

Comentarios sobre la nueva Ley de Restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente. N° 18.895.

Dra. María Lilian Bendahan Silvera ()*

Antecedentes. Principios. Ambito competencial y de aplicación. Especialidad: Plazos. Desarrollo de la audiencia. Régimen impugnativo. Las comunicaciones Judiciales Directas.

ANTECEDENTES:

La ley, N° 18.895 fue pensada para suplir la carencia de un proceso específico para atender las solicitudes de restitución internacional de niños que nuestro sistema procesal tenía. Pero no sólo por el aspecto formal en sí mismo, sino en cuanto esa carencia de un proceso específico, redundaba en un desconocimiento o incluso una directa vulneración de los derechos de niños y adolescentes involucrados.

La estructura del proceso extraordinario que nuestro Código general del Proceso asigna a los supuestos de restitución, no sólo resulta insuficiente en materia de tiempo material que insume su tramitación cuando se trata de un proceso internacional. Más que eso, que no es poco importante, no garantiza el cumplimiento del espíritu de las Convenciones internacionales que son ley interna para el Uruguay. En efecto; la República Oriental del Uruguay, incorporó a su legislación interna el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores del 25 de octubre de 1980, por virtud de la ley N° 17.109 del 21 de mayo de 1999. Asimismo, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo de 1989, fue ratificada por ley N° 17.335 del 17 de febrero de 2.001. Pero a los efectos del proceso de restitución, como país requerido, no contaba dentro de su legislación nacional, con un proceso específico.

El art. 349 numeral 3° del Código General del Proceso –Ley N° 15.982- establece que tramitarán por el proceso extraordinario, entre otras, “las cuestiones relativas a regímenes de visita, **restitución o entrega de menores o incapaces.**”

Sin ánimo de incursionar en la teoría del Proceso Extraordinario, que tan brillantemente han expuesto eximios procesalistas, baste en breve apunte destacar que: dicha estructura, difiere de la prevista para el Proceso Ordinario, básicamente en la concentración de la actividad procesal a desplegar después de la contestación de la demanda en una única audiencia, así como de la decisión judicial -tanto de forma como de fondo- en una única sentencia. Sin embargo sus plazos –v. gr. traslado de la demanda por treinta días, treinta días para el dictado de Sentencia Definitiva – son comunes a los del proceso ordinario, habiendo demostrado ser inadecuado para atender casos de sustracción internacional. En cuanto al Convenio de la Haya de 1996: “Convención relativa a la competencia, la ley aplicable ejecución, reconocimiento y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas para la protección de los Niños”, a la época de la redacción de la Ley que nos ocupa, su aprobación tenía estado parlamentario, pero aún no había sido aprobada la Ley que lo incorporaría posteriormente al ordenamiento jurídico de nuestro país. Actualmente se encuentra vigente, por virtud de la Ley N° 18.535 de 11 de agosto del año 2009.

(*)Ministro del Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno. Juez de Enlace de la Red de Jueces de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Punto de Contacto IBERRED en materia de Familia. E-mail bendcont@yahoo.com.ar

Puede decirse que la idea de la elaboración de la ley uruguaya surgió a impulso de un evento académico; el **taller sobre "Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños y Adolescentes"**, desarrollado en el **Centro de Estudios Judiciales del Uruguay**, entre los días 9 y 10 de diciembre del año 2.005, en Montevideo. Este seminario en la modalidad de taller, se llevó a cabo con la presencia de los Dres.: Ignacio Goicoechea, de la República Argentina, Oficial Letrado de Enlace para América Latina de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, el Dr. Eduardo Tellechea Bergman, Catedrático, por entonces Director del Instituto de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y director de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional del Uruguay.

Participaron Magistrados de Primera y Segunda Instancia del Uruguay. Reconoció como antecedente el Seminario de Jueces Latinoamericanos sobre el Convenio de La Haya de 1980, realizado entre el 1° y el 4 de diciembre del año 2.004, en Monterrey México y de él se extrajeron importantes conclusiones. La primera, que entre las dificultades que planteaba la operativa de la Convención era que en Uruguay, como en otros países debido a la estrecha ligazón que existe entre la cuestión de la Restitución y la cuestión de la guarda de un menor de edad, se tiende a caer invariablemente por el Magistrado, en la práctica de "autoatribuirse competencia en la cuestión de la guarda" por así decirlo. A confundir el objeto del proceso de Restitución con la resolución de la cuestión de la guarda. Pese a la claridad de las normas convencionales. Este enfoque afecta desde la calificación liminar, hasta el tratamiento de las excepciones, de la prueba ofrecida, ordenada de Oficio, etc. enlenteciendo el trámite. A lo cual contribuía sin duda el que está previsto dentro de la ley nacional. Con la consecuencia de desvirtuar la naturaleza de la Restitución y los objetivos de la Convención y en definitiva del incumplimiento de los compromisos internacionales.

Por eso la segunda más importante conclusión de aquel taller fue el desafío de la elaboración de una regulación interna que permitiera, en un proceso rápido y garantista a un mismo tiempo, realizar el objetivo central de los Convenios; el interés superior del niño, representado aquí por la pronta y segura restitución, al Estado de su formación. Es así que un equipo bajo la dirección del Dr. Ricardo Pérez Manrique, hoy Ministro de la Suprema Corte de Justicia, integrado por quien aquí suscribe y por el Dr. Eduardo Cavalli, comienza a trabajar con la finalidad de elaborar un proyecto de ley, nacional.

En lo personal nos abocamos a la investigación de aquello que tenían de común los procesos específicos de Restitución Internacional de distintos países, existentes hasta la fecha, y a descubrir de qué manera cumplían o intentaban alcanzar los objetivos y mandatos de las Convenciones Internacionales y aplicaban los principios particularmente, de la Convención de La Haya. Y qué podíamos hacer dentro de nuestro propio sistema normativo. Fueron los distintos sistemas estudiados; 1) el Reglamento del Consejo de la Unión Europea N° 2201 de 27 de noviembre de 2.003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; 2) el proceso contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, en su Título IV destinado a las medidas provisionales en relación con las personas (Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, que así se llama), 3) el Decreto Ejecutivo N° 222/2.001 - reglamentario de la Ley que aprueba la Convención de La Haya- del M.RR.EE. de la República de Panamá y 4) en Sudamérica, el Auto acordado de la Corte Suprema de la República de Chile, del 3/11/1998. Era notorio que el denominador común, pasaba precisamente por la voluntad de los Estados, de ajustar su legislación nacional a la Convención de La Haya, estableciendo procesos abreviados, monitorios, o de cognición sumaria, en los que prima la idea de que el principio es la restitución, que ésta se

constituye en un medio cautelar a los fines del derecho de guarda y en modo alguno constituye un proceso de guarda en sí mismo. Que se trataba de otorgar dentro de la sumariedad, unas garantías suficientes para todas las partes, pero no tan exigentes como para hacer el proceso tan lento y “pesado” desde el punto de vista de la actividad procesal a desplegar, que conspire contra los fines de la pronta restitución que se procura. De ahí la limitación de las excepciones y a la admisibilidad de la prueba por ejemplo. Asimismo vimos que todos los sistemas ponen en mayor o menor medida el acento en la necesaria audiencia del menor, en consonancia con los instrumentos internacionales de referencia y, particularmente la Convención de los Derechos del Niño de Nueva York del 6 de diciembre de 1989, a fin de la tutela de su prioritario interés y de entender por tal, la pronta y segura restitución del niño al Estado de su formación, a su centro habitual de vida.

Esta investigación, dio un primer fruto en lo inmediato; en otra jornada organizada por el Centro de Estudios Judiciales llevada a cabo en La Paloma, Departamento de Rocha, el 11 de junio del año 2.006 , quien suscribe realizó una ponencia sobre el tema, en la que concluíamos recomendando: En sede de restitución internacional, estamos supuestos a considerar tres pilares fundamentales: 1) cuando como operadores tenemos entre manos un caso de restitución internacional, no está en juego la guarda del niño o adolescente, esto es, no se trata de un juicio de guarda, no va a discutirse la guarda, que es algo privativo de la jurisdicción del país de residencia habitual del niño o adolescente, sino que será objeto de este proceso determinar si ha existido un traslado y/o retención ilícitos, a saber: en violación del derecho de custodia detentado por padres-tutores-guardadores, esto es, derecho de guarda comprensivo de aquel derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor y si como consecuencia, se le ha desplazado de su residencia habitual, de su centro habitual de vida 2) el principio rector y de interpretación que nos guiará, desde la calificación inicial, hasta el análisis de la prueba y la toma de medidas urgentes o de resolución final, será el interés del niño; 3) la duración del proceso tiene efectos sobre la resolución de fondo. A saber; si el proceso de restitución no es a la vez eficaz y breve, puede tener el efecto indeseado de cooperar a producir un arraigo del mismo en nuestro territorio, que si luego se determina que corresponde la restitución, haga que a un desarraigo siga otro, tan nocivo para su interés prioritario como el primero. Y podría decirse además que hay una cuarta idea fundamental que explica el porqué de la importancia del tema; está en juego la imagen del País, de sus Jueces, de sus Curiales; y algo que no es menor: de la cooperación que brindemos en el marco de estos instrumentos Internacionales, depende también la que recibamos en los casos análogos en que a nuestra vez, seamos requirentes. De ahí la necesidad de contar en la legislación Nacional, con un proceso específico de Restitución de Menores. Y en ese mismo acto, presentábamos, lo que luego habría de constituir el punto de partida del actual; un esbozo de proyecto de ley Nacional de Restitución Internacional de Menores. Donde lo básico era la idea de una estructura monitoria, con plazos y algún otro rasgo tomados del procedimiento de la acción de Amparo. Contemplando asimismo el proceso previsto en la Convención Interamericana. La elección de estas estructuras procesales, obviamente no fue casual, sino que la elegimos inspirada en las Convenciones internacionales y asimismo en el derecho comparado de referencia, atento a la necesidad de plasmar en la propia estructura, el principio en esta materia que es la pronta y segura restitución. Decidimos que como en los procesos monitorios, el proceso se inicia con la sentencia, a la que llamamos mandamiento de restitución. Pudiendo existir causales de excepcionamiento para el requerido, que habrían de ser limitadas, al igual que la posibilidad de producir prueba. Al incorporar rasgos de la acción de Amparo, tuvimos presente incluso que una de las críticas que en

nuestro país se hizo a la ley de Amparo N°16.011 fue que incorporaba plazos que resultaban desconocidos en nuestro ordenamiento jurídico. Intentando realizar la simbiosis entre los dos procesos elegidos y las Convenciones internacionales que son su fuente, de modo de no caer en ese defecto. Del mismo modo, tuvimos siempre presente que la naturaleza jurídica de la materia de la restitución internacional tiene carácter cautelar, como tal, por tanto debe ser tratada. Los plazos, otorgados a los distintos operadores y a las partes, y hasta el tratamiento de la intervención del Ministerio Público, obedecen al objetivo de no sobrepasar los plazos máximos previstos por las Convenciones para toda la tramitación, a la vez que no conculcar garantías de los involucrados y atender siempre al interés superior del niño.

Nos cupo el alto honor, de que este esbozo fuera aprobado como punto de partida para el posterior trabajo de elaboración por el equipo; conservándose estructura y plazos de la idea original en lo medular. Ya en estado de proyecto elaborado, fue presentado al Centro de Estudios Judiciales del Uruguay - Poder Judicial- en una primera redacción, el 13 de octubre del año 2.006.

Fue analizado en la **Universidad de la República**, recibiendo la aprobación y el valioso aporte del **Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho, de dicha alta casa de estudios**. Recibió Asimismo el aval y el aporte, también del **Instituto Uruguayo de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República**.

Su estructura, ha servido de base para el documento aprobado como **“Norma Modelo de Proceso de Restitución Internacional de Niños”, en la Segunda Reunión de Expertos Gubernamentales, del Programa Interamericano de Cooperación para prevenir y reparar casos de Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes por uno de sus Padres, Buenos Aires, 21 de septiembre del año 2.007 (organizado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño)**. (1)

En dicha reunión, el trabajo de la mesa partió del consenso alcanzado respecto del proyecto original del Uruguay en la Reunión de Jueces de países de América expertos en materia de sustracción internacional de niños niñas y adolescentes, celebrada en forma previa a la sesión inaugural el día 19 de septiembre del mismo año, entre los representantes de los países participantes latino y centro América, Méjico, Estados Unidos y España, de la que participamos siendo la coordinación del Dr. Ricardo Pérez Manrique. De cuya fecunda discusión, supo recibir también los aportes también el proyecto uruguayo.

Alcanzada la última redacción del proyecto nacional, se consideró la más ajustada y perfecta en cuanto a contemplar los principios de los Convenios sobre restitución, como así también, de la norma instrumental del Convenio de La Haya de 1996, habiendo incorporado incluso un procedimiento para la solicitud de visitas internacionales, que comparte la estructura procedimental con el proceso de restitución. También la previsión de las comunicaciones judiciales directas entre jueces de enlace.

Fue presentado por la Suprema Corte de Justicia al Parlamento Nacional y aprobado como Ley N° 18.895 del 11 de abril de 2012, publicada en el Diario Oficial el día 22 de mayo del mismo año.

Por todo cuanto viene de verse en el capítulo de antecedentes, puede apreciarse que siendo las Convenciones en particular la de La Haya propiamente instrumentos de derechos humanos en sí mismos, en este caso con un innegable nexo con la Convención sobre los derechos del Niño (Cfm. Elisa Perez Vera, en su “Informe explicativo del Convenio sobre los aspectos Civiles de la sustracción internacional de Menores.” (2) y Ricardo Pérez Manrique: “El interés superior del Niño en el Convenio de La Haya de

1980.” (3)), la nueva ley se presenta como un instrumento del instrumento. Es decir como un proceso destinado al cumplimiento de la normas convencionales, tal como lo establece en su artículo primero.

EL PROCESO PREVISTO EN LA NUEVA LEY.

Nos abocaremos atento a la necesaria brevedad de este trabajo al proceso de restitución, ya que resulta en parte aplicable al proceso de visitas y lo que es propio de éste no ofrece mayores dificultades.

Los principios que informan la ley y que vienen de analizarse supra en antecedentes, resultan una aplicación del principio del interés superior del niño, principio rector de interpretación e integración.

Al que la propia ley da un contenido concreto y específico para la materia de restitución, en su art. 3°: definido como el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que la decisión sobre su guarda o custodia se dilucide ante el Juez del estado de su residencia habitual.

En lo procesal la norma se integra e interpreta por las establecidas en su art. 3° (Constitución de la República, Convenciones, CNA, CGP). Se consagran en todo el articulado, los principios que informan el Código general del Proceso, particularmente de oralidad, intermediación, celeridad (pronta y eficiente administración de justicia, art. 14 inciso segundo de la ley, impulso procesal, concentración procesal art. 4° de la ley), dirección del proceso por el juez, buena fe. Se hallan implícitos debido a la referencia del art. 3°, otros no expresamente establecidos, pero sí de hecho, como el fundamental del art. 14 del CGP: el principio de la efectividad de la tutela de los derechos sustanciales. Asimismo los principios dispositivo (el que no resulta desvirtuado por las potestades de instrucción y cautelares otorgadas al juez, según se verá infra) y de igualdad.

En cuanto a la **competencia** la norma especial, establece el principio de especialización de la jurisdicción (art. 4°). La Suprema Corte de Justicia, ha dictado recientemente, una **Acordada, N° 7758 de fecha 24 de diciembre de 2012 y su Reglamentación**, con el fin de organizar los órganos jurisdiccionales que habrán de aplicar la ley, a los efectos de preservar el cumplimiento de los plazos y las coordinaciones que resultan necesarias a los fines del principio de celeridad.

Ambito de aplicación: La nueva ley se circunscribe a los supuestos traslado y/o retención ilícita de una persona menor de dieciséis años que, desplazada de su centro habitual de vida, se encontrare en el territorio nacional. Quedando definido por la propia ley, en su art. 1°, cuándo se considera que existe traslado o retención ilícita. Y queda excluído en forma expresa el tratamiento del fondo del asunto de la guarda del niño o adolescente en cuestión, que se consagra como privativo del órgano jurisdiccional del Estado de residencia habitual (art. 2°).

Asimismo se aplica a los supuestos de solicitudes de visitas internacionales de acuerdo con las normas convencionales, sin que sea requisito necesario la existencia de un traslado o retención ilícitos ni la existencia de un régimen de visitas establecido previamente en el país de origen (art. 25). En lo **temporal**, es una norma procesal que carece de disposiciones transitorias y naturalmente se rige por las normas generales Derecho Civil, arts. 7 del C.Civil y 12 del Código General del Proceso.

(1) Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/iap28ml>

(2) Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf> (3) Disponible en: www.incadat.com sección: bibliografía

Los sujetos: Los arts. 5° y 6° de la Ley definen la titularidad de la legitimación activa y pasiva de la acción. La primera, pertenece a quien siendo padre, madre, tutor, guardador, persona u organismo haya detentado el derecho de guarda o custodia, (cuyo derecho define asimismo la ley en su art. 1° inciso tercero), inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos. La ley prevé en el art. 14, la designación para esta parte de un Defensor el cual se prevé actúe con facultades de representación. Salvo designación por el solicitante que en cualquier momento lo podrá sustituir. Aquí cabe expresar que se trata en forma similar a lo que establecía el Decreto Ley N° 14.188 de 5 de abril de 1974, para el defensor del trabajador en materia laboral, de una representación judicial, que –en este caso- nace con la designación de oficio por el Juez. Pero a diferencia de aquella representación prevista en el D. Ley, en que por remisión de su art. 9° al art. 160 del derogado CPC se entendía que facultaba para efectuar actos de disposición (transar, conciliar) en este caso entendemos que ello no es posible. Al no haber una previsión expresa rige lo dispuesto por el art. 2149 del Código Civil y se tratará únicamente de una representación procesal, similar a la del art. 44 del CGP.

La titularidad pasiva pertenece al sustractor. Es decir a quien es denunciado como quien sustrajo o retuvo a la persona menor de dieciséis años (art. 6°).

Y la persona menor de edad, que como hemos dicho representa en realidad el interés central y prioritario del proceso de restitución y también del de visitas internacionales y asimismo actuará asistido y representado según la evolución de sus facultades por un Abogado defensor designado por el tribunal, igual que los demás actores de conformidad con la previsión del art. 7° de la ley. Su derecho a ser oído es consagrado en la ley en el art. 16 literal A (excepciones) y 19 (audiencia).

Asimismo, participan el Ministerio Público, (intervención preceptiva, art. 8°) Y la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional a los efectos del cumplimiento de los cometidos que le asignan las Convenciones de la Haya art. 8° e Interamericana art. 7° (básicamente, asistencia a las autoridades en la localización y garantías para la restitución).

Por último está el Juez, quien de acuerdo con la materia de carácter social (de Familia y específicamente de niños y adolescentes) y la cualidad cautelar del proceso de que se trata, posee especiales poderes-deberes. Así, facultades cautelares, art. 11 inciso segundo, art. 14. Probatorias: ya de iniciativa probatoria, potestad que consideramos implícita por el reenvío del art. 3° a las normas del CGP, entre las que se cuenta el art. 350.5 de dicho cuerpo legal, que otorga “todos los poderes que la ley acuerda a los tribunales del orden penal en el sumario del proceso penal, sin perjuicio del respeto al principio de contradicción y a los propios del debido proceso legal”. Facultad de control de la prueba, de desestimar aquella que resultare inadmisibles, inconducente o impertinente, que de acuerdo con el sistema general del CGP y el principio de dirección del proceso por el juez, la ley reitera su art. 18. Entendemos que ello no implica abolir el principio dispositivo, ya que estas facultades pertenecen a la función de instrucción del Juez, limitada a los hechos propuestos por las partes.

Los plazos, por aplicación del régimen general del Código Gral. Del Proceso, son perentorios e improrrogables en lo que refiere a los previstos para la actividad de las partes (art. 92 inc. 1° del CGP), no así los del Tribunal. Es decir que en el caso de la actividad de parte, una vez vencido, caduca o precluye la posibilidad de cumplir el acto. En cambio la sentencia dictada fuera de término es válida, sin perjuicio de la responsabilidad funcional que pueda haber al Juez y las importantes sanciones en el ámbito administrativo que el CGP prevé.

Otro tanto puede decirse respecto del cómputo; su comienzo, transcurso y fin, a falta de previsión expresa será el del régimen general. Un ejemplo de ello es el art. 20 que prevé la impugnación de la sentencia “dentro del tercer día siguiente a la notificación”.

Los plazos, establecidos con una finalidad de abreviación y cumplimiento con la duración total del proceso de seis semanas previsto en la Convención, son, valga la redundancia, brevísimos, tomados de los procesos Monitorio del CGP y de Amparo ley N° 16.011.

Los principales plazos previstos en la norma: plazo para dictar el auto de restitución: 24 horas de admitida la demanda. Citación de excepciones: diez días (art. 14). Traslado al requirente: por seis días (art. 18). Plazo para la celebración de la audiencia, tres días contados a partir de la puesta al Despacho de los autos, una vez contestadas las excepciones o vencido el término (art. 18). Plazo para dictar sentencia en Primera Instancia: máximo 24 horas. Plazo para apelar y evacuar el traslado de la Apelación, tres días (art. 20). Para elevar los autos en caso de Apelación: 24 horas. En segunda Instancia, plazo para dictar sentencia cuatro días (debe entenderse desde su elevación o entrada al Tribunal).

El mandamiento de restitución y la audiencia única:

En efecto consideramos parte fundamental de la reforma que el proceso establecido en la nueva ley implica respecto del sistema del Código general del Proceso, estos dos elementos.

El mandamiento de restitución. Art. 14.- Como paso lógico previo, se prevé la calificación de las condiciones de admisibilidad prevista en el artículo 12, a cuyos efectos el peticionante deberá acreditar la verosimilitud del derecho, probando sumariamente encontrarse en el ejercicio de la guarda o custodia de acuerdo con la previsión del art. 1°, con lo que el proceso se asimila a un monitorio documental.

Resuelta favorablemente la admisibilidad, se dicta el mandato de restitución.

Esta sentencia, que, de no oponerse excepciones (art. 17) o, si opuestas fueren rechazadas, quedará firme -de acuerdo a la estructura monitoria- es de contenido complejo.

Si el tribunal no dispone el rechazo liminar de la demanda, debe dictarlo en 24 horas. En ese caso, despachará la restitución, citará de excepciones, dispondrá las medidas cautelares necesarias a los efectos de la protección y la sujeción de la persona menor de dieciséis años al país y por tanto al proceso (cierre de fronteras), retención de la documentación para viajar.

Como el proceso prevé en su art. 11 una etapa inicial de ubicación del niño o adolescente y la posibilidad del dictado de las previas y más urgentes medidas de protección, en la presente etapa serán aquéllas ratificadas, o bien rectificadas. Asimismo se designará Defensor al niño si no se le hubiere designado en la etapa preliminar y el Defensor al solicitante. Debe aquí también ordenarse la noticia al Ministerio Público y a la Autoridad Central de Cooperación Internacional a sus debidos efectos.

Este es, decíamos, junto a la audiencia, el eje fundamental de la reforma, puesto que, de acuerdo con el sistema de la ley, no se admiten cuestiones previas, incidentes o reconveniones (art. 14 inciso final); existe limitación de excepciones, las cuales se enumeran en un elenco taxativo en los arts. 15 y 16. En ese contexto, la certeza inicial que lleva al Magistrado a calificar la solicitud favorablemente, excepcionalmente se verá desvirtuada y sólo por los motivos graves que se consagran en las excepciones admisibles, de modo que el proceso, si no han prosperado soluciones de restitución voluntaria, que la ley asimismo prevé, tiene altas probabilidades de finalizar en esta etapa.

La audiencia. Art. 19.- Como particularidad, ya hemos mencionado, debe celebrarse en el término de tres días de ser puestos los autos al Despacho una vez finalizada la etapa de la sustanciación de las excepciones o, en caso de no haberse opuesto, de vencido el término. Serán citados el Ministerio Público, las partes, es decir el accionante o quien reclama la restitución, quien eventualmente se encontrará fuera del país y concurrirá únicamente a través de su representante designado de oficio; el presunto sustractor con el niño o adolescente, ambos debidamente asistidos de defensor. La Autoridad Central será noticiada y podrá presenciar la audiencia.

En este artículo, implícitamente la ley presupone el funcionamiento de un muy aceitado mecanismo de notificaciones y funcionamiento de la Oficina Actuarial y la coordinación con todos los actores. Para lograr que ello pueda ser en la práctica cumplido, se ha dictado el auto Acordado de la Suprema Corte de Justicia y su reglamentación correspondiente de referencia supra, para regir desde el 1° de Febrero de 2013. En que se ha previsto, además de la especialización de ciertas Sedes, capacitación de los diversos actores involucrados y un sistema coordinado (Ministerio Público, Defensoría de Oficio de Familia, INTERPOL, Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional) de comunicaciones electrónicas, funcional a todas las etapas del proceso. Otra especialidad consiste en que, para el caso en que, habiendo funcionado adecuadamente el sistema de notificaciones faltare alguno de los citados, la audiencia no dejará de celebrarse, por ejemplo, en el caso que faltare el Ministerio Público, pese a tener éste intervención preceptiva. Mas aún, en el caso en que el ausente fuera precisamente el representante del Ministerio Público, la ley prevé expresamente (inciso tercero del art. 19) que su ausencia no obstará a la prosecución del trámite ni al dictado de sentencia. Obviamente la ley habla de “citados” no se aplica al juez: “la audiencia será presidida por el tribunal”, art. 19. Sin cuya presencia, como en el sistema general del CGP, será nula (principio de inmediación).

La estructura de la audiencia, es la prevista en la ley procesal para la audiencia preliminar en el proceso ordinario, pero tiene también rasgos de la audiencia única del proceso extraordinario o incidental, desde que el pronunciamiento sobre los medios de prueba ofrecidos por las partes, son objeto de pronunciamiento fuera de audiencia, en el propio auto que la convoca (art. Art. 18 inciso segundo). En el acto de la audiencia, se procede a: la tentativa de conciliación, saneamiento de cuestiones procesales que obstaren a la decisión de mérito, en el caso de haberlas; fijación de los puntos en debate; diligenciamiento de prueba (a estos efectos si el tiempo de la audiencia no fuere suficiente, se puede prorrogar hasta por setenta y dos horas).

Fijación de los puntos en debate.- Conviene detenerse brevemente, para decir que puesto que la ley ha previsto que el pronunciamiento respecto de los medios de prueba se realiza antes de la audiencia, el procedimiento lógico de decidir qué debe decidirse, es decir el objeto del proceso, así como también el de la prueba (qué es necesario probar a efectos de decidir) también se hace antes y está implícito en el pronunciamiento sobre la prueba (que resuelve en definitiva con qué medios debe probarse el objeto para poder resolver sobre él). De modo que en la audiencia se ratifica la fijación del objeto, pero frente a las partes.

Este objeto está delimitado por la propia ley, en primer lugar en su artículo 1°: “determinar si ha existido traslado o retención ilícitos de una persona de menos de dieciséis años de edad” y para ello debe determinarse si el traslado o la retención se ha verificado “en violación a un derecho de guarda o de custodia” o, en el caso del proceso de visitas la preservación de este derecho.

Luego en los arts. 15, 16 y 23, se establecen otros contenidos, éstos eventuales del objeto del proceso, pues puede ser necesario decidir en la especie en cuestión, según la

defensas articuladas (y probar en consecuencia): si se ejercía o no por el reclamante el derecho de custodia en el momento del traslado o retención, o si consintió a posteriori los mismos, si existe grave riesgo de que la restitución exponga al niño o adolescente a peligro físico, psíquico, o situación intolerable (art. 15). Que éste se opone a la restitución por motivos fundados y que por su edad y madurez ha sido capaz de formarse un juicio propio; que se ha presentado la solicitud vencido el plazo de un año desde el traslado o retención y existe al mismo tiempo integración del niño o adolescente al nuevo centro de vida; que la restitución es manifiestamente violatoria de los principios fundamentales en materia de protección de los derechos y libertades fundamentales (art. 16). Es decir, frente a la “Constitución Invisible” que conforman la Constitución de la República y todas las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que la integran por virtud de su art. 72.⁽⁴⁾

Finalmente, otro contenido eventual del objeto del debate (y de la prueba): sólo para los casos en que ha transcurrido más de un año entre la solicitud y la sustracción o retención ilícitas: que no existe arraigo, integración del niño o adolescente al territorio nacional y que su permanencia en éste no resulta favorable a su prioritario interés (art. 23).

Lo cual debe mirarse como ratificación de la regla convencional recogida en el art. 16, de que transcurrido el año puede denegarse la restitución, sólo en ciertas condiciones: arraigo y beneficio para el interés superior.

En cuanto a la prórroga de la audiencia para el diligenciamiento de prueba, es importante destacar que aunque no lo diga expresamente la ley, estamos hablando de una prórroga por única vez salvo motivos excepcionalísimos, teniendo en cuenta que por el trámite de sucesivas prórrogas, se desvirtuaría el proceso y el espíritu de la norma tanto las de fondo, como la presente que es instrumental.

Interpretando razonablemente estos parámetros, debemos concluir asimismo que la audiencia es la oportunidad del Ministerio Público para solicitar prueba.

También el juez podrá disponer alguna de oficio que no hubiere sido dispuesta antes en uso de las potestades del régimen legal general ya reseñadas supra.

No así las partes, cuya facultad de solicitar prueba y contraprueba precluye con la oportunidad de los respectivos actos de proposición en la etapa de sustanciación del excepcionamiento. Sin embargo los tres días de prórroga de la audiencia que posibilita la norma, naturalmente pueden ser utilizados para el diligenciamiento pendiente de medios propuestos también por las partes oportunamente. Se pensó en estos supuestos en que emergiera de la audiencia la necesidad de efectuar alguna pericia por ejemplo.

Como especialidad, en la prueba testimonial, el número de testigos se reduce a tres por cada parte (art. 18), en consonancia con la abreviación del proceso que se persigue.

Las partes y el Ministerio Público serán oídas en la audiencia. También lo será –interés fundamental en juego según viene de decirse supra- el niño o adolescente. En este caso, se prevé expresamente, que, de acuerdo con su estado, grado de madurez y circunstancias, pueda ser oído: ya en forma indirecta, ya indirecta; a través de profesionales especializados designados por el tribunal. Consagrándose así en la ley de forma expresa, la manera en que nuestra doctrina y jurisprudencia interpreta el derecho del niño a ser oído establecido en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 8° de nuestro CNA (inciso tercero del art. 19 de la ley) ⁽⁵⁾.

Finalmente, en la audiencia debe dictarse sentencia. Con la posibilidad del dictado -a lo más- dentro del término de veinticuatro horas siguientes a su celebración (art. 19 inciso final).

(4) vide Martin Risso Ferrand, “Qué es la Constitución.” UCUDAL 2010, págs. 56 y ss..

(5) Cfm. vgr.: sentencia N° 30 /2010 de 24 de febrero de 2010 del Tribunal de Apelaciones de familia de Primer Turno. En el mismo sentido: Dra. María del Carmen Díaz, “La representación legal de niños/as ...” en RUDF N° 19 págs. 188-189.

Régimen Impugnativo.- Este se constituye en otra especialidad de la ley. Por una parte, está el enunciado general del art. 14 in fine, respecto de la inadmisibilidad de cuestiones previas, incidentes o reconvencciones, lo cual presenta desde ya una limitación a la facultad impugnativa, que es propia del proceso de restitución.

Por otra parte, existe limitación de providencias propiamente apelables (art. 24): la que dispone el rechazo liminar, cuya apelación no se sustancia y la sentencia definitiva. En la Segunda Instancia, sólo se admiten Aclaración y Ampliación.

El rechazo liminar de la solicitud de restitución: se impugna mediante el recurso de Apelación, interpuesto en un plazo especial: dentro de tercero día (art. 13).

La sentencia definitiva: mediante recurso de Apelación, que se interpone y se sustancia con traslado a la contraparte, al Ministerio Público y Defensor del niño o adolescente, en el plazo especial de tres días (art.20).

No está prevista la adhesión; debido a la excepcionalidad del instituto y el principio de celeridad no es dable se pretenda incorporarlo por vía de integración.

Se prevé especialmente la concesión del recurso con efecto suspensivo, lo cual es fundamental; atento a las consecuencias irreparables que puede tener la elevación no suspensiva en caso de que se haga lugar a la restitución en el fallo de Primer Grado y se deniegue a posteriori en la Alzada.

La resolución que despacha sobre las diligencias probatorias (sea que admita o deniegue, art. 18 inciso segundo), se impugna mediante Apelación con efecto diferido (de acuerdo con el sistema general, limitado a la simple interposición del recurso, en cuyo caso y sin perjuicio del cumplimiento de la resolución impugnada, se reservará la fundamentación de agravios a la eventual apelación de la sentencia definitiva (art. 251 numeral 3 del CGP). No se explicita en la norma un plazo especial para la interposición, si se trata de la providencia dictada antes de la audiencia, podría concluirse que es el general del recurso de Apelación de sentencias interlocutorias previsto en el art. 254 numeral 1 CGP. No obstante, entiendo que aunque se omita el plazo especial aquí, éste no puede ser mayor que el previsto para la apelación de la sentencia definitiva, de acuerdo al espíritu de la ley y los plazos que -incluso los del dictado de sentencia en las dos instancias- han sido tomados de la ley de Amparo.

Por tanto debe entenderse de tres días. En términos de celeridad, debido al efecto que la ley otorga especialmente a este recurso, no afecta en forma decisiva, ya que éste naturalmente sigue su curso. Si es una providencia de prueba dictada en audiencia, se interpondrá en ella, art. 254 numeral 3 del CGP.

Respecto de la tramitación en Segunda Instancia, como se dijo la impugnabilidad se limita a los recursos de Aclaración y Ampliación. La decisión a emitirse dentro del cuarto día, puede ser en audiencia o anticipada y en este caso los recursos deben ser deducidos y resueltos en respectivos plazos de cuarenta y ocho horas (art. 24). Es decir que no se prevé el examen en Casación atento al carácter cautelar de la decisión. Tampoco está prevista la posibilidad de producir prueba. Si se incorporare alguna, debe recordarse que ha de hacerse con el control de las partes y en el respeto de los plazos establecidos (art. 20).

Comunicaciones judiciales directas.- Se prevé la posibilidad de la realización de dichas comunicaciones -durante toda la tramitación y tanto en el proceso de restitución como en el de visitas- entre los tribunales extranjeros y nacionales, respecto de los asuntos en trámite, las que deben realizarse a través del Juez de Enlace de la Red de Jueces de La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, designado por

la Suprema Corte de Justicia. De las mismas debe dejarse constancia en el expediente comunicándose a las partes. Esto es, que el juez nacional, deberá recurrir al Juez de Enlace a fin de acceder a la comunicación directa con su colega extranjero.

Hasta aquí el breve análisis de esta nueva estructura que hemos preferido encarar desde el punto de vista procesal, por su utilidad para los operadores. Quedando por razones de espacio, pendiente uno desde el punto de vista del derecho sustancial, que hemos apenas esbozado aquí y no descartamos efectuar, en oportunidad de una nueva entrega.

Dra. María Lilian Bendahan.

Nota: Las normas e incisos del CGP referidos en el presente artículo, no sufrieron modificaciones con motivo de la sanción de la Ley N° 19.090 vigente a partir del 14 de agosto de 2013.