto que solo insumiría un par de horas debió agregarlo por escrito cuando se lo solicitó.

En caso de entender el tribunal de Alzada revocar la sentencia, constituye agravio para ésta parte el haber rechazado la prueba documental de fs.242 a 244, 248 a 273 y 381 a 382 por entender que su rechazo constituye indefensión para el requirente. En efecto toda su prueba testimonial resultaría imposible diligenciar, ya sea por razones económicas o de tiempo. Todo ello constituirá para la parte requirente la imposibilidad de agregar la información que pudieran aportar dichas personas.

Solicita que se rechace la apelación interpuesta.

5)Por auto N° 7037/2016 de fecha 19 de diciembre de 2016, se dispuso el franqueo ante ésta sala con efecto suspensivo y con las formalidades de estilo. El expediente es recibido por el Tribunal con fecha 19 de diciembre de 2016 se dispone el pase a estudio de los Sres. Ministros en forma simultánea. Cumplido se acordó el dictado de decisión anticipada (art 200.1 del C.G.P).

### **CONSIDERANDO:**

D)El Tribunal por unanimidad irá a la confirmatoria parcial del fallo apelado, por lo que se dirá.

Se trata en autos de la solicitud de Restitución Internacional de Noa, nacida en el Reino de España, el 17 de Abril de 2012 (Viella), hija habida fuera de matrimonio de las partes, madre uruguaya y padre español, según ilustra el documento de fs. 8-11.

Asimismo expresa la requisitoria de Autoridad Central española en las bases de hecho y legales que fundan la solicitud: “Pareja con hija en común conviviendo de forma estable en España, la madre se va de vacaciones con la menor a Uruguay y una vez allí le comunica al padre que no regresan. Patria Potestad conjunta (art. 154 Código Civil Español, elección del domicilio del hijo común es una cuestión de Patria Potestad que precisa el consentimiento de ambos progenitores o autorización judicial. No existe nada.” (fs. 12).

La sentencia de Primer Grado, releva que el traslado de la niña a Uruguay, se produce en forma inconsulta respecto del padre. Que madre y padre convivían ejerciendo la guarda material en forma conjunta. Que el Estado de su formación, de su residencia

habitual, por tanto su centro habitual de vida, se encontraba en España hasta el momento de su traslado al Uruguay.

La madre expresa en el libelo recursivo que el padre había autorizado el cambio de residencia de la niña pero que después cambió de opinión.

Surge acreditado de autos que en realidad el viaje fue autorizado, pero con la finalidad de pasar vacaciones, no habiendo autorizado la relocalización de la niña en el territorio uruguayo en ningún momento según surge de las propias capturas de pantalla con mensajes de whatsapp que se agregan, sin perjuicio de que hubieren existido conversaciones al respecto barajando alguna posibilidad pero si en realidad la voluntad del padre se muestra opuesta, vide fs. 95 vuelto por ejemplo. La autorización que desarticularía un pedido de restitución es la que se da formalmente, que hace prueba fehaciente sobre todo de su fecha y las circunstancias de su concesión. No existe un documento de tal naturaleza en autos, ni aún considerando el documento rechazado y objeto de agravio.

Ello admitido, efectivamente, se está ante un traslado ilícito, de acuerdo con las previsiones del art. 3 de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 . Ya que, se verifica que el Derecho Civil español Estado de residencia habitual art. 3º inciso final del Convenio de La Haya de 1980- confiere la guarda como atributo de la Patria Potestad -comprensiva del derecho a decidir el lugar de residencia del niño- a ambos progenitores, para el ejercicio en forma conjunta, ya sea se trate de hijos matrimoniales como no matrimoniales, debiendo en caso de desacuerdo en el ejercicio decidirse por el Juez (arts. 108 y 154 a 159 del Código Civil Español).

Por consiguiente y en virtud de estas normas citadas se desprende, que como lo decide la sentencia impugnada, corresponde a las partes en este proceso efectivamente la titularidad activa y pasiva respectivamente, en el conflicto por la restitución de Noa.

II) Como se dijo vincula a ambos Estados, requirente y requerido, el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Restitución Internacional de Niños de 1980, (aprobado por la ley N° 17.109 del 25 de Mayo de 1999).

La parte requerida, invocó la excepción prevista por el art. 13.1b del Convenio, oponiéndose a la restitución sobre la base de la violencia ambiental y el presunto abuso sufrido por la pequeña Noa de parte de su padre.

El art. 12 del Convenio establece que “cuando un menor hay sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el art. 3 y, en la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.”

Para luego agregar en el inciso segundo, que en este caso la ordenará asimismo si ha transcurrido más de un año, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

El artículo 13 invocado, por su parte, reza: “No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: -después de enunciar en el literal “a” la hipótesis del no ejercicio efectivo de la custodia o, consentimiento posterior- “b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.”

Mucho se ha escrito y hoy en día la comunidad jurídica internacional no tiene dudas de que se trata de una hipótesis excepcional y como tal debe ser abordada.

Se está ante un “tipo legal de riesgo” esto es, cuando pretendemos comprobar si la plataforma fáctica del caso concreto, encarta en la mencionada hipótesis típica, lo primero que se debe buscar es un riesgo, un peligro inminente, es decir la potencialidad (y esta posibilidad debe ser cierta) de que ocurra un evento dañoso grave.

Evento dañoso grave que se cierne sobre la vida de ese concreto niño (amenazándole ya físicamente, ya psíquicamente) con una nota de intolerabilidad en la eventualidad de su restitución al país de residencia habitual.

En efecto el último párrafo de la norma en análisis, ha sido visto a la vez que, como una regla que pretende abarcar toda situación que, fuera del peligro de daño físico o psíquico, pudiera colocar al niño en una situación intolerable en tanto que niño, además, como un requisito, que debiera exigirse a todas las hipótesis de riesgo que se alegan en un caso de sustracción internacional.

Cuando se aborda un caso en el que se invoca la disposición en estudio, no puede realizarse ese abordaje en consideración de una norma aislada. Porque ella es sin dudas parte de un contexto cual es el convenio en su integralidad. Y este convenio a su vez, se inserta en un sistema de Derecho Internacional Privado, cuya base es la cooperación entre Estados parte, bajo la premisa de que, integrantes todos de una comunidad jurídica internacional, los firmantes se dispensan una consideración de recíproca confianza en la vigencia del estado de Derecho en cada uno de ellos y de funcionamiento acorde de sus respectivas Instituciones.

Y como convenio internacional, resulta pues de principio su respeto bajo la norma “pacta sunt servanda”

El Convenio del 80 es un Convenio en que al Interés Superior del Niño se ha dado un contenido específico como principio general: la pronta y segura restitución al Estado de su formación.

Según la Profesora Elisa Pérez Vera en su informe explicativo del Convenio de La Haya de 1980, si bien la Convención sobre los Derechos del Niño no existía al momento de la aprobación de la Convención sobre Restitución de Niños, sino que fue aprobada casi 10 años después, la noción de Interés Superior del Niño ha estado presente en sus disposiciones y su influencia atraviesa toda la Convención. Esta tiene un nexo innegable con el paradigma de la protección integral del niño consagrado después en otro instrumento de Derechos Humanos: la Convención sobre los Derechos del Niño adoptado en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (NU).

Así, ha dicho la Magistrada: “Por los motivos invocados, entre otros, la parte dispositiva del Convenio no contiene referencia explícita alguna al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos de forma ilícita. No obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan. Todo lo contrario, ya en el preámbulo, los Estados firmantes declaran estar “profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”: justamente, esa convicción les ha llevado a elaborar el Convenio, “deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos”. Esos dos párrafos del preámbulo reflejan de forma bastante clara cuál ha sido la filosofía del Convenio al respecto, una filosofía que se podría definir de la forma siguiente: la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos

más o menos discutibles sobre su persona. En este sentido, conviene recordar la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa cuyo primer principio general señala que "los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios".

Por otra parte, debemos tener en cuenta cómo han caracterizado los teóricos el interés superior del niño. Miguel Cillero Buñol, por tomar un ejemplo latinoamericano, ha dicho que la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) Nueva York, 1989, es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, que se ha desarrollado durante todo el siglo XX. Proveniente de los sistemas jurídicos nacionales, de cuño anglosajón y de sistema codificado, la noción de interés del niño, ha ido evolucionando. Desde considerarlos fuera del ámbito público, hasta el reconocimiento de un interés que debía ser pública y jurídicamente protegido. A partir de la Convención, los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos. En su actual estado de desarrollo, la construcción jurídica de los derechos del niño, el principio del Interés Superior, debe ser interpretado en este nuevo contexto. Así, debe serlo como un "principio garantista". Es decir, la Convención recoge principios fundamentales, el de no discriminación, el de efectividad, autonomía y participación y protección. Estos principios son proposiciones que describen derechos. Derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. El principio del Interés Superior, se impone a las autoridades. No es que las "inspire", sino que las obliga (art. 3º). Los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Por eso el Principio del Interés Superior es una garantía, un vínculo normativo idóneo para asegurar efectividad a los derechos subjetivos. El Interés Superior del Niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio, son los propios derechos. Interés y derechos, en este caso se identifican. El principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. En contraposición al Juez buen padre de familia, modelo en la doctrina tutelar y de la situación irregular, ahora el principio recuerda al Juez que la autoridad no construye las soluciones de la nada, sino en estricta sujeción a los derechos de los niños, sancionados legalmente. Cumple a la vez una función de carácter interpretativo y la función de dirimir conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. Ya sea entre derechos de varios sujetos, o entre derechos de un mismo niño. Ejemplo el art. 9 de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos. (Cfm., aut. Cit., documentos para la discusión en XI Curso de Especialización sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño, UNICEF, Bogotá Colombia, 2008).

Tomando en cuenta ambos Doctrinos, se concluye que frente al principio general rector de referencia supra, de la pronta y segura restitución del niño al estado de su formación, se yergue en la estructura de la Convención de 1980, otro pilar fundamental: la protección de los derechos que se consideran prioritarios, derechos inherentes a la condición de ser humano y niño.

La raigambre de la excepción que estamos analizando, podría rastrearse entonces hasta la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, así como en el necesario tratamiento especial de los derechos del niño, atento a su vulnerabilidad.

En este sentido, se trata el punto precisamente en el preámbulo de la Convención Sobre los Derechos del Niño. Así, se dice en el citado apartado el preámbulo de la CDN:

“Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna por motivos de raza, color sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índoles, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. ...Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la asamblea general el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en particular en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. Teniendo presente que como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales (el destacado nos pertenece), incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.”

A juicio de la Sala esto implica y se ha dicho en fallos anteriores, que los miembros de la familia, nacidos intrínsecamente iguales entre sí, podrían requerir-dependiendo de la hipótesis concreta-una protección especial a fin de preservar precisamente el principio que todas las constituciones y pactos internacionales de Derechos Humanos consagran: el principio de igualdad, cuando, su estado de vulnerabilidad –desigualdad- indica que el tratamiento igualitario, sea en la ley como en el proceso, redundaría en una solución desigual.

Esta visualización a la luz del principio de igualdad con enfoque en la especialidad de los Derechos del Niño es otra herramienta fundamental a la hora de efectuar ese tan delicado encuadre de la cuestión dentro de la excepción.

Unida a esta consideración debe tenerse por asumida otra, que tiene el carácter de principio. A saber: ante la pregunta de qué Jurisdicción será la que mejor pueda pues, ante un caso de sustracción llevar a la práctica esa protección que el Convenio está destinado a proveer, la respuesta ha de ser, “las dos” pero, la clave, radica en que “cada jurisdicción debe hacer su parte”.

Al Juez llamado a restituir toca pues, la protección del niño bajo su jurisdicción, en tanto se dirime el debido proceso –en condiciones ideales será éste ágil y garantista aun mismo tiempo- reservando y preservando para la jurisdicción del Estado de residencia habitual del niño, la protección de su superior interés que corresponde a través de la dilucidación de los litigios sobre su custodia. Pero debe asimismo asegurar en caso de restituir, lo que se ha dado en llamar el retorno seguro del niño.

III) Para evaluar la admisibilidad de la excepción de grave riesgo que nos ocupa, puesto que las excepciones previstas en el Convenio han de ser consideradas en forma absolutamente restrictiva, el punto de vista desde el que se aprecia el riesgo, es decir la forma en que se aborda el riesgo, ha de ser la más exigente.

Se trata no solamente de considerar si de retornar al Estado de su residencia habitual el niño estaría expuesto al riesgo de una situación intolerable, sino de establecer si, aun acreditado el riesgo, puede éste ser conjurado por la existencia de mecanismos y/o medidas de protección específicas que se encuentran al alcance en el conglomerado social al que pertenece y se ofrecen por el requirente y/o se disponen por la autoridad jurisdiccional.

En este punto, el concepto de “medidas de protección efectivas” es decisivo.

III) Una vez que la excepción de grave riesgo alegada y ésta adquiere, por virtud de un rápido diagnóstico pericial, o bien la aplicación de protocolos especiales, y/u otra prueba sumaria del estilo, allegada a la causa, visos de certeza, es cierto que el balance entre los diversos derechos involucrados cambia, en cuanto atañe a la alegación de la violencia, en aras de la correcta actuación del principio Constitucional y legal Internacional, de igualdad.

Y es posible llegar a una conclusión al menos prima facie respecto de la existencia de la situación de violencia aun cuando la prueba pueda no ser completa. Atendiendo no sólo a la condición de vulnerabilidad del niño, niña o adolescente involucrados sino además, de la víctima de violencia directa, a saber la madre agente de la sustracción, cuando, por la edad del niño ella es la cuidadora primaria, tal, el caso en autos.

Al igual que en un caso de violencia doméstica a nivel interno no se requiere una completa prueba en relación con la situación de violencia que la persona atraviesa para disponer de mecanismos de prevención del riesgo, bastando con indicadores suficientes prima facie para que se dispongan medidas precautorias (esto es: solamente se requiere lo que se llama semi plena prueba o elementos de convicción suficientes).

Del mismo modo, actuaremos en un caso de sustracción cuando se trata de establecer si hubo o no violencia.

Excepcionalmente, se contará con prueba testimonial reportes médicos o de expertos, prueba documental de alguna decisión judicial o administrativa adoptada en el país de origen al respecto. Pero los tribunales están autorizados a recurrir a otros medios, así la prueba pericial, de médicos psicólogos, asistentes sociales. Otro elemento que puede y ciertamente debe, contribuir a reforzar la convicción del Juez, será el interrogatorio directo de los involucrados.

Una vez alcanzada a través de todos estos indicadores una semi plena prueba de la existencia de violencia en el país de origen, debe darse por verdadera la afirmación de tal existencia.

Siempre en el entendido que, aún semi plena, estamos hablando de prueba, evidencia. Esto significa que el hecho de que sea semi plena, no autoriza a disminuir su rigurosidad ni su valor convictivo; pues estos han siempre de existir. La prueba debe poder llevar al ánimo del Juez una convicción, sólo que, bastará una convicción suficiente porque es lo que se requiere para actuar en prevención.

En la especie, se ha alegado por una parte, conducta violenta del padre pero además, que, pericias efectuadas a la niña desde su llegada al Uruguay establecieron la presunción de que ha sido sexualmente abusada por el padre.

Esta alegación se basa en el diagnóstico de la Licenciada en Psicología Laura Gandolfo, tratante de la niña, pericia presentada por la madre requerida, realizado en el mes de Julio del corriente año, sobre la base de entrevistas a la madre y a la niña, en cuyas conclusiones la profesional expresa haber encontrado indicadores de abuso sexual, en actividades obligadas relacionadas con juegos sexuales a modo de rituales que incluían la masturbación, el contacto con órganos sexuales, el uso de muñecos y objetos a esos fines. Que estos sucesos acaecidos a la corta edad de tres años, generaron angustia y gran confusión en la niña. Como pronóstico y recomendaciones expresa el informe que las acciones del padre han vulnerado el bienestar físico y psíquico arriesgando el desarrollo neuropsicológico y emocional de su hija. El tipo de vínculo que mantuvo con su padre podrá afectar su estabilidad psíquica, los vínculos adultos de pareja, así como el rendimiento escolar y la seguridad y autonomía para desenvolverse en la vida. Por lo antedicho se recomienda el alejamiento del padre victimario y la permanencia de la niña en un entorno más sano para su desarrollo (fs. 124).

Asimismo en el informe de la Psicóloga sexóloga Rosario Cardoner (pericia presentada igualmente por la madre, fs. 127), fechado en el mes de Junio de 2016, se establece a modo de suma que se trata de una niña que luego de haber vivido una separación parental con características violentas, de su producción gráfica, así como de su relato espontáneo y su despliegue en el juego es que surgen indicadores físicos y emocionales de maltrato y abuso sexual. De todo lo antes descripto, concluye el informe, es que inferimos que Noa ha sido víctima de abuso sexual infantil por parte de la figura paterna (fs. 129).

Del informe de la Dra. Milvana Salomone, Ginecotocóloga de Ateneo Médico Medicina Especializada, de fs. 131 (presentado también por la requerida) fechado en el mes de Junio de 2016, surge que la niña no pudo ser examinada porque la niña se niega repitiendo que le va a doler, cubre su rostro y esconde su cuerpo (fs. 131).

A continuación se presentan por la madre fotografías de objetos y dibujos realizados por Noa, agregados en original, ante los cuales se alega la niña ha tenido conducta erotizada, o revisten significación de esa clase fs. 133 y ss.

En el mismo sentido se expresaron los testigos propuestos por la parte requerida en audiencia.

Frente a ello, en autos consta asimismo haberse efectuado pericia a cargo del Instituto Técnico Forense, fs. 189 y siguientes, realizada sobre la base de la lectura del expediente, entrevista clínica de juego, a los efectos de evaluar aspectos dinámicos y vinculares, suscrito por la Subdirectora del departamento Médico Criminológico del Instituto Técnico Forense, Psicóloga Ana Nin. Es una extensa pericia en cuyo informe deja a salvo que se realiza sobre el discurso de la madre y el material de juego de la niña, al no poder contar con entrevista al padre. No menciona en ningún momento el abuso. Concluye que la niña se muestra muy angustiada por el temor a perder a su madre y las represalias del padre por su viaje a Uruguay. Con la madre evidencia apego seguro, la figura del padre agresiva, hostil, distante. Que tanto madre e hija han vivido situaciones de violencia con escalada a posteriori de la separación. La Perito se pronuncia sobre la conveniencia de la residencia de la niña en Uruguay para tomar distancia y recobrar confianza. No recomienda la asistencia a audiencia de Noa. (fs. 193).

La pericia social a cargo de la Licenciada en Trabajo Social Mariela Dipólito, expresa que atento a su carácter urgente, establece sólo en forma primaria sus conclusiones. Establece una valoración de los informes presentados por la madre, que atento a ellos estarían diagnosticando abuso, que en el avión el 7 de Abril de 2016 en viaje a Montevideo, resultó raro un dibujo de la niña que la cuñada de la madre que es psicóloga, le recomendó consulta porque algo raro le estaba pasando y a partir de ahí empezó el proceso terapéutico con la psicóloga tratante que realizó el diagnóstico. Que madre e hija se encontraban vulnerables, sin referentes, que el centro de salud no es buen lugar para buscar ayuda porque el padre trabaja allí, que el episodio en que la niña tuvo un sangrado cuando estaba en el hospital con el padre no quedó claro, fue atendida por Pediatra que le restó importancia. Concluye que ante indicadores físicos fisura anal y sangrado sin explicación, la conducta inapropiada sexual con primos de su misma edad y juguetes, debe ser separada del padre, debe continuar tratamiento psicoterapéutico y permanecer en entorno educativo donde se ha adaptado bien, en el entorno de los abuelos maternos y apoyo especializado para la madre sugerido por la firmante del informe (fs. 198-199).

De la historia clínica de la niña en España, de fs. 198 y ss. surge que fue vista en consulta de Pediatría por la Médica tratante, IMMA Caubet Busquet, el 22 de Diciembre de 2015, “por presentar rectoragia. Estaba acompañada de sus padres durante

la visita. A la exploración se observa fisura anal a las 12 horas. Se indica Pasta Lassar (cicatrizante) se comenta la dieta laxante y se indica que acuda a control si no hay resolución. No precisó la visita de control.”

En comentario agrega: “Noa presentaba una fisura anal en un contexto de hábito estreñido. Esta es una patología habitual en los niños que, aún controlando ya sus esfínteres, inician la escolarización. Esto puede provocar problemas para evacuar en la escuela, retención fecal, heces duras y consecuentemente fisuras en mucosa anal. Es un cuadro no infrecuente en estas edades. Noa mejoró y no concurrió a control, ni presentó más rectorragia. Durante las tres semanas siguientes a la presentación de la rectorragia no acudió a la escuela ya que se encontraba en período vacacional de navidad y Reyes (del 22 de Diciembre al 8 de Enero). Ante cualquier sospecha o certeza de la mínima lesión que pueda ser compatible con cualquier tipo de maltrato infantil (en todo el sentido más amplio: maltrato físico, abuso sexual, negligencia o abandono, maltrato psicológico, etc., sea éste leve, moderado tenemos la obligación de notificarlo. La notificación se realiza según le protocolo adjunto...” “No existía en esta paciente ningún indicio que le sangrado anal hubiera sido secundario a un maltrato. En ningún momento, ni a posteriori, de Diciembre 2015 a Marzo 2016, ni la madre ni el padre preguntan ni dudan sobre si el origen de la rectorragia por una fisura anal puede ser otro distinto del hábito estreñido y la dureza de las deposiciones.”

A fs. 425-426, Marta Brum Nasser, Pediatra Médica Legista, del Departamento de Medicina Forense del Instituto Técnico Forense de Uruguay, requerida para que se expida acerca de si es posible tener pequeños sangrados por deposiciones duras y estreñimiento y si esto es consistente con tener una lesión a las 12 horas (fs. 424), expresó que desde el punto de vista médico considera que sí es posible y frecuentes sobre todo en los niños de la edad de Noa en que las conductas retencionistas, la ausencia de hábito defecatorio adecuado y la alimentación selectiva, son causa recurrente de estreñimiento crónico y éste puede ocasionar fisuras con las características señaladas en la pregunta (fs. 425).

En tanto la psicóloga Ana Nin, consultada sobre la existencia de influencias en el discurso de la menor relacionado con la acusación contra su padre y si de su relato surge sugestivo por adultos, expresó que la niña es espontánea y en instancia pericial logra expresarse sin evidencia de haber sido inducida por adultos. A través del despliegue de material lúdico, no discursivo, evidencia apego seguro con su madre y ve a la figura paterna como hostil agresiva y distante. Esto se debe a la vivencia de haber sido víctima testigo de violencia doméstica. En el material obtenido no surgen elementos que permitan afirmar o descartar la existencia de abuso sexual.

La Psicóloga vuelve a manifestar en audiencia a fs. 631 y siguientes en extenso interrogatorio que no constató el abuso. En cambio sí constató la existencia de un cuadro de violencia familiar de que la niña ha sido testigo.

Se trata de prueba, la que funda la Apelación, producida en Uruguay, a partir del relato de la niña en la terapia a la que asiste desde su llegada, a la que se suma relato de la madre, familiares, no toda es coincidente en lo que refiere a la pericial, como viene de verse y de la prueba obtenida del país de origen surge descartado el abuso, ya desde el día mismo de la única consulta pediátrica efectuada.

Durante el presente procedimiento judicial, lo que explica su duración, a fs. 436 las partes - madre debidamente asistida y requirente representado por la Defensa de Oficio según permite la ley especial de procedimiento- arribaron a un acuerdo que involucraba la restitución de la niña en compañía de su madre para residir en Barcelona, el retiro de la denuncia penal efectuada por el Sr. Santos, quien costearía los pasajes, sin perjuicio de fijar su domicilio procesal en Vielha donde interpondría aquélla denuncia y las

medidas cautelares pertinentes, sujeto a plazo de caducidad, el cual fue declarado caduco al no obtenerse la homologación por el la autoridad Judicial competente del Estado Español.

Las actuaciones comenzaron su curso legal, como lo acredita la comunicación recibida vía Autoridad Central a fs. 528 y el escrito de la propia apelante que se expresa conforme a fs. 534, pero no llegaron a término antes del plazo fijado para la caducidad del acuerdo, la cual fue judicialmente declarada por la sede a quo a fs. 583.

A fs. 545 consta la notificación de la Autoridad Central Española librada en las actuaciones que involucran en aquel País las de autos, que notifica que se decretó el sobreseimiento del procedimiento penal contra la Sra. Michelin (debe decir Ugarte Michelin). Sin perjuicio de lo cual no se acreditó que se tratara de resolución firme como surge de actuaciones subsiguientes.

El padre ha iniciado asimismo un procedimiento de Guarda y Custodia contencioso que se halla en trámite en la propia localidad de Vielha, fs. 593.

La Sala estima, valorando toda esta prueba y su contexto que viene de referirse, y de acuerdo con las normas de la sana crítica, que ni puede la Justicia emitir un fallo definitivo respecto de la existencia o no de abuso (entre otras cosas porque el presunto abusador no se encuentra en Uruguay, más que representado por la Defensa Pública que le corresponde por Ley) por lo tanto no puede ser directamente oído, periciado, etc, cuya circunstancia todos los reportes destacan, así como lo hace la Psicóloga Ana Nin en audiencia ya referida, es decir faltan elementos de juicio y por otra parte, no es competencia de la Jurisdicción de Uruguay emitir tal pronunciamiento, sino de la Justicia naturalmente competente.

El Tribunal no se encuentra mérito suficiente para denegar la restitución internacional al amparo del Convenio de La Haya del 80, en cambio la prueba rendida, sí resulta suficiente para poner en marcha el mecanismo de prevención que en el propio contexto jurídico del Convenio se prevé y en tal mérito conceder la restitución condicionada a que la prevención se haga efectiva por medio del reconocimiento por la Jurisdicción naturalmente competente.

La Sala no considera menester ahondar en una prueba que arroja ya la convicción suficiente de la existencia de una situación de violencia cuando menos ambiental, sin perjuicio de otras formas, es decir aunque no directa, violencia a la que ha estado expuesta.

Por tal motivo, respecto del agravio articulado por la apelante fundando la apelación concedida con efecto diferido de la Providencia N° 4488/2016 de 30 de Agosto de 2016, fs. 590-593, no resulta de recibo.

En cuanto a la providencia también apelada con efecto diferido dictada en audiencia de fecha 8 de Diciembre de 2016, que la parte designa como N° 6797 pero por su contenido es 6796 sin numerar a fs. 625, se irá a mantener por los fundamentos de la atacada.

IV) En el marco de la Convención de La Haya de 1980, dando por sentado que existe algún tipo de violencia que afecta a la madre o al niño o a ambos, toca actuar al Estado requerido de modo de prevenir el daño. Esto lleva a indagar respecto a qué protección disponen en el país de residencia habitual y si puede ella resultar efectiva. En otras palabras si puede existir un retorno seguro de la niña.

Puesto que aún tratándose de una circunstancia que se cierne sobre el niño ilegítimamente trasladado y ésta fuere de grave naturaleza, no se desplaza la competencia natural del Juez de residencia habitual para dilucidar la guarda y todo lo atinente a ella si existen medios de adecuada protección específicamente adoptados.

Es en este punto preciso, a juicio de la Sala es que debe determinarse si se verá -por excepción- subvertido el principio fundamental del Convenio del 80 (“el Juez que mejor puede proteger al niño es el de su residencia habitual”).

Comenzaremos por preguntarnos de qué depende el concepto de la protección en el país de residencia habitual. Es la disponibilidad de la protección en el orden jurídico del país de origen?

En la mayoría de los Estados que integran ambos sistemas, tanto del Common law como del sistema de Derecho Civil, encontraremos que esa protección está al menos teóricamente disponible para sus ciudadanos. Hablamos de un Sistema de Justicia, como comprensivo no únicamente del Poder Judicial sino también de la autoridad administrativa (Policía) y el Ministerio Público (Fiscalía), los servicios de Salud y de desarrollo Social del Estado, etc. que funcione. Se trata de la posibilidad de presentarse ante la autoridad ya administrativa (Policía) ya Judicial para efectuar las denuncias, y luego recibir asistencia, asesoramiento y obtener medidas de protección. Es el acceso a la Justicia considerada ésta como un sistema global.

Por consiguiente cuando hacemos este control, encontraremos generalmente que, teóricamente hablando, efectivamente existe en el Estado de residencia habitual del niño, esa protección. En autos ciertamente el orden jurídico del Reino de España ofrece como Estado de Derecho las garantías de esa protección.

Por lo demás, la madre de Noa es persona joven, con experiencia y capacidad para el trabajo, posee ciudadanía de la Comunidad Europea (Italiana), medios de vida y arraigo en el país donde vivió por varios años y concibió a la niña de su relación con el demandado. Y sobre todo, no surge de las pericias en interrogatorios que no esté en condiciones ocurrir ante las autoridades y lo que es de la mayor importancia, sostener las medidas de protección que se impongan en beneficio de su propia hija. Todo lo contrario. El Tribunal considera que con las adecuadas medidas precautorias, la niña está en condiciones de ser restituida junto a su madre a su Jurisdicción natural, su centro de vida, a fin de que se diriman los procesos que atañen a su guarda y su interés superior.

Sin embargo, a fin de que las medidas de protección resulten efectivas deben imponerse en la sentencia.

Es así que, se confirmará parcialmente, ampliando el fallo del Grado anterior en el sentido en que la propia parte ocurrente lo solicitó en subsidio de la revocatoria. Con lo que el grave riesgo, aún en la tesis de la apelación, puede ser conjurado ameritando el rechazo de la excepción.

Finalmente, a efectos de que la protección resulte realmente operativa, se irá a condicionar la restitución de Noa, dispuesta en la instancia anterior, a la obtención de la protección efectiva en el estado requirente.

V)Rige asimismo entre ambos Estados, el Convenio de La Haya relativo a la Competencia, Ley Aplicable, Reconocimiento, Ejecución y Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y Medidas para la Protección de los Niños de 1996, aprobado por Ley N° 18.535 de 11 de Agosto de 2.009.

El art. 11 del Convenio establece: “1. En todos los casos de urgencia las Autoridades de cualquier Estado Contratante en cuyo territorio se encuentra el niño o los bienes que le pertenecen tienen competencia para tomar las necesarias medidas de protección. 2. Las medidas adoptadas en aplicación del párrafo precedente con relación a un niño que tiene su residencia habitual en un Estado Contratante dejarán de tener efecto en cuanto las autoridades competentes en virtud de los arts. 5 a 10 tomen las medidas exigidas por la situación.”

La previsión del Convenio del 96 respecto de la posibilidad del dictado de medidas de protección por la autoridad del Estado a cuyo territorio ha sido trasladado el niño desde el país de su residencia habitual para el caso, Uruguay, es una expresión de una de las mayores ventajas de esta Convención: su contribución a la seguridad jurídica al dirimir la cuestión planteada en el art. 16 del Convenio de 1980, de forma expresa.

Ratificando el principio general de competencia del Estado Contratante de residencia habitual (arts. 5 a 10), delimitando la excepción; siempre de contingencia, para el caso concreto y a término (hasta que el Estado de residencia habitual pueda adoptar las medidas de protección correspondientes), mediando el cumplimiento de determinados requisitos principalmente relacionados con el interés superior del niño (arts. 7, 8,9, 10) y para todo caso de urgencia (art. 11).

Estas medidas de protección en los casos de urgencia están destinadas a su reconocimiento y ejecución en el otro Estado, en autos el Estado de residencia habitual (Capítulo IV del Convenio, arts. 23 y ss).

Caducan al dictarse las pertinentes por Estado de residencia por ser instrumentales respecto de estas últimas y de la protección efectiva y continua del niño (art. 11 numeral 2).

En su mérito, con fundamento en el art. 11 del citado Convenio, se irá a dictar la correspondiente orden de restricción para el cautelado respecto de la niña de autos y su tenencia a cargo de la madre. Y se condicionará la restitución a la demostración, de cargo del requirente, ante la Sra. Juez a quo, del efectivo reconocimiento por la autoridad judicial Española, de la orden de protección al amparo de la norma convencional de referencia. Orden de protección que, tratándose de madre primera cuidadora, atento a la edad de la niña, se debe extender también a aquélla, a fin de asegurar el retorno seguro de la pequeña. Y asimismo a la demostración de hallarse ejecutoriado el auto que decretó el sobreseimiento en la causa penal contra la madre.

Ahora bien: el propio Convenio en el art. 24 dispone: "...toda persona interesada podrá demandar a las autoridades competentes de un Estado Contratante que decidan sobre el reconocimiento o el no reconocimiento de una medida tomada en otro Estado contratante. El procedimiento se rige por la Ley del Estado requerido."

Es por tal motivo que la restitución dadas las emergencias de obrados, debe ser condicionada a la acreditación del formal reconocimiento en el Estado Español de la orden de protección.

VI) No se encuentra mérito para la imposición de sanciones procesales en el Grado.

Por los fundamentos expuestos y normas legales citadas, el Tribunal,

**FALLA:**

**CONFÍRMASE PARCIALMENTE EL FALLO APELADO. EN SU MÉRITO: IMPÓNESE AL REQUIRENTE PABLO SANTOS GARCÍA LA PROHIBICIÓN DE ACERCAMIENTO EN UN RADIO DE 500 METROS RESPECTO DE LA NIÑA DE AUTOS, NOA SANTOS UGARTE Y DE SU MADRE MARÍA UGARTE, QUIEN EJERCERÁ LA TENENCIA PROVISIONAL DE SU HIJA, ASÍ COMO EL CONTACTO POR CUALQUIER MEDIO. TODO, A REGIR DESDE EL DICTADO DE LA PRESENTE Y DURANTE EL RETORNO AL REINO DE ESPAÑA Y ASIMISMO EN AQUEL PAÍS HASTA SU RECONOCIMIENTO, ROGÁNDOSE AL SR JUEZ NATURALMENTE COMPETENTE DE AQUELLA JURISDICCIÓN, DICHO RECONOCIMIENTO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 11 DEL CONVENIO DE LA HAYA RELATIVO A LA COMPETENCIA, LEY APLICABLE,**

**RECONOCIMIENTO, EJECUCIÓN Y COOPERACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS DE 1996, EXHORTÁNDOSE, COMETIÉNDOSE A LA SEDE A QUO. CONDICIÓNASE LA RESTITUCIÓN EFECTIVA DE LA NIÑA DE AUTOS A LA ACREDITACIÓN POR PARTE DEL REQUIRENTE, EN LOS PRESENTES AUTOS Y ANTE LA SEDE A QUO: A) DEL EFECTIVO RECONOCIMIENTO DE LA PRESENTE ORDEN POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE DEL REINO DE ESPAÑA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 11 DEL CONVENIO. B) DE QUE SE ENCUENTRA FIRME EL FALLO DE SOBRESEIMIENTO DE LA SRA. UGARTE EN LA CAUSA PENAL EN SU CONTRA DE REFERENCIA EN EL CONSIDERANDO III DE LA PRESENTE DECISIÓN. CONFIRMÁNDOSE EL FALLO EN LO DEMÁS. UNA VEZ ACREDITADO, LEVÁNTASE EL CIERRE DE FRONTERAS, ENTRÉGUENSE LA DOCUMENTACIÓN PERSONAL Y TESTIMONIOS QUE SE SOLICITAREN, A SUS EFECTOS, COMETIÉNDOSE. CONFÍRMANSE LAS SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS APELADAS. SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL EN EL GRADO. OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE A LA SEDE DE ORIGEN.**

**DRA. MARIA LILIAN BENDAHAH  
MINISTRA**

**DRA. MARIA DEL CARMEN DIAZ  
MINISTRA**

**DRA. MIRIAN MUSI  
MINISTRA**

**DRA. SUSANA KADAHDJIAN  
SECRETARIA**