

LAS EXCEPCIONES A LA RESTITUCIÓN

Dr. Ricardo C. Pérez Manrique
Medellín, octubre 2012

PROCEDE LA RESTITUCIÓN

- Traslado o retención ilícitos
- Violación de un derecho de custodia ejercido de manera efectiva – **no hay ejercicio efectivo**
- Conforme el derecho del Estado de RH – **no es titular**
- Comprende el cuidado + el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del niño (arts. 3 lit.a) y 13 lit a)
- Contra la voluntad o con desconocimiento del titular del derecho de custodia // **avenimiento consentimiento**
- Verificada ilicitud en el marco del debido proceso legal, tramitado en plazo breve, procede la restitución rápida y segura (art. 12)

Excepciones

- Causas que permiten negar la restitución, ante la existencia de un traslado o retención ilícito
- Numerus clausus
- Interpretación estricta
- Carga de la prueba: persona que ha retenido o sustraído ilícitamente al niño

Interés superior del niño

- El interés superior del niño, arts. 3 y 11 de la Convención de los Derechos del Niño y los Convenios de Sustracción
- Derecho:
 - I. a no ser trasladado o retenido ilícitamente, (protegerlo de los efectos de la sustracción)
 - II. a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia;
 - III. a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y
 - IV. obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional

Plazo: un año, aún operado el principio es la restitución, salvo integración

- **Artículo 12**
- Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el [Artículo 3](#) y, en la fecha de la 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.
- La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, **ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.**

Artículo 13

- 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:
 - 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.
- La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

- **Artículo 20**

- La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el Artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Ante un pedido de restitución

- 1) Se relevará la prueba para verificar si resultan acreditados los elementos necesarios para determinar la ilicitud del traslado o retención y la titularidad del derecho a promover la acción: custodia, ejercicio efectivo, cambio de país.
- 2) Acreditados, el ISN es hacer efectivo su derecho a la restitución rápida y segura.
- 3) La cuestión de las excepciones: a partir ISN, las excepciones deben considerarse como objeciones con entidad necesaria para que ese derecho no se haga efectivo. Se hará el balance necesario entre todos los derechos involucrados

- 4) **Derecho del niño a ser oído**, Obs.Gral. N° 12 Cté de Derechos del Niño N. U. Valoración de la opinión.
- Opinión a ser recabada tiene que ver con las circunstancias del traslado o retención y no con la custodia (es decir con qué padre quiere vivir en forma definitiva).
- En síntesis: elementos que justifiquen en encuadre de protección de derechos no hacer lugar, de manera excepcional a la restitución.
- 5) **Elemento prospectivo** por ejemplo si se alega violencia doméstica, el juez requerido debe arbitrar los medios necesarios (Com. Jud. Dir.) órdenes espejo etc. para asegurar la protección adecuada en el estado requirente.

6) La excepción de arraigo:

- A) Si la solicitud se presentó dentro del año no debería ser considerada.
- B) Si la solicitud se presentó después del año, el ISN determina la restitución, salvo que se pruebe efectivamente el arraigo
- C) Situación de hecho derivada de la extensión de los procesos, el tiempo puede determinar la existencia de arraigo, en cuyo caso el ISN se desplazó desde el convenio hacia la situación en el país de residencia

7) **LA DECISIÓN: solución que preserve el derecho a la restitución, privilegiando ese derecho sobre los intereses de los adultos involucrados o que entienda que ese derecho debe ceder, con carácter excepcional ante la prueba de algunas de las excepciones de los convenios**

MUCHAS GRACIAS

- secperezmanrique@poderjudicial.gub.uy