# Aspectos procesales de la restitución internacional de menores entre el Reino de España y Uruguay: «El caso María»

## *Procedural aspects of the international return of children between the Kingdom of Spain and Uruguay: «The Maria case»*

LORENA VIZCARRET TESSORE

Profesora de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Económicas y Administración, Universidad de la República Oriental del Uruguay

DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2018.003

Bitácora Millennium, Nº 7 (enero-junio 2018)

Zaragoza, junio 2018

***Abstract***

El principio de celeridad en contraposición a la excepción de violencia doméstica y las consecuencias de la no observancia del mismo en el proceso de restitución internacional de menores.

*Principle of prompt return as opposed to the exception of domestic violence and non-observance consequences in the international return of children process*.

Palabras clave: restitución internacional de menores, violencia doméstica, principio de celeridad

Key words: *International Return of Children, Domestic violence, Principle of prompt return*

***Sumario***

I. Primeras consideraciones

II. El interés superior del menor y la excepción de violencia doméstica

III. El principio de celeridad y la sanción de la ley 18895 sobre procedimiento de restitución internacional de menores

IV. Admisión del recurso de revisión y la responsabilidad nacional e internacional del Estado

V. Conclusiones

Bibliografía

## I. Primeras consideraciones

En 2016, provenientes del Reino de España, María y su hija de cuatro años –fruto de su relación con un ciudadano español– viajaron a Uruguay para pasar sus vacaciones, como acostumbraban a hacerlo. La menor fue sacada de España con la autorización de su padre. Luego de unos meses, ya agotado el plazo previsto para el retorno, y sin tener respuesta de la soliticud realizada a la madre de regreso de su hija al lugar de residencia habitual de la familia, el padre emprendió los trámite para la restitución internacional de la menor, conforme a la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980[1].

Ante esta situación, la madre de la pequeña alegó que no volvería a España, pues el padre ejercía violencia doméstica y sexual sobre ella y la menor. Una vez que el pedido de restitución arribó a Uruguay, vía Autoridad Central, comenzó el actuar de los órganos judiciales a los efectos de darle pronta solución. El juez de primera instancia ordenó, inmediatamente, la restitución de la niña, sin expresarse acerca de la excepción interpuesta por la madre. Esto llevó a que los abogados de la progenitora apelaran el fallo; el Tribunal de Apelaciones se pronunció sobre este extremo, dejando claro que se hacía lugar a la restitución de la menor porque su retención era ilícita; pero esta pronunciación se hacía bajo la reserva de solicitar al juez español entendido en el caso que garantizara la traba de una medida cautelar de no acercamiento del padre a la menor y a la madre –lo que el juez español aceptó de buen grado–. En la última instancia permitida por la procesal uruguaya en materia de restitución de menores, los abogados de la madre interpusieron un recurso de revisión –recurso que, para estos casos, no está permitido, así como el recurso de casación, porque el tiempo que insume la resolución vulnera el principio de celeridad, que es inspirador en la Convención de 1980–.

Los últimos meses de 2017 fueron sacudidos por una avanzada mediática que perseguía la no restitución a España de la niña retenida en Uruguay ilegalmente después de expirado el plazo del permiso de viaje concedido por el padre. Habiendo mediado dos instancias en el proceso –permitidas por la ley– la Suprema Corte de Justicia tomó, sin tenerla, competencia en el caso. Este hecho dio lugar a una polémica sentencia, que coloca a Uruguay en la bolsa de los incumplidores del

Fecha de recepción del original: 29 de enero de 2018. Fecha de aceptación de la versión final: 9 de abril de 2018.

[1] Publicación Oficial de Ratificación 29/05/1999 https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/3373

Convenio de la Haya de 1980, junto con Brasil, Perú, Colombia y Rusia. Esta situación no solo constituye una novedad, sino que tira por tierra la reforma que la ley 18895 puso en práctica, a los efectos de dotar a la Convención de La Haya, para los casos tramitados en Uruguay, de un procedimiento sencillo y diligente –algo que nuestro país le debía a este texto convencional–.

El tema que nos convoca es el análisis de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, N.º 1850/2017 del 3 de octubre de 2017, que acogió el recurso de revisión interpuesto contra dos providencias dictadas en el seno de un juicio de restitución de la menor al Reino de España. Sin duda, este se convirtió en un tema candente por el actuar de grupos de presión, cuyos resultados llevaron a desvirtuar la aplicación del derecho, hasta el punto de demoler principios como el de seguridad jurídica.

Uruguay ha sido pionero en la ratificación de acuerdos bilaterales de restitución, como los celebrados con Argentina[2], Chile[3] y Perú,[4] [5] pero el cenit en esta materia lo han constituído la Convención de La Haya y la Convención Interamericana, aprobadas por la ley 17109 del 21 de mayo de 1999 y la ley 17355 del 17 de mayo de 2001.

La Convención de la Haya sobre Sustracción Internacional de Menores es la que nos ocupa, porque nos vincula con España y resulta ser la aplicable al caso que describimos: en su artículo 1 dice: «La finalidad del presente convenio será la siguiente: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o

[2] Convenio Argentino-Uruguayo de Protección Internacional de Menores. En vigor desde el 10 de diciembre de 1982. Recuperado de https://assets.hcch.net/upload/bilateral_ar-uy.pdf

[3] Convenio sobre Restitución Internacional de Menores entre la República Oriental del Uruguay y la República de Chile. En vigor desde el 14 de abril dde 1982. Recuperado de https://assets.hcch.net/upload/bilateral_cl-uy.pdf

[4] Convenio sobre Restitución Internacional de Menores entre el Gobierno de La República Oriental del Uruguay y la República del Perú. En virgor desde el 2 de febrero de 1989. Recuperado de https://assets.hcch.net/upload/bilateral_pe-uy.pdf

[5] Los principios rectores de estos convenios fueron inspirados en la Convención de La Haya de 1980, y la experiencia de su aplicación dió nacimiento, en el seno de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, a la regulación de la categoría restitución internacional con un texto más abarcativo, dando lugar a la Reunión de Expertos del Comité Interamericano del Niño en San José de Costa Rica del 22 al 26 de mayo de 1989, donde se aprobó el proyecto de la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores de 1989, que finalizó con su aprobación y ratificación por parte de varios estados latinoamericanos y que, a diferencia de la Convención de La Haya, establece un procedimiento especial para la pronta restitución, pero no es aplicable al caso que nos ocupa, porque España no es parte de la misma. Recuperado de http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-53.html

retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante. b) velar porque los derechos de custodia y de visitas vigentes en uno de los estados contratantes se respeten en los demás estados contratantes». De su lectura surge que nuestro país no ha cumplido con las obligaciones estipuladas en este tratado, especialmente al acoger un recurso de revisión, además de asignarle un efecto suspensivo a la ejecución de la sentencia de segunda instancia. Este hecho coloca al país en en una enorma disyuntiva internacional, ya que incumple un tratado del cual es parte ratificante y que ha aplicado en otras innumerables ocasiones, en las que las restituciones se han realizado sin ninguna demora –especialmente luego de la entrada en vigencia de la ley 18895 de Restitución de personas menores de dieciseís años trasladadas o retenidas ilicitamente, que ha sido flagrantemente violada en esta ocasión–. Por lo mencionado, se han configurado todos los elementos para señalar la responsabilidad internacional del estado por incumplimiento de un tratado, conforme lo señala la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, en su artículo 26: «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe». La omisión en la restitución le es atribuíble a un poder del estado, y acarrea la obligación de reparación frente al otro estado parte sin que sea necesario que dicha obligación se halle inscripta en la propia convención incumplida. Una vez que el tratado entra en vigencia, su cumplimiento es obligatorio, cualesquiera sean los cambios que se deriven del actuar de los grupos de presión o de los gobiernos de turno.

En tal sentido, nos concentraremos en la excepción de violencia doméstica, el principio de celeridad y la responsabilidad del estado al haber incumplido la convención aplicable.

## II. El interés superior del menor y la excepción de violencia doméstica

La excepción que invoca la madre para evitar la restitución a España solcitada por el padre, y su familia, es la del inciso b del artículo 13 de la Convención de La Haya: «No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, el estado requerido no está obligado a ordenar la restitución, si la person a u organismo que se opone a la restitución demuestra que:(...) b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que, de cualquier otra manera, ponga al menor en una situación intolerable». Pero estos extremos no han sido debidamente probados. La sentencia solo se refiere a las pericias sicológicas que señalan que la niña presenta adversión al padre: le resulta extraño porque no tiene contacto con él. Pero no ha sido impugnada por ninguna de las partes: la pericia está lejos de probar la acusación de abuso sexual realizada contra el padre. Además, es el tribunal del estado requirente quien debe valorar la existencia del abuso para privar absolutamente al padre de la presencia de la hija.

El alcance de las excepciones, especialmente la de violencia doméstica, está ligado con la prueba: quienes denuncian estas situaciones buscan que los jueces del país requerido abran una investigación y se los convenza de que en el país de residencia habitual de la menor no existe posibilidad de protegerla. Esta excepción de violencia doméstica solo puede ser acogida cuando existe una evidencia objetiva de daño por el progenitor solicitante de la restitución. Como evidencia objetiva se pueden tener denuncias, investigaciones –y sus resultados– realizadas en el estado de residencia habitual: en este caso en particular, no existen.

Quien se opone a la restitución debe probar –tiene la carga de la prueba– de forma clara y convincente la excepción que interpone; por tanto, no le corresponde a Uruguay investigar si hubo o no violencia sobre la niña o sobre la madre, sino proteger el interés de la menor en el caso. Mal podría nuestros país inmiscuirse en un caso de violencia que presuntamente ocurrió en territorio español: serán las autoridades de ese país las que deberán investigar y castigar al eventual culpable.

Debemos precisar que Uruguay se afilió al informe explicativo de la convención, que alertaba de los peligros de las interpretaciones amplias de las excepciones previstas. Es así que, entre nosotros, VÉSCOVI[6] sostiene que las personas mayores tienen todo el derecho de decidir dónde van a vivir con entera y absoluta libertad. Pero si desean llevar consigo a sus hijos (aun el progenitor que está ejerciendo la tenencia, de hecho o de derecho), deben obtener, o bien el consentimiento del otro progenitor, o bien, en ausencia de ese consentimiento, la autorización del juez del centro de vida del menor. Cuando no se consigue ni lo uno ni lo otro, o si se consigue una autorización de viaje para pasar unas vacaciones y luego no se regresa, entonces se configura un traslado ilegal.

Es por ello que la jurisprudencia uruguaya siempre se ha manifestado con mucho cuidado con respecto a la admisión de cualquier excepción prevista en la convención, pues los jueces que liminarmente niegan la restitución lo hacen por desconfianza en los dispositivos de protección de menores del estado al que será restituído.

En tal sentido, manifestamos que la sentencia de segunda instancia número 431/2016[7], dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.° Turno,

[6] VÉSCOVI, E.. "Aproximación al nuevo proceso de restitución internacional de menores y visitas ley número 18895 del 11 de abril de 2012" en (VEIRAS, J dir), *Procesos de Familia*, 2da. ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2016, p 651-663.

[7] Véase la sentencia número 431/2016, dictada por el Tribunal de Apelaciones de 1.º Turno de Montevideo, fecha 22/12/2016. Recuperado de http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=127251

contempla todos y cada uno de los elementos para que se concrete el traslado, protegiendo los derechos humanos de la menor al rogar, al juez español, la imposición de una medida cautelar de no acercamiento del padre en un radio de 500 metros, hasta que dichos hechos queden efectivamente probados.

El tribunal se hizo de la posición restrictiva en la interpretación de las excepciones a la restitución, pues consideró que las autoridades españolas no habían sido negligentes en la protección de la menor: la madre no había denunciado, ante este estado, la situación en la que supuestamente vivían ella y la niña, de modo que estas no pudieron actuar en su defensa.

Señalamos que la sentencia de segunda instancia se presenta en franco cumplimiento del artículo 11 de la Convención: «Las autoridades judiciales o administrativas actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de menores. Si la autoridad judicial o administrativa no hubiera llegado a una resolución en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del estado requirente, tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora».

Especialmente, hemos de destacar la contemplación, que ha tenido este tribunal, del interés superior de la menor,[8] cuyo más acertado concepto lo proporciona Carlos Alvarez Cozzi[9]: « no debe generar dudas en el intérprete si partimos de la idea central de que se trata de un estándar jurídico, flexible, evolutivo sí, (como es también el de la diligencia media del 'buen padre de familia' del Derecho Civil) pero claro en los que hace a la tuición del menor, apreciable en cada caso por el juez, como también el mismo es que aprecia en cada caso la excepción de orden público internacional. Hay ciertos temas que no mutan, porque forman parte de la ley natural, y nuestro derecho es de raigambre jusnaturalista: que el menor reciba la adecuada educación para su formación integral y que para ello estén dadas las

[8] La jurisprudencia uruguaya siempre se ha manifestado a favor de una interpretación restrictiva de las excepciones previstas en la Convención de la Haya de 1980. Para mayor abundamiento, véanse las sentencias:
N.º 100158/2012, de fecha 12/12/2012, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno. http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=127251
Número 86/2013, de fecha 19/07/2013, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º Turno. http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=127251
Número 21/2015, de fecha 28/04/2015, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º Turno http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=127251

[9] ALVAREZ- COZZI, C. “El interés superior del menor y la adopción de menores por parejas homosexuales”, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, número 23, Montevideo 2012, p. 198.

mínimas condiciones de moralidad e higiene en el hogar del menor, para asegurar su crecimiento corporal, espiritual y moral. Y que los menores tienen derecho a tener padre y madre, y no estos a tener menores a su cargo a cualquier precio».

En tanto, descontextualizando la última frase, a los efectos de aplicarla a este caso, la menor no restituída perderá el contacto con su padre biológico y cada vez lo sentirá más ajeno, posiblemente llegando a sustituirlo por otra figura parental que no es la propia. Hemos de destacar, además, que el informe hecho por la psicóloga, que revela la adversión de la niña hacia el padre, puede ser el resultado de una alienación parental. El hecho de haber movido todo el aparato de los grupos de presión, hace que la madre quiera, a cualquier costo, mantener a su hija lejos del padre, violando su interés. Y, aún peor, es la actitud de nuestro máximo tribunal ante el caprichoso hecho, que coloca a nuestro país entre los países de pésima imagen internacional.

## III. El principio de celeridad y la sanción de la ley 18895 sobre procedimiento de restitución internacional de menores

Como mencionáramos supra, luego de años de experiencia acumulada en la aplicación de los convenios bilaterales, y en las Convenciones de La Haya e Interamericana, para dar cumplimiento al principio de celeridad en la tramitación de estos procesos, según lo dispuesto en el artículo 11 del texto en cuestión, se sancionó la ley 18895[10] del 11 de abril de 2012.

El resultado es que se aceleró enormemente el proceso de restitución. Las anteriores normas aplicables eran las de los juicios extraordinarios, que no contemplaban las particularidades de este tipo de procesos; su duración era de dos años entre la primera y la segunda instancia, y se contaba con la posibilidad de utilizar todos los recursos previstos en el Código General del Proceso Uruguayo –incluídos el de revisión y casación– que hacía que se pudiera llegar a una duración total de seis o siete años.

Esta norma de fuente nacional se aplica a todos aquellos procesos de restitución que se encuentren bajo la égida de la Convención de La Haya sobre Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980, y de la Convención Interamericana sobre Restitución internacional de menores. Podemos afirmar que es la norma procesal por excelencia y se aplicará a los estados parte de los convenios mencionados y, también, a los pedidos que provengan de los estados que no lo son.

[10] Publicación oficial de fecha 22/05/2012 Recuperado de https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp5395390.htm

La sanción de la ley tiene varios fundamentos que se enumeran a continuación: 1) se pretendió cumplir sin excepción alguna con lo requerido por el artículo 2 de la Convención, acortando los plazos drásticamente; se estableció un plazo máximo de dos meses incluida la primera y segunda instancia ; 2) introduce el concepto de guarda, no solo en el sentido de convivencia, sino en la existencia de un vínculo activo entre el niño y el solicitante de la restitución; 3) consagra la especialidad y particularidad de este instituto, logrado una especialización en los magistrados, ya que la celeridad del proceso y el cumplimiento de los plazos determinados en gran medida dependen de la actuación de estos funcionarios; 4) obliga a la designación de un defensor de oficio para el menor, a fin de lograr una mejor tutela de sus intereses; 5) se establece un proceso sumarísimo, que comienza con la solicitud y el análisis de su admisibilidad. Admite el recurso de apelación dentro del plazo de los tres días siguientes; si es aceptado, se despachará la orden de restitución en veinticuatro horas y se citará de excepciones, con plazo de diez días. Una vez notificados todos, se fijará audiencia; en caso de no oposición de excepciones, la sentencia quedará firme y el requirente tendrá treinta días para retirar al menor. 6) Solo podrá apelarse la sentencia que disponga el rechazo liminar o la definitiva –esta última con efecto suspensivo– dentro de los tres días siguientes a la notificación. Una vez evacuados los traslados, subirán al despacho en un plazo de veinticuatro horas. El tribunal de alzada tendrá cuatro días para expedirse en audiencia o mediante decisión anticipada. Habrá un plazo de cuarenta y ocho horas para solicitar ampliación o aclaración –únicos recursos que admite la providencia de segunda instancia–.

Por lo dicho, la ley es absolutamente clara cuando expresa que « contra la sentencia de segunda instancia no se admitirá otro recurso», es decir, ni el de casación, ni el de revisión[11].

En el pasado, estos procedimientos podían demorar años. El caso más emblemático fue el de la menor Viviana,[12] que comenzó el 13 de marzo de 1992 –cuando la niña tenía meses– y finalizó el 21 de junio de 1996: creó un triste precedente sobre la duración de este tipo de juicio y produjo la lesión al interés del menor, quien raramente podrá recuperar, después de acaedico tanto tiempo, el vínculo con el progenitor requirente. Es por ello que el principio rector de la nueva ley de

[11] LEGNANI, B.. " El proceso de restitución de personas menores de dieciseis años trasladados o retenidos ilícitamente" . *Revista de Legislación Uruguaya*, número 12, Montevideo 2015, p. 2609-2633.

[12] SANTOS- BELANDRO, R. "La restitución internacional de menores a la luz de la ley número 18895 de 11 de abril de 2012. *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, número 23, Montevideo 2012 p. 179- 181.

procedimiento ha sido eliminar cualquier dilación en el traslado, e interpretar, con mucho cuidado, las excepciones interpuestas.

Es así que Uruguay cumple con la obligación asumida al ratificar el Convenio de La Haya, pues le garantiza al niño el derecho a no ser sustraído del estado de su residencia habitual y no legitima la conducta del sustractor que retiene al menor en un estado que le es ajeno. Es más que claro que la dilación producida por la aceptación de la Corte de este recurso, que esta prohibido en términos de la ley, provoca daños que presentaremos infra.

## IV. La admisión del recurso de revisión y la responsabilidad nacional e internacional del estado

Está ampliamente indicado que la ley 18895 le quitó la competencia a la Suprema Corte para entender en estos asuntos, al no permitir otros recursos para la providencia de segunda instancia que no sean los de aclaración y ampliación. Aun así, el máximo órgano incurrió en incumplimiento del artículo 24 de dicho cuerpo normativo, originando, a nuestro entender, responsabilidad del estado por acto jurisdiccional: causó daño al padre y a la menor. El padre, por el hecho de que además se ha aceptado el efecto suspensivo de la ejecución de la sentencia, no verá los frutos de la solicitud de restitución en largo tiempo. La hija sentirá más roto el vínculo con su padre, a pesar de haber vivido la mayor parte de su vida en España.

Siguiendo a Delpiazzo, [13] entendemos que «el principio de legalidad exige el reconocimiento de la responsabilidad de todo aquel que cause un daño, sean estos magistrados, funcionarios judiciales o del estado en cualquier ámbito de su actividad», por consiguiente, y de acuerdo a lo manifestado por la Prof. Veloso,[14] se ha caído en un caso de error judicial inexcusable, al ignorar por completo la existencia de la norma citada con el solo efecto de retrasar algo que será inevitable.

Lo dicho quedaría incompleto si no tratamos la admisión de este recurso, y sus causales, desde el punto de vista procesal. Señala Landoni, que «la cosa juzgada es

[13] DELPIAZZO, C.” La responsabilidad en el derecho público uruguayo”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica,* número 3, Montevideo 2016, p. 59-83. Disponible en https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/839

[14] VELOSO, N. “Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional: el caso Jaramillo”. *Revista de Derecho d ela Universidad de Montevideo,* número 25, Montevideo 2014, p. 219- 237.Disponible en http://revistaderecho.um.edu.uy/?p=1367

un instrumento indispensable de paz, seguridad y justicia en las relaciones jurídicas de los hombres, pero no es un valor absoluto sino relativo».

Pues bien, en principio debemos entender que no estamos frente a un caso foráneo, sino a uno que involucra a otro ordenamiento jurídico. Uruguay ha prestado su voluntad, sin reserva, para que los tratados en la materia surtan su verdadero efecto, y su línea de pensamiento ha sido ratificada por la ley de restitución –cuya finalidad última fue el acortamiento de los plazos y la protección del interés superior del menor–. Este recurso ha tenido cambios legislativos importantes desde la vigencia de la ley 19090, que modificó a la ley 15982, principalmente en lo que hace a su aceptación, no como un remedio sino como una acción autónoma, cuando se concede frente a determinadas situaciones de hecho conocidas con posterioridad a la resolución que se impugna, –las que, de haberse conocido antes, hubieran sido determinantes para una solución diferente. Aun en flagrante violación a la ley que prohibe su acogimiento, las causales que invoca la parte que lo interpone merecen ser rechazadas sin más; especialmente por el hecho de que la madre de la menor estuvo siempre enterada de todo lo acaecido en la primera y segunda instancia, sin que se produjera hecho nuevo alguno –prueba que se decanta de las notificaciones practicadas por las sedes competentes–.

Por otra parte, las causales contenidas en el artículo 283, incisos 6 y 7, responden a lo extraordinario del recurso; son la colusión y la nulidad por indefensión. Con respecto al inciso 6, debemos detenernos en la modificación impuesta por la ley 19090: [15] el viejo artículo 283 decía que la colusión o el fraude debían estar hechos por las partes. Esto fue suprimido, lo que dio lugar a la acusación de la madre contra el defensor de oficio de la menor, por haber tenido contacto con el padre. La Corte señala que la colusión «aparece esbozada en el relato fáctico de la recurrente y en la documentación aportada por la parte impugnante a fs. 28-29, documentación protocolizada por escribana pública (fs. 33)»; extremos que resultan incomprensibles como prueba, ya que el relato de la recurrente es absolutamente sesgado, y la protocolización de la documentación no garantiza su veracidad sino solo su fecha cierta, conforme al decreto ley 1421 y a la acordada 7533, que regulan la actividad notarial.

Cabe preguntarse: ¿el ejercicio correcto de la profesión de defensor de oficio de la menor y el velar por su interés superior, tratando de que vínculo con el progenitor que solicita la restitución no se trunque, es colusión? La respuesta es no,

[15] ABAL- OLIÚ, A. " Modificaciones en el régimen de los recursos introducidas por la ley 19090. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* ,número 1, Montevideo 2017, p 120.

definitivamente. Si compartimos el concepto de tal derecho superior, ambos padres deben ser entrevistados por el defensor: si busca proteger a la menor, la mejor forma es indagar la voluntad de sus progenitores.

De todas formas, el fraude o colusión no eran necesarios, ya que las condiciones para la restitución estaban dadas desde el momento en que la madre tomó a la niña en España y la trasladó a Uruguay con la intención final de no volver, excusándose en la violencia conyugal hacia ella y sexual hacia la niña. Este extremo debía haber sido solucionado presentandose ante la justicia española , solicitando que le proporcionara un permiso para retirarse del país con la menor. De esta forma, el traslado se hubiera convertido en legal y no habría tenido que someterse a este procedimiento.

La segunda causal alegada es la del inciso 7 del artículo 283, referente a la nulidad por indefensión. Nos afiliamos a lo expuesto por el Prof. Gabriel Valentín,[16] cuando expresa que no se encuentra convencido de la inclusión de esta causal en la reforma, porque ocasiona dificultades interpretativas y un aluvión de planteos de este recurso, utilizando esta causal como «cajón de turco». Es así que ocurrre en la sentencia analizada, porque la Corte entiende que la supuesta colusión del defensor de oficio le ocasiona indefensión a la menor y a la madre. No obstante, el Prof. Nicastro, miembro de la Suprema Corte y presente en el dictado de la providencia, expresaba –citado por Landoni–[17]: «que la referida indefensión se daría en aquellos casos en que el recurrente en revisión se hubiese enterado del pleito luego de que haya pasado en autoridad de cosa juzgada la sentencia dictada en el proceso respectivo, pues, en su opinión, está claro que no sería admisible el ejercicio de la pretensión incidental de nulidad, habida cuenta de que el proceso principal ya concluyó». Como se ha de entender, esto no se verificó, porque la retensora ilegal estuvo con su abogado defensor en todas las instancias y el pronunciamiento anticipado del Tribunal de Apelaciones resulta del cumplimiento estricto de los requisitos establecidos en la convención aplicable y en la ley mencionada.

Por consiguiente, aun sin haber un rechazo liminar del recurso por aplicación de la ley de restitución, igualmente debería ser puesto por tierra. Las causales alegadas no quedan debidamente probadas y mucho menos se ha tenido en cuenta la característica excepcional de este tipo de impugnación: se permitió suspender la

[16] VALENTÍN, G. BIURRUN, R. *La Reforma del* Código *General del Proceso*. 1 era. ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2014.

[17] LANDONI, A. "El recurso de revisión luego de la vigencia de la Ley 19090" en *La Justicia Uruguaya*, volumen 153, Montevideo 2016, p. 179- 181

ejecución de la sentencia, lastimando más profundamente el principio de celeridad que impera en estos casos.

## V. Conclusiones

Hemos expresado, a lo largo del artículo, nuestra disconformidad con la sentencia emitida por nuestro máximo tribunal. Entendemos que erró e interpretó incorrectamente los instrumentos nacionales e internacionales reguladores de estos procesos. Principalmente, porque haberse sugestionado por la avanzada mediática, cuando en realidad se trataba de un caso de fácil solución – como los demás citados–. Su fórmula había sido proporcionada por los miembros del Tribunal de Apelaciones, quienes previeron, como señalaba Pérez Vera, una restitución donde se le rogaba al estado español la protección de la menor.[18] . De esta forma, se garantizaban las condiciones para el ejercicio de los derechos fundamentales de la niña.

Por si fuera poco, la Corte ha tirado por tierra al principio de celeridad que se encuentra consagrado en la invocación inicial del convenio, obligando a los estados parte a utilizar un procedimiento de urgencia, cuya falta de uso podía justificarse antes de la ley porque no existía una norma al respecto en nuestro ordenamiento jurídico; pero ahora, tal dislate no es posible.

Por lo demás, hubo una interpretación irracional de la prueba, ya que no es el estado uruguayo quien debe decidir si la menor puede o no tener contacto con el padre solicitante de la restituación, sino que serán los tribunales españoles quienes, atentos a las pruebas que se les presenten, decidirán sobre estos temas. Al impedirse la restitución, estos no pueden actuar conforme a derecho; en sí, se ha llegado a impedir el correcto funcionamiento del principio de exclusividad, privando a los tribunales indicados de la posibilidad de dar un veredicto sobre la guarda y tenencia de la menor, conforme al artículo 2 de la ley 18895, y al artículo16 del Convenio de La Haya de 1980.

Por último, podemos sostener que la Suprema Corte hubiera podido evitar que la menor fuera restituída, sin utilizar semejantes artilugios jurídicos, por demás equivocados, acogiéndose al artículo 12 del convenio, puesto que la niña se encontraba en Uruguay desde hacía más de un año, por lo que podía haberse

[18] PEREZ-VERA, E. "Informe Explicativo conclusiones de los Trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado"., año 1981, fecha de consulta 22 de marzo de 2018. Recuperado de http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explicativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf

apelado al arraigo de la menor a las costumbres y al territorio; solución que hubiera sido plausible, conformatoria de los movimientos sociales que se manifestaron en contra de la restitución y ajustada a derecho.

**Bibliografía**

ABAL- OLIÚ, A. " Modificaciones en el régimen de los recursos introducidas por la ley 19090. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* ,número 1, Montevideo 2017, p 120.

ALVAREZ- COZZI, C. "El interés superior del menor y la adopción de menores por parejas homosexuales", en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, número 23, Montevideo 2012, p. 198.

DELPIAZZO, C." La responsabilidad en el derecho público uruguayo". *Revista de Derecho de la Universidad Católica,* número 3, Montevideo 2016, p. 59- 83 Disponible en .https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/839

LANDONI, A. "El recurso de revisión luego de la vigencia de la Ley 19090" en *La Justicia Uruguaya*, volumen 153, Montevideo 2016, p. 179- 181.

LEGNANI, B.. " El proceso de restitución de personas menores de dieciseis años trasladados o retenidos ilícitamente" . *Revista de Legislación Uruguaya*, número 12, Montevideo 2015, p. 2609- 2633.

PEREZ-VERA, E. "Informe Explicativo conclusiones de los Trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado"., año 1981, fecha de consulta 22 de marzo de 2018. Disponible en http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explicativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf

SANTOS- BELANDRO, R. "La restitución internacional de menores a la luz de la ley número 18895 de 11 de abril de 2012. *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, número 23, Montevideo 2012 p. 179- 181.

VALENTÍN, G. BIURRUN, R. *La Reforma del* Código *General del Proceso*. 1 era. ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2014.

VELOSO, N. "Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional: el caso Jaramillo". *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo,* número 25, Montevideo 2014, p. 219- 237. Disponible en http://revistaderecho.um.edu.uy/?p=1367

VÉSCOVI, E.. “Aproximación al nuevo proceso de restitución internacional de menores y visitas ley número 18895 del 11 de abril de 2012” en (VEIRAS, J dir), *Procesos de Familia*, 2da. ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2016, p 651-663.