

Protección de incapaces: restitución de menores. Análisis de algunos aspectos relacionados con las excepciones a la obligación de restituir

Protection of the disabled: minors' restitution. Analysis of some aspects related to the exceptions to the obligation to restore

Patricia Barragán*

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Uruguay. Especialista en Derecho Procesal. Aspirante a profesor adscripto de Derecho Procesal en la Universidad de la República.

<https://orcid.org/0000-0001-8383-1691>

✉ patitunita@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-8383-1691>

RECIBIDO: [16.9.2018]

ACEPTADO: [1.12.2018]

Resumen

El tema *restitución de menores*, que a su vez se enmarca en la protección de incapaces, permite una multiplicidad de abordajes. Este trabajo implica la elección de uno de ellos, razón por la cual se optó por hacer foco en las posibles excepciones al principio de restitución, establecidas en dos de los instrumentos que regulan el tema, y dentro de ellas, específicamente, en la de «riesgo psíquico» contenida en las excepciones a la obligación de restitución —establecidas en el artículo 13, literal *b*, del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y en el artículo 15, literal B, de la ley 18.895—, y analizar si ella puede utilizarse para volver lícita una situación de origen ilícito por el progenitor que generó un nuevo centro de vida para el menor, violando la normativa vigente.

Palabras clave: derecho internacional, instrumento internacional, familia, niño.

Abstract

The issue of “international parental child abduction”, which in turn is framed in the protection of the legally Incapacitated, allows a multiplicity of approaches.

This elaboration involves choosing one of them, for this reason it was decided to focus on possible exceptions to the restitution principle, established in two of the instruments that regulate the subject, and within them, specifically, to the exception of "grave risk" contained in the exceptions to the obligation of restitution — established in article 13, letter b of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction and in article 15 letter B of law 18.895—, analyzing whether it can be used to render legal a situation of illegal origin for the parent who generated a new center of life for the child, violating current regulations.

Keywords: international law, international instruments, family, children.

Introducción

Delimitación del problema

En el tema *restitución de menores*, que a su vez se enmarca en la protección de incapaces, es posible detectar múltiples aristas y problemas concretos. El alcance de este trabajo implica elegir uno de ellos, razón por la cual se optó por hacer foco en las posibles excepciones al principio de restitución, establecidas en dos de los instrumentos que regulan el tema, y dentro de ellas, específicamente, a lo que plantea la siguiente pregunta:

La expresión «riesgo psíquico», contenida en las excepciones a la obligación de restitución establecidas en el artículo 13, literal b, del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980) y en el artículo 15, literal B, de la ley 18.895 (2012), ¿puede usarse por parte de quien traslada o retiene ilícitamente con base en la nueva situación de hecho generada a raíz de la propia retención?

En otras palabras, se pregunta si quien traslada o retiene ilícitamente al menor de 16 años, generando así una situación de hecho *per se* ilegítima, puede valerse de esa misma situación para ampararse dentro de la excepción que refiere al riesgo psíquico.

En opinión de quien suscribe, la respuesta es negativa: no es posible invertir la calidad de la situación generada de forma ilícita para transformarla en una especie de escudo contra el principio de restitución.

Se analizará la sentencia 30/2016, de 4 de mayo de 2016, dictada en el Juzgado Letrado de Trinidad, Flores, de 2.º Turno; caso que fue derivado oportunamente a la justicia penal, extremo que excede el alcance de este trabajo.

El derecho positivo seleccionado para analizar es el que resulta aplicable al caso en cuestión.

Desarrollo

La preocupación por la familia a nivel de la comunidad internacional

La familia que interesa al derecho internacional privado es la que se configura con algún elemento de extranjerización; por ejemplo, aquella en la que el niño tiene la residencia habitual en un Estado diferente al de alguno de sus progenitores. Esta posibilidad ya fue consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), artículo 9.º. Seguidamente, el artículo 10.º refiere —por medio de otra disposición material— al régimen internacional de visitas cuando se da la situación del artículo anterior, ya que en ambos casos se trata de preservar el derecho del niño a «mantener relaciones personales y contactos directos con ambos padres» (Opertti, 1998). Este instrumento aparece entonces como una referencia ineludible de las normas sobre restitución de menores. La Convención de las Naciones Unidas refiere ya a traslados ilícitos de los niños y retención ilícita en el extranjero.

El Dr. Didier Opertti (1998) destaca el rol que ha cumplido la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado¹ en la aprobación de instrumentos internacionales que pretenden atender el fenómeno de la «transnacionalización del problema de la familia». El planteo de Opertti, realizado en la década del noventa, cobra particular vigencia hoy, cuando las situaciones de integración internacional o regional tienen especial relevancia, pero, además, excediendo a estos; los fenómenos de internalización de la familia, con sus inevitables consecuencias, han aumentado en gran número, y muchas veces involucran a países que prácticamente no tienen vínculos entre sí.

Causas sociológicas del aumento del fenómeno de la restitución

A fin de comprender la regulación del fenómeno que se analiza, el cual ha ido en aumento, es necesario señalar las causas sociológicas que lo provocan.

Desde el derecho de familia, Cabeza Loriente (2014) señala que en los últimos 100 años de historia del Uruguay se han verificado diferentes fenómenos migratorios. Distingue el que se dio en la primera mitad del siglo xx, cuando familias europeas se trasladaban al Uruguay, así como al resto de los países de Latinoamérica, del que se dio en la década del setenta y del ochenta, cuando hubo fundamentalmente emigración desde el Uruguay por variados motivos. Y agrega lo que sería un tercer movimiento

¹ Uruguay es parte de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional desde el 27 de julio de 1983.

migratorio, que es el que se da actualmente con más frecuencia, fundamentalmente por razones económicas.

Asimismo, el papel de la mujer en la sociedad ha cambiado, tras haberse insertado en el mercado de trabajo, con la consiguiente reformulación de los roles dentro de la familia, lo cual se combina con el contexto mundial globalizado que hace que las distancias en tiempo se reduzcan.

Desde el derecho internacional privado, y tomando como base el análisis realizado por Santos Belandro (2013) por un lado y por Goicochea y Seoane (1995) por otro, pueden señalarse las siguientes causas del aumento del fenómeno de restitución de menores:

- «La debilidad creciente que demuestra la estructura familiar, como consecuencia de la desaparición de la autoridad paterna y el surgimiento de una multiplicidad de actores que enfocan a la institución familiar desde su propia individualidad» (Santos Belandro, 2013). Ha cambiado el concepto de familia, así como ha cambiado el funcionamiento del mundo; priman la individualidad y la lucha por los derechos cada uno.
- La mayor facilidad de comunicaciones y transporte de personas en el ámbito internacional.
- Las posibilidades de crecimiento que pueden adquirir las personas en otros Estados con mayor nivel de desarrollo, que lleva al surgimiento de lo que se ha denominado *familia internacional*.²
- El bajo control aduanero de algunos países sobre el traslado internacional de los menores de edad, señalado por Santos Belandro (2013) y gran parte de la doctrina (en algunos casos se suprimen exigencias en cuanto a documentación debido a los procesos de integración entre Estados que implican la libre circulación de personas).
- Las diferencias culturales y religiosas entre los integrantes de algunos matrimonios, las cuales cobran especial relevancia al momento de la separación.

Frente a esta situación de aumento de la sustracción y la retención ilícita de menores, Uruguay cuenta con normativa de origen internacional, y actualmente también de origen nacional, para el caso de que no resulte aplicable ningún tratado, o bien, aunque resulte aplicable, no solucione alguno de los problemas que se planteen al hacer efectiva la restitución.

² El concepto de *familia internacional* refiere tanto a la nacionalidad de sus miembros, a su domicilio como a su residencia habitual.

El derecho positivo que regula la restitución

Los Estados han buscado proteger a los niños, niñas y adolescentes de los perjuicios que les ocasionarían los traslados o retenciones ilícitos. Con este fin se han creado normas que tienen como finalidad la pronta restitución del menor sustraído a su residencia habitual.

Esta normativa entonces no regula el fondo del asunto,³ sino que se enfoca en volver las cosas al estado anterior a la sustracción o retención ilícitas, con la urgencia que la situación amerita.

Se releva:

- Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: (La Haya, 25 de octubre de 1980), incorporado al derecho positivo uruguayo por ley 17.109, de 12 de mayo de 1999.
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV: Montevideo, 15 de julio de 1989), incorporada al derecho positivo uruguayo por ley 17.335, de 17 de mayo de 2001.
- Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina (31 de julio de 1981); aprobado por decreto-ley 15.218, de 20 de noviembre de 1981; vigente desde el canje de instrumentos de ratificación, el 14 de abril de 1982.
- Convenio sobre Restitución Internacional de Menores entre Uruguay y Chile (15 de octubre de 1981); aprobado por decreto-ley 15.250, de 26 de marzo de 1982; vigente desde el cambio de instrumentos de ratificación, el 14 de abril de 1982.
- Convenio sobre Restitución Internacional de Menores entre la República Oriental del Uruguay y la República del Perú (23 de octubre de 1984); aprobado por decreto-ley 15.720, de 7 de febrero de 1985.
- Ley 18.895, sobre restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente (20 de abril de 2012).

De los textos reseñados, se abordarán en este trabajo los dos que resultan aplicables al caso que se analizará. A su vez, de ellos se traerán a colación los aspectos que guarden relación o resulten relevantes para el caso en cuestión.

³ En palabras de Carmen González Pedrouzo (1998): «No se pretende intervenir, ni prejuzgar sobre cuestiones como la guarda o la tenencia de los hijos».

Puntualizaciones sobre el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Este convenio se origina en una propuesta de Canadá de 1976, que sugería crear una organización que se ocupara de dar una solución a los innumerables casos de menores trasladados o retenidos ilícitamente por uno de sus padres. La Conferencia, con base en información de los Estados miembros, elaboró un informe y organizó dos reuniones de expertos en derecho de familia representantes de los dichos Estados, a fin de elaborar un proyecto de convenio. Este fue negociado y se firmó en la Conferencia de Derecho Internacional Privado de octubre de 1980.

El objeto de este convenio se establece en su artículo 1.º, cuando dice:

La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

- a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;
- b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes. (Convenio Aspectos Civiles, 1980).

Lo que este convenio tiende a solucionar son las situaciones que, por la vía de los hechos, tienden a establecer jurisdicciones artificiales a nivel internacional, «con el propósito de obtener una sentencia de tenencia a favor del padre secuestrador» (Goicochea y Seoane, 1995); se trata entonces de evitar el *forum conveniens*.

Con respecto al juez competente, el artículo 8 establece que el reclamante «podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor» (Convenio Aspectos Civiles, 1980).

Como supuso una dificultad establecer una norma directa de jurisdicción, se fijó una norma indirecta por la que se elige a los jueces de la residencia habitual del menor antes del traslado o la retención ilícitos.

El concepto de *menor* a que refiere el Convenio alcanza a los menores de 16 años (artículo 4). Esta solución material da certeza y no modifica la mayoría de edad de los Estados en el ámbito interno: solo fija el límite etario de «quienes pueden estar comprendidos en las hipótesis del Tratado» (Convenio Aspectos Civiles, 1980).

El titular de la acción de restitución es «Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia» (Convenio Aspectos Civiles, 1980).

En cuanto al plazo para accionar, el artículo 12 establece que la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor cuando haya transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o la retención ilícitos. Pero agrega que, aun expirado dicho plazo, la autoridad competente ordenará la restitución del menor salvo que quede demostrado que este ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Como requisitos que debe cumplir la solicitud de restitución, el artículo 8 lista los datos que debe contener (información sobre el solicitante, el menor y la persona que se presume lo sustrajo; fecha de nacimiento del menor; motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución; información disponible sobre la ubicación del menor) y también establece que la solicitud podrá ir acompañada de otros documentos que allí se detallan.

Con respecto a la vía de transmisión de los exhortos, las funciones de autoridad central se amplían, de acuerdo con lo preceptuado en los nueve literales del artículo 7.

Con respecto al procedimiento establecido, se remite a los artículos 8, 9, 10, 11, 13, 15 y 21 del Convenio.

Ley 18895 sobre restitución de personas menores de 16 años trasladadas o retenidas ilícitamente

La aprobación en Uruguay de la ley 18.895 (2012) tiene el mismo objetivo. Antes de la entrada en vigor de esta ley, los procesos de restitución insumían tiempos inconvenientes, que atentaban contra el espíritu de las convenciones vigentes en la materia y contra la finalidad del proceso.

Por otra parte, el procedimiento por el que se tramitaban los procesos de restitución —proceso extraordinario— resultaba absolutamente inconveniente, y ese proceso muchas veces se ordinarizaba y terminaba insumiendo mucho tiempo. La ley tiene por finalidad regular los procesos de restitución en los casos de aplicación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Restitución de Menores. Es una ley que ha resultado muy útil para cumplir su finalidad, a pesar de las críticas que suscita por algunas de sus disposiciones (a modo de ejemplo: algunas disposiciones parece que son programáticas cuando deberían ser preceptivas; por otra parte, es una norma procesal, pero en algunos casos refiere a cuestiones de fondo que ya están reguladas por las convenciones, cuya aplicación ha de asegurar).

Se ha discutido en doctrina si era realmente necesario aprobar una nueva ley que en definitiva consagra una estructura procesal distinta. En lo que refiere a la duración de los procesos la mejora es innegable y responde al principio de celeridad que la inspira. Más allá de eso, «[...] si el tema era la urgencia, podría haber bastado con la

aplicación de la estructura procesal del amparo. Pues además, en general, se trata de casos que vienen bastante instruidos [...]» (Vescovi, 2014).

La ley establece que la decisión sobre la guarda o custodia de los menores es materia privativa de los jueces del Estado de la residencia habitual de los menores (mientras se esté tramitando la restitución, quedan en suspenso los procesos de guarda o custodia que estuvieren en trámite).

El objeto de la ley 18.895 (2012) se establece en el artículo 1.º: «determinar si ha existido traslado o retención ilícitos de una persona de menos de dieciséis años, toda vez que se haya verificado en violación a un derecho de guarda o de custodia y preservar el derecho de visita» —esto de acuerdo con las convenciones de La Haya e Interamericana vigentes en la materia—. Se redefine el objeto de protección: menores de 16 años. Se ha señalado, asimismo, que se confunde el objeto del proceso con la finalidad de la ley.

Como fuentes de la ley, Santos Belandro (2013) señala:

Como fuentes de la ley, Santos Belandro (2013) señala:

- La Constitución de la República, integrándose al neoconstitucionalismo por principios sostenidos por Zagrebelsky, entre otros.
- El Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 1980.
- La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, de 1989.
- El Código de la Niñez y la Adolescencia.
- El Código General del Proceso.

El concepto de *menor* a efectos de esta ley coincide obviamente con el de las convenciones; el corte se sitúa en los 16 años. Lo que no se establece con claridad es cuándo se debe tomar ese límite, si en el momento del desplazamiento o de la retención ilícitos, si en el momento de presentar la demanda, o si debe cerrarse un proceso de restitución en trámite si el menor cumple 16 años durante ese lapso.

Los *legitimados activamente* son el padre, la madre, el tutor, guardador u otra institución que ostente la guarda o custodia de acuerdo con la ley de residencia habitual del menor. Además, esa guarda debe haberse ejercido inmediatamente antes del traslado o la retención. Así, el punto de conexión *residencia habitual* se ve cristalizado, pues esa residencia era la que tenía en el momento anterior a la sustracción o retención.

Con respecto a los *legitimados pasivamente*, la ley no habla de *familiar* sino de «denunciado», un concepto que, según Santos Belandro (2013), podríamos catalogar como más amplio. El demandado será entonces aquella persona que ha sustraído o

retenido al menor de forma ilegítima. En caso de que lo haya sustraído una persona y retenido una segunda, debería demandarse a quien tenga al menor en el momento de la acción.

La *competencia* para conocer en estos procesos corresponde por materia a los juzgados de Familia, los que aplicarán los principios de concentración y celeridad, tanto en primera como en segunda instancia (Suprema Corte de Justicia, 2012). En lo que refiere a la competencia por razón de lugar, se atenderá al lugar donde se encuentre el menor.⁴

Con respecto al *procedimiento*, que se ha estructurado sobre la base de un monitorio, se remite a la lectura de la ley. Solo ha de señalarse un punto que es objeto de cuestionamiento: la exigüidad de los plazos, que eventualmente podría atentar contra el debido proceso y, por ende, contra la posibilidad de instrumentar una adecuada defensa.

Análisis del principio orientador *interés superior del menor* en este tema

El principio rector de las normas antedichas es el llamado *interés superior del menor*. Así se anuncia ya en el preámbulo del Convenio, que procura «proteger al menor en el plano internacional de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle el traslado o una retención ilícitos» (Convenio Aspectos Civiles, 1980). La ley 18.895 (2012), por su parte, lo establece en su artículo 3.º. Las normas en análisis se han asegurado de dejar establecido que en estos procesos el interés superior del menor se protege —en principio— mediante la restitución. Goicochea y Seoane (1995) sostienen que existe una presunción legal «que solo muy restrictivamente puede ser destruida». De todos modos, afirma Álvarez Cozzi (2013), el Convenio consagra además la garantía del acceso a la justicia; el derecho del niño a ser oído y a oponerse a la restitución y el derecho de visita debidamente regulado —lo que da lugar a la oposición de excepciones.

Lo dicho no significa que las normas no admitan ninguna excepción, ya que algunas veces el traslado o la retención obedecen a situaciones extremas; pero la regla es —debe ser— la restitución a su residencia habitual.

Residencia habitual del menor

La ley no define en forma directa *residencia habitual*, sino que lo hace al referirse en el artículo 1.º a su «centro habitual de vida», es decir, el lugar donde el niño está asentado, integrado, «sin examinar el *animus manendi*» (Santos Belandro, 2013).

⁴ Si debe mediar un proceso de localización, será competente la sede que designe la scj a ese efecto, sin perjuicio de aplicar posteriormente las reglas mencionadas en el cuerpo del escrito una vez que el menor haya sido localizado.

La residencia habitual del menor determina a su vez quiénes serán los que avallarán en primer lugar la existencia de traslado o retención ilegítimos.

La noción de residencia habitual, que debe ser interpretada internacionalmente, es una noción familiar para la Conferencia de La Haya, la cual la entiende como una cuestión de hecho —diferente de domicilio, punto de conexión jurídico que a estos efectos carece de relevancia.

Hay acuerdo en doctrina acerca de que, a efectos de la competencia, se eligió la residencia habitual del menor porque da mayor seguridad jurídica al tratamiento de la restitución, ya que los jueces del lugar donde el menor tiene su centro de vida son los idóneos para entender en el proceso y conocer la situación de fondo.

Excepciones a la obligación de restituir

De acuerdo con el Convenio de La Haya sobre sustracción de menores (1980), el Estado requerido no está obligado a ordenar la restitución del menor si quien se opone a la restitución, logra demostrar que:

De acuerdo con el Convenio de La Haya sobre sustracción de menores (1980), el Estado requerido no está obligado a ordenar la restitución del menor si quien se opone a ella logra demostrar que:

1. La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo 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 la retención (artículo 13, literal *a*).⁵
2. Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave, físico o psíquico, o exponga al menor a una situación intolerable (artículo 13, literal *b*).
3. Las autoridades —judiciales o administrativas— también podrán oponerse a la restitución «si comprueba[n] que el propio menor se opone a la restitución», «cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones» (artículo 13).⁶

⁵ Se ha entendido que, de darse alguna de estas dos situaciones, no se cumpliría con los requisitos del artículo 3.º del Convenio, que determina la ilicitud del traslado o de la retención, si la persona que pide la restitución no estaba ejerciendo la custodia o el derecho de visita antes del traslado o retención, o si consintió la situación que ahora controvierte.

⁶ Puede señalarse que esta excepción supone cierto margen de discrecionalidad para la actuación de las autoridades, por cuanto se escuchará a los menores cuya edad y madurez lo amerite, pero la expresión de voluntad del menor no vincula al juez, ya que aquel puede estar influido por el padre que lo trasladó o lo retiene; además de que el hecho de tener que elegir entre un padre y otro, por ejemplo, puede

4. La restitución también podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 20).⁷

En cuanto a la ley 18.895, Santos Belandro (2013) sostiene que, si bien esta ha consagrado el derecho a la restitución, «no parece claro que podamos afirmar que el ejercicio de ese derecho esté autorizando sin más una vía directa», porque, si bien el Estado requerido no puede pronunciarse sobre los derechos de custodia o de guarda, y si bien el objetivo de la ley se centra en la restitución inmediata del menor a su centro de vida habitual, *la situación debe ser debidamente evaluada para concluir sobre su adaptación a la normativa vigente, considerando además las circunstancias del caso.*

Excepciones previstas por la ley 18.895 (2012):

1. Que el reclamante no cumpla los requisitos para tener la legitimación activa de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.º de la ley, o que haya consentido la situación que ahora controvierte (artículo 15, literal A).⁸
2. Que exista un grave riesgo de que la restitución del menor —insiste en mencionar los 16 años— lo exponga a un peligro físico o psíquico, o que de cualquier manera lo ubique en una situación intolerable (artículo 15, literal B).
3. Que la persona —menor de 16 años— se oponga por motivos fundados a regresar. Debe considerarse su edad y madurez a fin de calibrar la opinión emitida (artículo 16, literal A).
4. Que la restitución se solicite cuando haya pasado el plazo de un año desde el traslado o la retención ilegal y se pruebe que la permanencia en el país resulta favorable al interés del menor (artículo 16, literal B).
5. Que la solicitud de restitución implique la violación manifiesta de principios fundamentales en materia de protección de derechos humanos y libertades fundamentales —se restringe la posibilidad de oponer la excepción de orden público internacional.

hacerle daño. No existe una edad establecida para que el menor pueda ser escuchado y podría entenderse que haber fijado una edad determinada resulta una medida arbitraria.

⁷ Sobre esta excepción de orden público internacional hubo discusión acerca de si correspondía o no su inclusión, dada la naturaleza del Convenio. Al respecto, Najurieta entiende: «Los gravísimos riesgos a que están expuestos los menores en la época actual, requieren una férrea voluntad de combate por un número elevado de Estados que cooperen efectivamente. Para ello, cuando la finalidad de Tratado es lograr un objetivo tuitivo concreto en interés superior del menor, en temas cuya solución solo puede alcanzarse mediante una actuación concertada y solidaria de los Estados, la excepción del orden público internacional [...] debe limitarse a su contenido mínimo tolerable, que es evitar la ofensa a los derechos humanos fundamentales del niño» (Najurieta, 1997).

⁸ Los fundamentos, en este numeral y en el siguiente, son los mismos que se plantearon para las excepciones del artículo 13 del Convenio, expresados *supra*.

La expresión riesgo psíquico contenida en las excepciones del artículo 13, literal b, del Convenio de La Haya y el artículo 15, literal B, de la ley 18.895

Partiendo de que la regla debe ser la restitución, se ha entendido en doctrina que las excepciones deben ser interpretadas en forma restrictiva, lo cual no implica que no sean reconocidas.

En la reunión de Autoridades Centrales de 1993, los expertos norteamericanos presentaron un trabajo sobre el Convenio de La Haya en el que señalaron:

En general la definición del término «riesgo grave» significa el riesgo grave al que se expone el menor al ser restituido al país de residencia habitual. Considerando que haya habido problemas internos en el país, o que exista peligro para la restitución del menor a dicho país [...] El mero argumento de que sería riesgo grave restituir al menor al otro padre no es suficiente para constituir riesgo grave de peligro [...] El propósito es regresar el caso para su juicio dentro del foro de la residencia habitual y no en el foro del lugar donde se secuestró al menor. (Goicochea y Seoane, 1995)

Esto no obsta a que haya situaciones en las que el peticionante de la restitución constituye un peligro para el menor. De todos modos, ha de tenerse en cuenta que el riesgo potencial debe sufrirlo el niño y no el padre que opone la excepción — afirmación esta que puede ser eventual y fundamentalmente cuestionada.

Las autoridades intervinientes del Estado donde se encuentra el menor deberían poder contar siempre con los «antecedentes sociales» del menor y su familia, suministrados por las autoridades competentes del Estado de residencia habitual.

Las normas mencionadas complementan la idea con la expresión: «o cualquier situación intolerable», en la cual podrían caber situaciones de peligro moral.

Al analizar la sentencia 665/996, Barrios de Ángel (1997) sostiene —aludiendo en realidad a la Convención Interamericana— que el riesgo que impediría ordenar la restitución no es aquel «posible», sino un riesgo «cierto»; es decir, no la mera posibilidad de que algún acontecimiento p ocurra, sino el hecho de que se exponga al menor «a un riesgo grave que efectivamente es probable que ocurra». Es decir, debe tratarse de un peligro grave, serio y probable.

Operti (1998) opina que la facultad del exhortado de denegar la entrega del menor en los casos en que ello signifique un riesgo «le transfiere poderes que a nuestro juicio pueden resultar demasiado amplios» si no están suficientemente acotados. Entiende el autor que «el alcance de la negativa a restituir cobraría [...] efectos extraterritoriales impropios».

Análisis de caso: sentencia 30/2016

Juzgado Letrado de Trinidad, Flores, 2.º turno

Resumen del caso⁹

El niño JGM llegó con su madre a Uruguay el 28 de noviembre de 2015. Residía habitualmente en España, de acuerdo con cuya legislación ambos padres deberían haber dado el consentimiento para el viaje. Eso no ocurrió: la madre (Sra. M.) se hizo de la documentación necesaria para viajar tramitando ante el Consulado General de la República de Barcelona un permiso que resultó irregular, por lo que la Cancillería formuló denuncia en el Juzgado Letrado de Familia Especializado de 6.º turno de Montevideo (autos caratulados «GMJ CNA Ley 17.823 D. Policial IUE 500-1096-2015»).

La Sra. M. sustrajo al niño con ayuda de su hermana, LM, y un funcionario de la Justicia. No hubo consentimiento del padre ni autorización judicial.

Una vez en Uruguay, la Sra. M. se comunicó vía correo electrónico con el Sr. G, padre del niño, y le informó que estaban en Uruguay desde el 28 de noviembre, así como que regresarían a España el 6 de diciembre siguiente. En esa fecha le envió otro correo para comunicarle que el regreso se postergaba para el 27 de diciembre de 2015, lo que no aconteció. En función de eso, el padre efectuó la solicitud de restitución.

El 15 de febrero de 2016 se recibió exhorto remitido por Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional, por el cual se solicitaba la restitución internacional del niño a España, dado que se había trasladado a Uruguay con su madre sin autorización judicial.

El mismo día se dispuso la restitución internacional del niño JGM a España. Se citó a la madre de excepciones por el término legal. Se decretaron medidas cautelares: cierre de fronteras e incautación de la documentación del niño y de la Sra. M. Se designó defensora del niño y defensora del solicitante. Se dispuso la notificación al Ministerio Público y a la Autoridad Central.

El Ministerio Público, al amparo de la ley 19.355 (2015) —artículos 649 y 652—, se declaró incompetente para intervenir en el caso.

El 24 de febrero de 2016 compareció la defensora del solicitante asumiendo actitud de expectativa. Hizo lo propio al día siguiente la defensora del niño.

Con fecha 1.º de marzo de 2016 compareció la Sra. M. y opuso las siguientes excepciones, ofreciendo prueba, fundando su derecho y realizando petitorio en consecuencia:

9 Basado en sentencia definitiva N° 30/2016 de Juzgado Letrado de Flores de 2º Turno.

- Inconstitucionalidad de la ley 18.895 (2012) en sus artículos 14.2 y 16, inciso final.
- Inexistencia de norma jurídica que habilite la intervención del Ministerio Público.
- Preclusión de la instancia.
- El padre no ejercía la custodia al momento del traslado.
- El menor tenía derecho a ser oído y a oponerse a la restitución.
- Excepción de orden público internacional: la restitución sería manifiestamente violatoria de los principios fundamentales en materia de protección de derechos humanos y libertades fundamentales.
- De otorgarse la restitución se pondría al menor en situación de grave riesgo.

El mismo día, atento a la admisibilidad procesal de la excepción de inconstitucionalidad deducida y de acuerdo a lo establecido en los artículos 508 y siguientes del CGP (ley 15.982, 1988), el procedimiento se suspendió y se elevó a la Suprema Corte de Justicia, la cual desestimó la excepción de inconstitucionalidad por sentencia 70/2016.

El 15 de abril de 2016 se confirió traslado de excepciones por el término legal.

El 27 de abril de 2016 la defensora del padre del niño compareció en representación de este para evacuar el traslado de excepciones, donde en definitiva se relatan los hechos expresados *ut supra*.

El mismo día se tuvo por evacuado el traslado de excepciones, se dispuso el diligenciamiento de la prueba y se convocó a la Sra. M, con asistencia letrada, a la defensora del Sr. G, a la defensora del niño, a la Autoridad Central y a los testigos, a audiencia a celebrarse el 3 de mayo de 2016, a cuyos efectos se habilitó un horario especial.

Finalmente, habiéndose llevado adelante el proceso, aplicando como normativa el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores (1980) ratificado por Uruguay y también ratificado por España, y la ley nacional 18.895 (2012) —que, como se dijo, regula una estructura procesal especialísima, la magistrada interviniente falló desestimando las excepciones opuestas y disponiendo la restitución del niño a España a efectos de ser entregado a su padre, sin perjuicio de la restitución voluntaria del niño por parte de su madre.

Consideraciones sobre el rechazo de la excepción sobre grave riesgo en caso de restitución

Tomando como base lo expuesto sobre el concepto de *grave riesgo*, se analizará el uso que pretendió hacerse de la excepción en el caso en análisis.

La excepcionante debió probar la existencia de un riesgo en caso de decretarse la restitución. Era una carga para la parte.

El padre del niño es una persona violenta, «violencia manifestada no solo personalmente en las ocasiones en que tenían contacto sino a través de mensajes de Whatsapp, llamadas telefónicas y hostigamiento en los puestos de trabajo de la Sra. M»; sin embargo, «en ningún momento se prueba ese grave riesgo para el niño exigido por el Convenio para que la excepción prospere» (sentencia 30, 2016). Es decir, como se señaló, el riesgo en todo caso puede ser tal para la madre, pero no así para el niño, con quien el padre nunca fue violento. De hecho, la Sra. M manifestó en todo momento no desear que el niño perdiera el vínculo con su padre, vínculo que estaba afianzado: cada 15 días el padre lo retiraba del colegio el viernes y lo reintegraba el lunes. Incluso le facilitaba que viera al niño cuando el Sr. G no tenía dinero para viajar. Concomitantemente, el niño tenía gratos recuerdos de esos momentos.

De lo expuesto por la madre, no hay referencia a «riesgo físico», con lo cual esta hipótesis queda descartada. La madre se refirió a «riesgo psíquico»; sostuvo que «podría causarse un daño irreparable con el retorno del niño a España». O sea, no identificó claramente el peligro.

La juez citó doctrina y jurisprudencia que entienden que la excepción debe ponderarse con cautela: «No es cualquier riesgo sino aquel que efectivamente hace intolerable la restitución del niño y lo expone gravemente». La madre opuso la excepción sosteniendo que, como el niño estaba contenido en Uruguay, vivía con sus abuelos, iba a clases; es decir, había constituido un nuevo centro de vida, devolverlo a España le causaría un daño psíquico.

Es aquí donde podemos retomar la pregunta que dio origen a este trabajo, a la cual remitimos. Porque, efectivamente, el niño vivía en Trinidad, realizaba actividades y hacía cinco meses que vivía ahí; pero eso ocurría porque había mediado un traslado y una retención ilegítimos efectuados por la Sra. M., su madre.

La madre adujo asimismo la falta de recursos económicos para continuar viviendo en España, lo cual tampoco es fundamento suficiente para trasladar o retener ilícitamente a un niño o para argumentar contra la restitución, yendo contra los derechos del propio niño y del otro progenitor, ahora reclamante.

Por otra parte, de una pericia psicológica al niño llevada a cabo en el marco del proceso de restitución surgió «preocupación por parte de J. en cuanto hace tiempo que no ve a su padre, refiriendo que él era bueno y que le gustaría verlo pronto». Esto alejaba aparentemente la situación de riesgo psíquico, que, tal como se desarrolló *ut supra*, está prevista en los textos positivos en referencia a situaciones en las que el petitionante de la restitución constituya un peligro para el menor, o a todas aquellas situaciones capaces de afectar de modo importante la correcta formación emocional o intelectual del niño. Como matiz, cabría agregar lo señalado por Santos, que cuando alude a los peligros psíquicos pone como ejemplo «la separación de la madre respecto de

niños de corta edad» (Santos Belandro, 2013). En este caso el niño tenía seis años; ¿hasta qué edad puede considerarse un niño *de corta edad*?

Pero, en principio, puede sostenerse que no existía en el caso un riesgo psíquico como el referido en la excepción; al menos a criterio de la sede.

Breve comparación con un caso anterior: sentencia 707/2012

Un aspecto que puede ser cuestionado con respecto a la sentencia analizada, que tan bien se ajusta en términos generales a la normativa vigente, es el hecho de que *desestima el hecho de que el padre sea una persona violenta porque esa violencia no se ha ejercido sobre el niño*.

En distinto sentido fue considerado un hecho similar por la sentencia 707/2012 de la Suprema Corte de Justicia, cuyo ministro redactor fue el Dr. Ricardo Pérez Manrique. Se trata de una resolución tomada en la tercera instancia: casación. El recurso en ese caso fue interpuesto por la abogada defensora del niño (también de seis años), quien entre otras cosas afirmó:

La Convención no se limitó a establecer parámetros formales para resolver la situación del niño, y precisamente, el Tribunal dejó de lado el impacto con consecuencias dañosas que causaría al niño la ausencia de la madre, que en etapa de evolución de la personalidad tendría consecuencias de gravedad afectiva y mental posterior. La situación de absoluto desamparo en que quedaría AA, pone de relieve la arbitrariedad de la decisión de segunda instancia, que malinterpretó letra y espíritu de la Convención, que consagró que el niño es sujeto de derechos, no objeto de derecho, y sus intereses de importancia primordial. (Álvarez Cozzi, 2012)

La abogada entendió, y la SCJ compartió, que es falaz sostener que oponerse a la restitución sea premiar al incumplidor, ya que *por alguna razón se consagran las excepciones en la normativa*.

En este caso se consideró que durante la pericia psicológica —que no fue controvertida— la especialista observó en el menor temores vinculados a la incertidumbre que le generó la llegada del padre a Uruguay. También advirtió temor a las represalias que podría tomar el padre y que la disciplina impuesta por este no se adecuaba a las necesidades de un niño tan pequeño. En otra parte expresó:

Existió una situación de violencia doméstica de la cual el niño probablemente fue testigo y esto aumenta sus miedos. (Álvarez Cozzi, 2012)

Se tuvo en cuenta, asimismo, que de acuerdo a la pericia el niño se encontraba bien integrado al hogar materno y que un nuevo proceso de desvinculación, dadas las características del vínculo con el padre, pondría en riesgo su desarrollo personal y abriría «la posibilidad de que se genere un riesgo psíquico».

La SCJ, por su parte, expresó:

También le asiste razón a la recurrencia cuando señala que nada dice la sentencia respecto a la agresividad y violencia del padre, la que surge probada incluso de estos procedimientos, al interrumpir las tratativas que llevaba adelante su defensa, quedando manifestada asimismo a través del escrito por el cual el patrocinante renunciara a asistirlo por tales motivos. (Álvarez Cozzi, 2012)

La SCJ entendió que para considerar el interés superior del menor en el caso era necesario denegar la restitución; por tanto, casó la recurrida y confirmó la sentencia de primer grado.

Conclusiones

La interrogante de la que se parte en este trabajo refiere a si quien traslada o retiene ilícitamente a un menor de 16 años, generando así una situación de hecho *per se* ilegítima, puede valerse de esa misma situación para ampararse dentro de la excepción que refiere al riesgo psíquico. En el caso elegido para analizar, la madre traslada de forma ilegítima y retiene de igual manera a su hijo de seis años; le genera un nuevo *centro de vida* y pretende hacer valer esa nueva situación fáctica como natural, de modo que, desde su punto de vista, si esa nueva situación es alterada, el niño quedaría en situación de vulnerabilidad o riesgo psíquico por el cambio que le implicaría el regreso.

La opinión sostenida al respecto en este trabajo es que —como regla— no es posible invertir la calidad de la situación generada de forma ilícita para transformarla en una especie de escudo contra el principio de restitución.

Es necesario recordar que el proceso de restitución es un proceso sumarísimo que no tiene por objeto resolver cuestiones de fondo, las cuales han de ser consideradas por los tribunales del lugar de residencia del menor.

No obstante ello, se acuerda con Santos Belandro (2013) en que la restitución debe ser evaluada por las autoridades del Estado requerido, no puede ser un proceso que opere de modo automático, y contra esa evaluación pueden atentar los plazos excesivamente breves previstos en la ley 18.895 (2012).

Es cierto también que en este caso se recurre a la cuestión jurisdiccional como un mecanismo para defender la competencia del juez escogido por el tenedor ilegítimo, en perjuicio de las autoridades del lugar de residencia habitual del menor.

En el caso en cuestión fueron cinco meses de permanencia en Uruguay; pero en otros casos, como el analizado en la sentencia 665/1996, la menor fue retenida con unos pocos meses de vida y devuelta a su madre con cinco años de edad. Eso vulnera claramente el interés superior del menor y a la vez el derecho del progenitor privado de ejercer los derechos inherentes a la patria potestad.

Se entiende, sin embargo, que *es discutible el caso del reclamante que es violento con el otro cónyuge y/o con terceros* (violencia debidamente probada) *y aún no ha violentado al menor*. Lo que se discute es si es posible asegurar que continuará sin violentarse con el menor a medida que este vaya creciendo, por ejemplo; o si quizá pueda entenderse que es selectivamente violento y que constituye un referente afectivo seguro para el niño. En el caso analizado, la juez sostiene, muy al pasar: «Entonces tenemos un cuadro de violencia prolongada en el tiempo de G. hacia M., pero no hacia el niño».

En este punto se entiende que puede haber posiciones encontradas, ambas bien fundadas, con respecto a la obligación de entregar al niño a una persona cuyo temperamento violento está demostrado, aunque dicha violencia no se haya ejercido sobre el niño. *En un caso de comprobada violencia en el temperamento del reclamante, quien suscribe entiende que no debería restituirse al menor, porque sí se constituiría en ese caso una hipótesis de riesgo psíquico*. Por ello, la evaluación detallada y la correcta valoración de la prueba ofrecida en cada caso concreto se entienden como fundamentales.

Bibliografía y jurisprudencia consultada

- ÁLVAREZ COZZI, C. (2013). «Restitución internacional de menor. Sentencia N.º 707/2012. Suprema Corte de Justicia». *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, 20(23). Montevideo: FCU.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, D. (1997). «Jurisprudencia anotada. Restitución de menores. Facultades excepcionales de la SCJ de entrar a juzgar la sentencia absurda o arbitraria. Consideración de hecho nuevo». *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 4, 559-563.
- CABEZA LORIENTE, D. (2014). «Autorización de viaje, radicación en el extranjero y restitución de menores». En J. VEIRAS (coord.), *Procesos de familia*. Montevideo: FCU.
- Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convenio de La Haya) (1980). Celebrado en La Haya el 25 de octubre.

- GOICOCHEA, I. & SEOANE DE CHIODI, M. C. (1995). «Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (ley 23.857)». *Revista Jurídica Argentina La Ley D*, pp. 1412-1423.
- GONZÁLEZ PEDROUZO, C. (1998). «Restitución internacional de menores: Sentencia del juzgado letrado de familia competente». *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, 11(13), 81-94.
- Ley 15.218 (1981). *Convenios internacionales: Se aprueba el de Protección Internacional de Menores, suscrito con la República Argentina*. Recuperado de https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes/ley/15218?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow.
- Ley 15.250 (1982). *Restitución internacional de menores. Se aprueba el convenio entre nuestro país y la República de Chile*. Recuperado de https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes/ley/15250?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow.
- Ley 15.720 (1985). *Se aprueba el Convenio sobre Restitución Internacional de Menores entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de la República del Perú*. Recuperado de https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes/ley/15720?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow.
- Ley 15.982 (1988). *Se aprueba el Código General del Proceso*. Recuperado de https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes/ley/15982?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow.
- Ley 17.109 (1999). *Apruébase la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, aprobada en La Haya*. Recuperado de https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes/ley/17109?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow.
- Ley 17.335 (2001). *CIDIP IV: Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*. Recuperado de https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes/ley/17335?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow.
- Ley 18.895 (2012). *Restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente*. Recuperado de https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes/ley/18895?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow.
- Ley 19.355. *Presupuesto nacional: Período 2015-2019*. Recuperado de https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes/ley/19355?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow.
- NAJURIETA, M. S. (1997). «Orden público internacional y derechos fundamentales del niño». *Revista Jurídica Argentina La Ley B*, 1436-1445.
- OPERTTI BADÁN, D. (1998). «La familia para el Derecho Internacional Privado». En A. PLÁ RODRÍGUEZ y A. M. RANZETTI (coords.), *El Derecho y la Familia*. Montevideo: FCU.

- SANTOS BELANDRO, R. (2013). «La restitución internacional de menores a la luz de la Ley N° 18.895 de 11 de abril de 2012». *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, 20(23), 179-196.
- Suprema Corte de Justicia (2012). *Acordada 7758*. Recuperada de <http://poderjudicial.gub.uy/circulares/download/6333/5219/19>.
- VÉSCOVI, E. (2014). «Aproximación al nuevo proceso de restitución internacional de menores y visitas». En J. VEIRAS (coord.), *Procesos de familia*. Montevideo: FCU.
- Uruguay. Juzgado Letrado de Trinidad, Flores. 2.º Turno. Sentencia 30/2016 (4/5/2016). M. Boné, redactora.