

**CONTACTO TRANSFRONTERIZO
RELATIVO A LOS NIÑOS**

**PRINCIPIOS GENERALES Y GUÍA
DE BUENAS PRÁCTICAS**

CONTACTO TRANSFRONTERIZO RELATIVO A LOS NIÑOS

PRINCIPIOS GENERALES Y GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS

Publicado por
Family Law
Una colección de la editorial Jordan Publishing Limited
21 St Thomas Street
Bristol BS1 6JS
Reino Unido

Para la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado
Oficina Permanente
Scheveningseweg 6
2517 KT La Haya
Países Bajos
Teléfono: +31(0)70 363 3303 fax: +31(0)70 360 4867
Correo: secretariat@hcch.net sitio web: <http://www.hcch.net>

© Hague Conference on Private International Law 2010

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any way or by any means, including photocopying or recording, without the written permission of the copyright holder, application for which should be addressed to the publisher.

British Library Cataloguing-in-Publication Data
A catalogue record for this book is available from the British Library

ISBN 978 1 84661 141 4

Printed in Great Britain by Anthony Rowe Limited.

ÍNDICE

	Página
OBJETIVOS Y ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS GENERALES Y LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS	vii
SÍNTESIS	ix
INTRODUCCIÓN	xxi
A. Labor previa de la Conferencia de La Haya en materia de contacto transfronterizo	xxi
B. El contexto: algunos casos típicos	xxv
C. Algunas cuestiones terminológicas	xxvii
LA GUÍA	1
SUMARIO	2
1. La importancia del contacto	4
2. Promover acuerdos	6
3. El marco de la cooperación jurídica internacional	13
4. Cooperación administrativa entre Estados	19
5. La tramitación de solicitudes internacionales en materia de contacto por parte de tribunales u otras autoridades	27
6. Decisiones en materia de contacto	33
7. Ejecución de las decisiones en materia de contacto en virtud del derecho interno	37
8. La reubicación (establecimiento en otro país) y el derecho a mantener el contacto	41
9. Derecho de visita / Derecho a mantener el contacto y derecho de custodia	45
ANEXO	49

OBJETIVOS Y ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS GENERALES Y LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS

Los principios y las buenas prácticas expuestos en esta Guía sirven a los siguientes propósitos:

- ofrecen consejos sobre los principios generales y las prácticas que pueden conducir a una implementación y una aplicación más eficaces de las disposiciones del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* relativas al contacto transfronterizo;
- llaman la atención sobre las disposiciones del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución, y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* relacionadas con el contacto transfronterizo que vienen a complementar el Convenio de 1980 y ofrecen orientación para su aplicación;
- proporcionan un modelo o patrón general para construir un sistema internacional de cooperación diseñado con vistas a asegurar el respeto efectivo del derecho a mantener el contacto. A este respecto, los Principios y la Guía aspiran a ser útiles también para aquellos Estados que no son Parte de los Convenios de La Haya pero están estudiando cuál es el mejor modo de desarrollar estructuras eficaces.

La Guía está destinada especialmente para los jueces y las Autoridades Centrales designadas en virtud de los Convenios de 1980 o 1996, así como para los gobiernos que estén desarrollando políticas en materia de contacto transfronterizo. También puede resultar de ayuda para otros profesionales que trabajen en este ámbito.

Se han publicado ya tres Guías de Buenas Prácticas relativas al Convenio de 1980: una Primera Parte, sobre la Práctica de las Autoridades Centrales, una Segunda Parte, sobre Medidas de Aplicación y una Tercera Parte sobre Medidas de Prevención. La presente Guía se diferencia de las anteriores en dos aspectos. En primer lugar, contiene tanto principios generales como ejemplos de buenas prácticas. En segundo lugar, hace referencia tanto al Convenio de 1996 como al de 1980.

Mientras que para algunos de los puntos tratados en esta Guía se recomienda un solo enfoque, especialmente los aprobados por una Comisión Especial, para otros se indica que hay más de un enfoque posible. De este modo, los Estados y otras partes interesadas pueden examinar detalladamente los distintos enfoques y elegir el que mejor se adapte a su sistema jurídico.

La Guía recibió la aprobación general de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y la implementación práctica del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*. Sin embargo, nada de lo establecido en esta Guía se considerará vinculante para los Estados parte de los Convenios de 1980 o 1996. Los principios generales expuestos en esta Guía tendrán un carácter meramente facultativo.

Instamos a todos los Estados parte, y en particular a las Autoridades Centrales designadas en virtud de los Convenios de 1980 y 1996, a que, en la medida de lo posible, revisen sus propias prácticas y las mejoren cuando corresponda. Tanto las Autoridades Centrales ya establecidas como las que se encuentran en proceso de desarrollo deben plantearse la implementación de los Convenios como un proceso de mejora constante o progresiva.

SÍNTESIS

1. LA IMPORTANCIA DEL CONTACTO

1.1 El principio general

- Deberían adoptarse todas las medidas posibles para garantizar el derecho de los niños a mantener relaciones personales y un contacto regular con sus padres, así como el derecho de los padres a mantener relaciones personales y un contacto regular con sus hijos, a menos que se determine que dicho contacto podría ser contrario a los intereses de los niños. Esto se aplica igualmente en aquellos casos en que los padres viven en países distintos.

1.2 Las restricciones aplicadas al derecho a mantener el contacto han de ser proporcionadas

- Las restricciones legales aplicadas al derecho a mantener el contacto entre padres e hijos no deben ser más que las necesarias para proteger los intereses del niño.

2. PROMOVER ACUERDOS

2.1 Promover acuerdos parentales

- Debería respaldarse el ejercicio del derecho a mantener el contacto mediante disposiciones jurídicas y administrativas que promuevan y faciliten el acuerdo entre los padres u otros titulares de la responsabilidad parental.

2.2 Facilitar y favorecer la concreción de soluciones amistosas

- Se deberían facilitar y favorecer soluciones amistosas a través de la mediación, la conciliación, la negociación o cualquier otro mecanismo análogo.

2.3 El papel del Estado en la promoción y el respaldo del acuerdo parental sobre el derecho a mantener el contacto

2.3.1 El papel del Estado no se limita a proveer medios como la mediación u otros mecanismos análogos. La ley ha de desempeñar una función más amplia que comprenda el establecimiento de condiciones que garanticen la equidad en el proceso de negociación y el respaldo de los acuerdos una vez celebrados.

2.4 Elementos adicionales del marco jurídico

2.4.1 El marco jurídico que se ofrezca deberá garantizar la equidad en las negociaciones entre los padres, y respetar los derechos del niño, incluido su derecho a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en función de su edad y madurez.

2.4.2 Como regla general, debería garantizarse la confidencialidad, la imparcialidad y la independencia de la mediación y de otros medios alternativos de solución de controversias empleados para llegar a un acuerdo amistoso

2.4.3 Es recomendable proporcionar o fomentar la capacitación de los mediadores, prestando especial atención a las dificultades que conllevan los litigios familiares

transfronterizos. Dicha capacitación habrá de comprender una formación continua sobre los instrumentos jurídicos aplicables.

2.4.4 Debería garantizarse la calidad de la mediación, por ejemplo, promoviendo el establecimiento y la observancia de códigos de conducta voluntarios.

2.4.5 Durante el proceso de mediación, debería tenerse en cuenta la opinión del niño en función de su edad y madurez.

2.5 El marco jurídico necesario para hacer efectivos los acuerdos transfronterizos sobre el derecho a mantener el contacto

2.5.1 Debería proporcionarse un marco jurídico que haga efectivos los acuerdos sobre el derecho a mantener el contacto concluidos por los padres en los respectivos países de residencia.

2.5.2 Todo acuerdo obtenido por mediación al que las partes tengan previsto dar un carácter vinculante debe ser ejecutorio en los dos Estados involucrados. (Este principio se aplicará también a los acuerdos a los que se haya llegado por otros medios alternativos de resolución de controversias).

3. EL MARCO DE LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

3.1 El marco básico

Existen dos elementos básicos para lograr una cooperación jurídica interestatal eficaz que respalde el derecho a mantener el contacto:

- normas comunes que definan las circunstancias en las cuales los tribunales (o sus equivalentes) de cada sistema jurídico pueden ejercer su competencia para tomar o modificar decisiones vinculantes en relación con los derechos de custodia* y contacto;
- respeto mutuo de las decisiones relativas al contacto adoptadas a partir de normas de competencia comunes, que comprenderá tanto el reconocimiento como la ejecución de las mismas.

3.2 El Convenio de La Haya de 1996

3.2.1 Se alienta a los Estados parte del Convenio de La Haya de 1980 que aún no hayan firmado o ratificado el Convenio de La Haya de 1996 o que todavía no se hayan adherido al mismo, a considerar sus ventajas, al proporcionar un marco para la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia de contacto, y por consiguiente como complemento del Convenio de 1980.

3.2.2 En cualquier caso, corresponde a los Estados parte del Convenio de 1980 dar a conocer las circunstancias en que sus autoridades ejercerán su competencia para emitir o modificar decisiones en materia de contacto y reconocerán y ejecutarán las decisiones en materia de contacto resueltas por otros Estados parte. Esto resulta asimismo necesario para el funcionamiento práctico del artículo 21.

* Los términos "guarda" y "custodia" se utilizan como sinónimos en esta Guía.

3.2.3 También se alienta a los Estados que no son parte del Convenio de La Haya de 1980 a que consideren las ventajas que ofrece el Convenio de La Haya de 1996, al proporcionar un marco básico para la cooperación jurídica interestatal.

3.3 Un enfoque común en materia de competencia

Normas comunes de competencia:

- ayudan a evitar litigios y nuevos conflictos entre las personas implicadas en una disputa en materia de contacto;
- aseguran que los tribunales o las autoridades correspondientes tengan el derecho a tomar decisiones en materia de contacto cuando ello sea necesario en el interés del niño;
- limitan las circunstancias en que se puede modificar una decisión de contacto ya existente;
- aportan seguridad a las partes y desalientan la búsqueda del foro más favorable (“*forum shopping*”) y las sustracciones.

3.4 El reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de contacto

3.4.1 El reconocimiento y la ejecución deberían producirse con rapidez.

- Un elemento esencial de la cooperación internacional es un sistema que estipule el reconocimiento y la ejecución entre Estados de decisiones en materia de contacto y de custodia que hayan sido emitidas en base a los criterios de competencia convenidos o aprobados.
- Los procedimientos de reconocimiento y ejecución deben ser simples, económicos y rápidos.

3.4.2 El reconocimiento anticipado puede aportar una garantía de cumplimiento de las decisiones de contacto.

- Es preciso tomar medidas para obtener el reconocimiento anticipado de una decisión en materia de contacto o de custodia en cualquier país al que viaje el niño, ya sea en un contexto de reubicación, con la finalidad de visitar al padre o a la madre que no tiene la custodia o por otro motivo.
- El reconocimiento anticipado debería ser posible independientemente del carácter provisional de la decisión y de la presencia del niño en el Estado requerido.

3.4.3 La obtención de una decisión espejo también puede emplearse para garantizar el reconocimiento y la ejecución de acuerdos en materia de contacto.

4. COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA ENTRE ESTADOS

4.1 *La necesidad de estructuras permanentes para la cooperación internacional*

- Para una protección eficaz del derecho a mantener el contacto transfronterizo es necesaria una estructura permanente que permita la cooperación interestatal a nivel administrativo.

4.2 *El modelo de las Autoridades Centrales*

- Las autoridades administrativas que actúan como punto de contacto de la cooperación transfronteriza deben contar con la capacidad jurídica y las facultades que les permitan llevar a cabo sus funciones de manera eficaz.

4.3 *Funciones específicas de las Autoridades Centrales en el contexto del contacto transfronterizo en virtud de los Convenios de 1980 y 1996*

4.3.1 En el contexto del contacto transfronterizo, la Autoridad Central debería actuar, en la medida de lo posible, como punto de contacto para el intercambio de información entre los Estados acerca de las leyes, los procedimientos aplicables y los servicios disponibles en casos concretos.

4.3.2 La Autoridad Central debería funcionar asimismo como centro transmisor de información acerca del progreso de casos concretos.

4.3.3 La Autoridad Central debería ser el punto de acceso centralizado para la prestación de ciertos servicios a fin de contribuir a hacer efectivo el derecho a mantener el contacto mediante la adopción de las medidas adecuadas para:

- ayudar a localizar a un niño;
- prevenir que el niño sufra mayores daños a través de medidas provisionales;
- facilitar una solución amistosa;
- intercambiar información relativa a la situación social del niño;
- eliminar los obstáculos que puedan oponerse al funcionamiento del Convenio.

4.3.4 La Autoridad Central debería responder a las solicitudes de ayuda remitidas por otras Autoridades Centrales o autoridades competentes para el cumplimiento del derecho de visita o de decisiones relacionadas con el derecho de visita.

4.3.5 La Autoridad Central también puede ser requerida a rendir un informe con respecto a un niño que sea objeto de un litigio en materia de contacto.

4.3.6 La Autoridad Central debería funcionar como punto de contacto para eliminar los obstáculos que se opongan al ejercicio del derecho a mantener el contacto.

4.3.7 La Autoridad Central debería funcionar asimismo como punto de contacto para colaborar en la implementación de las decisiones adoptadas en materia de derecho a mantener el contacto.

4.4 Actitud proactiva de la Autoridad Central con respecto a la prestación de servicios

4.4.1 El papel de la Autoridad Central consiste en contribuir a eliminar los obstáculos que coartan el derecho a mantener el contacto, facilitando información y asesoramiento, ayudando a promover un acceso efectivo a los procedimientos locales y prestando servicios específicos.

4.4.2 Todas las Autoridades Centrales deberían adoptar, en la medida de lo posible, un enfoque progresista en cuanto a sus responsabilidades en este ámbito.

4.4.3 Al momento de asignar recursos a las Autoridades Centrales, los Estados contratantes deberían tener en cuenta la obligación positiva (obligación de hacer) que tienen de brindar un marco que respalde el derecho a mantener el contacto.

4.5 Medidas apropiadas para iniciar o facilitar la apertura de procedimientos

4.5.1 La Autoridad Central es responsable en virtud del Convenio de 1980 de adoptar todas las medidas apropiadas que faciliten o permitan la iniciación de un procedimiento judicial o administrativo, ya sea directamente o a través de cualquier intermediario.

4.6 Casos de contacto transfronterizo en que las Autoridades Centrales deben ofrecer sus servicios

4.6.1 La Autoridad Central debería ofrecer sus servicios en aquellas circunstancias en que el derecho a mantener el contacto transfronterizo entre padres e hijos sea objeto de litigio. Esto comprende los casos en que un padre o una madre extranjero(a) intenta conseguir una decisión en materia de contacto, así como los casos en que la solicitud sirve para hacer efectiva una decisión existente en materia de contacto emitida en el extranjero.

4.6.2 En el contexto de una sustracción real o presunta sustracción, esto comprende los casos en que un solicitante pide una decisión en materia de contacto provisional mientras espera una decisión sobre la restitución del niño, así como los casos en los que se busca establecer acuerdos de contacto (por ejemplo, por parte del padre o madre sustractor(a)) en el país al que ha sido restituido el niño o, si se ha rechazado la restitución, en el país al que se ha llevado al niño.

4.7 Información detallada con respecto a los servicios prestados

4.7.1 Las Autoridades Centrales deberían publicar información detallada sobre los servicios que prestan o los que están en condiciones de facilitar en el contexto de los casos de contacto transfronterizo. Esta información debe publicarse en sitios web o a través de otros medios de fácil acceso y en la medida de lo posible en idiomas que pueda entender un público amplio.

4.8 Un procedimiento rápido, eficaz y transparente

- 4.8.1 Los procedimientos adoptados por las Autoridades Centrales en relación con las solicitudes efectuadas en virtud del artículo 21 del Convenio de 1980 deberían ser rápidos, eficaces y transparentes, y atenerse a los procedimientos fijados en la *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Primera Parte – Práctica de las Autoridades Centrales*, capítulo 5.

5. LA TRAMITACIÓN DE SOLICITUDES INTERNACIONALES EN MATERIA DE CONTACTO POR PARTE DE TRIBUNALES U OTRAS AUTORIDADES

5.1 Acceso efectivo a los procedimientos

- 5.1.1 Las personas que intenten establecer o ejercer su derecho a mantener el contacto transfronterizo deberían disponer de un acceso efectivo a los procedimientos previstos a tal fin.
- 5.1.2 En caso de que el solicitante sea extranjero, el acceso efectivo a los procedimientos implica lo siguiente:
- la disponibilidad de asesoramiento e información adecuados, teniendo en cuenta las dificultades particulares que conlleva la falta de familiaridad con el idioma o con el sistema jurídico;
 - proporcionar la asistencia adecuada para incoar los procedimientos;
 - la falta de recursos suficientes no debería ser un obstáculo;
 - que exista la posibilidad de plantear cuestiones en materia de contacto siempre que sea oportuno.

5.2 Celeridad

- 5.2.1 Las autoridades han de actuar con la debida celeridad en la tramitación de las solicitudes por las que se pretende lograr el establecimiento, la ejecución o la modificación de decisiones en materia de contacto. La celeridad resulta especialmente importante en aquellos casos en que el contacto con el padre o madre se encuentra interrumpido. La demora en el reestablecimiento de la relación interrumpida entre padre o madre e hijo puede tener graves consecuencias para el niño. Además, cuanto más largo sea el periodo de interrupción, más difícil será restablecer el contacto sin medidas especiales para ayudar a la reintegración.
- 5.2.2 La necesidad de actuar con la debida celeridad rige todas las fases de los procedimientos administrativos y judiciales, en particular, la localización del niño, si es necesaria, la tramitación de solicitudes a través de la Autoridad Central, los esfuerzos por llegar a una solución o a un acuerdo amistoso, la tramitación de las solicitudes de asistencia jurídica, el establecimiento de fechas para las audiencias, incluidas las audiencias en apelación, así como los procedimientos de ejecución.

5.2.3 Los procedimientos expeditos deberían estar disponibles siempre que, teniendo en cuenta el carácter internacional de un determinado caso, una demora pueda perjudicar gravemente la posibilidad de que tenga lugar el contacto.

5.3 Concentración de competencia

- Conviene estudiar las ventajas de una concentración de competencia en los casos de contacto transfronterizo, o en determinadas categorías de los mismos, en un número limitado de tribunales o jueces. En países en los que la competencia ya se ha concentrado de este modo para los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de 1980, debería estudiarse la posibilidad de aplicar el mismo sistema a los casos de contacto transfronterizo.
- En aquellas ocasiones en que la concentración de competencia resulte imposible o inadecuada, habrán de contemplarse otras medidas para garantizar que los jueces que cuentan con la especialización necesaria se ocupen de los casos internacionales de contacto.

5.4 Gestión de los casos

- Es responsabilidad de la judicatura, tanto en primera instancia como en apelación, gestionar con firmeza la evolución de los casos de contacto transfronterizo.
- Los tribunales de primera instancia y de apelación deberían fijar y seguir calendarios de trabajo que aseguren que los casos se tramitarán con la debida celeridad.

6. DECISIONES EN MATERIA DE CONTACTO

6.1 Salvaguardias y garantías

- Los tribunales deberían tener a su disposición una amplia gama de medidas que permitan salvaguardar y garantizar las disposiciones estipuladas en materia de contacto.

6.2 Retención ilícita

- La principal garantía contra la retención ilícita después de un periodo de visita en el extranjero es la decisión de restitución que está disponible en virtud del Convenio de 1980 en caso de que un niño sea retenido en el extranjero por el padre o la madre que ejerce su derecho a mantener el contacto, con infracción del derecho de custodia del padre o la madre privado del niño.

6.3 Ejemplos de garantías y salvaguardias

- Entre otras garantías y salvaguardias que aseguran el respeto de las condiciones generales del contacto se encuentran las siguientes:
 - la entrega del pasaporte o los documentos de viaje;
 - exigir que el padre o la madre solicitante se persone regularmente ante la policía u otras autoridades durante el periodo de contacto;
 - el depósito de una garantía financiera o fianza;

- la supervisión del contacto por un profesional o un miembro de la familia;
- otras restricciones impuestas al contacto, como prohibir visitas con pernocta o de larga duración, restringir los sitios donde pueden realizarse dichas visitas; etc.,
- exigir que el padre o la madre solicitante facilite al padre o a la madre que tiene la custodia un itinerario detallado y la dirección en que se le puede localizar etc.;
- exigir que los consulados y las embajadas extranjeras no emitan nuevos pasaportes o documentos de viaje para el niño;
- exigir una declaración bajo juramento religioso;
- exigir que se emita una decisión espejo en el país donde vaya a ejercerse el derecho a mantener el contacto.

6.4 Tener en cuenta las tradiciones de las partes

- Las garantías y salvaguardias a disposición del tribunal deberían comprender elementos adecuados que puedan resultar especialmente eficaces dentro de la tradición cultural, religiosa y jurídica de las partes.

6.5 Proporcionalidad

- En caso de aplicarse salvaguardias o garantías que establezcan límites o restricciones al ejercicio del derecho a mantener el contacto, éstas deberían ser proporcionales a la posibilidad de que se produzca un abuso, y no más de las necesarias para lograr la protección del niño.

6.6 Especificar los términos y condiciones

- Es importante que el tribunal especifique los términos y condiciones que han de regir el contacto. Si la relación entre los padres es muy conflictiva, puede que sea necesario especificarlas con sumo detalle.

6.7 Medios de comunicación modernos para mantener el contacto

- Los jueces deberían ser conscientes del valor que revisten los nuevos medios de comunicación como el correo electrónico, las llamadas vía Internet, la mensajería instantánea, los sitios para compartir fotos en la red, etc., en la medida en que permiten que padres e hijos que están separados por grandes distancias se mantengan en contacto, y deberían estar preparados para determinar su uso.

6.8 Las salvaguardias podrán comprender medidas para garantizar que los términos y condiciones del contacto sean ejecutorios en otro país

6.9 Acuerdos económicos y cobro de alimentos para el niño

- Con vistas a poder facilitar el contacto, los tribunales deberían tener una amplia facultad discrecional para establecer las disposiciones económicas que mejor se adapten a las necesidades y los recursos particulares de los miembros de la familia.

- Los gastos que conlleve la organización y el ejercicio del derecho a mantener contactos transfronterizos debería poder contabilizarse en la evaluación de los alimentos para los niños.

7. EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES EN MATERIA DE CONTACTO EN VIRTUD DEL DERECHO INTERNO

7.1 Eficacia de las medidas de ejecución

7.1.1 Deberían existir mecanismos eficaces que permitan ejecutar las decisiones de contacto, como por ejemplo medidas coercitivas eficaces.

7.1.2 Los requisitos adicionales que deban cumplimentarse para poder iniciar y seguir un proceso de ejecución deberían ser limitados.

7.1.3 La posibilidad de presentar recursos separados contra una decisión por la que se ordenen medidas de ejecución específicas y / o contra decisiones que establezcan requisitos de forma adicionales para la ejecución, debería ser limitada o evitada por completo.

7.2 Disposiciones prácticas

- Las disposiciones prácticas necesarias para el ejercicio efectivo del derecho a mantener el contacto deben ser tan precisas como sea posible.

7.3 Promoción del cumplimiento voluntario

- Las Autoridades Centrales y los tribunales deberían alentar a las partes en todas las fases del proceso, incluida la fase de ejecución, a considerar la posibilidad de la mediación, así como otras maneras de llegar a una solución amistosa.
- Deberían tenerse en cuenta los deseos y los sentimientos del niño en función de su edad y madurez.

7.4 Cooperación de los organismos y los profesionales involucrados

- Los organismos y los profesionales involucrados en la ejecución de una decisión en materia de contacto deberían mantener una estrecha cooperación.
- Debería procurarse especialmente facilitar la cooperación transfronteriza en este asunto.

7.5 Formación

- Los profesionales involucrados en la ejecución de decisiones en materia de contacto en casos de derecho de contacto transfronterizo deberían recibir una formación adecuada, especialmente en cuanto a los objetivos y los mecanismos de los Convenios de La Haya y otros instrumentos internacionales aplicables.
- Se recomienda la elaboración de directrices prácticas, manuales, listas de control y otros documentos que puedan resultar útiles a los diversos profesionales involucrados en la ejecución de decisiones en materia de contacto en casos transfronterizos.

8. LA REUBICACIÓN (ESTABLECIMIENTO EN OTRO PAÍS) Y EL DERECHO A MANTENER EL CONTACTO

8.1 Decisiones sobre la reubicación (establecimiento en otro país)

- En este contexto, lo que más preocupación suscita es la actitud adoptada por el tribunal para garantizar y asegurar el derecho a mantener el contacto del padre o la madre privado del niño.

8.2 Respeto de los términos y condiciones

- Es importante que los términos y condiciones de una decisión en materia de contacto emitida en un contexto de reubicación sean respetados al máximo en el país de destino de la reubicación

8.3 Reconocimiento anticipado

- Las decisiones en materia de contacto emitidas en un contexto de reubicación deberían ser acreedoras de reconocimiento y ejecución en el país de destino. Debería preverse una forma de reconocimiento anticipado de estas decisiones.

8.4 Decisiones espejo y comunicaciones judiciales directas

- Si no es posible el reconocimiento anticipado, debería poder solicitarse una decisión en el país de destino que refleje a modo de “espejo” las disposiciones relativas al contacto establecidas por el juez que haya dictado la reubicación.
- Esto implica que debería ser posible ejercer su competencia para emitir una decisión “espejo” antes de que el niño entre en el país.
- En estas circunstancias, también debería contemplarse la posibilidad de hacer que la obtención de una decisión espejo se convierta en una condición necesaria para la reubicación. Éste es un ámbito en el que la comunicación judicial directa puede desempeñar un papel importante.

8.5 Solicitudes de modificación de las modalidades del contacto y el Convenio de 1996

- 8.5.1 El tribunal del Estado contratante de destino del niño debería permitir la revisión y modificación de las decisiones en materia de contacto adoptadas en otro Estado contratante, sólo en aquellas circunstancias en que también lo habría hecho con las decisiones adoptadas en el ámbito interno.
- 8.5.2 La decisión debería seguir gozando de este estatus incluso después de que la residencia habitual del niño haya cambiado y hasta que los tribunales del país donde se encuentre la nueva residencia habitual del niño establezcan lo contrario.
- 8.5.3 En un caso en que sea aplicable el Convenio de 1996, el tribunal del Estado en el que el niño se ha reubicado debería mostrarse en principio reticente a alterar las disposiciones de contacto establecidas por el tribunal que hubiera dictado la reubicación, al momento de tramitar una solicitud de revisión o modificación de una decisión en materia de contacto emitida poco después de la reubicación.

8.5.4 En particular, el tribunal debería hacer lo siguiente:

- plantearse si es adecuado solicitar que el tribunal que dictó la reubicación ejerza su competencia en el asunto con arreglo al artículo 9 del Convenio de 1996;
- plantearse si resulta adecuada la suspensión del procedimiento con arreglo al artículo 35, apartado 3 del Convenio de 1996; y
- en su caso, tener en cuenta las constataciones del tribunal que permite la reubicación por cuanto se refiere a la aptitud del padre o la madre privado del niño para ejercer el derecho de visita y las condiciones en que puede ejercerse tal derecho, conforme al procedimiento expuesto en el artículo 35, apartado 2 del Convenio de 1996. Sin embargo, no debería tener que replantearse estos asuntos en aquellos casos en que los tribunales del Estado en que se encuentre la antigua residencia habitual del niño hayan establecido recientemente disposiciones relativas al derecho a mantener el contacto en el contexto de la reubicación.

8.5.5 Incluso en aquellos casos en que el Convenio de 1996 no sea aplicable, deberá tomarse en consideración la importancia de reconocer las decisiones en materia de contacto emitidas recientemente por parte de jurisdicciones extranjeras y habrá que actuar con prudencia antes de alterar sus elementos fundamentales.

9. DERECHO DE VISITA / DERECHO A MANTENER EL CONTACTO Y DERECHO DE CUSTODIA

9.3 El veto al traslado: ¿un derecho de custodia en virtud del Convenio de 1980?

La jurisprudencia dominante respalda la idea de que un derecho de visita combinado con el derecho de veto al traslado de un niño fuera de la jurisdicción constituye un derecho de custodia a efectos del Convenio de 1980.

9.4 Un enfoque en materia de interpretación

Conceptos tales como los de derecho de visita y derecho de custodia deberían interpretarse en relación con el carácter autónomo del Convenio de 1980 y a tenor de sus objetivos.

9.5 El derecho de custodia incluye el derecho de visita / derecho a mantener el contacto

A efectos de las solicitudes mencionadas en el artículo 21, debería considerarse en general que el derecho de custodia incluye un derecho de visita / derecho a mantener el contacto.

9.6 El derecho de visita no se limita al ya establecido por orden judicial

El derecho a solicitar disposiciones destinadas a reconocer y asegurar el ejercicio efectivo de un “derecho de visita” en virtud del artículo 21 del Convenio de 1980 no debería quedar limitado a los casos en que exista una orden judicial que reconozca o establezca un derecho de visita, sino que debe incluir los casos en que el solicitante cuente con un derecho de visita resultante de una atribución de pleno derecho y aquellos en que tenga la capacidad de solicitar que se establezca tal derecho.

INTRODUCCIÓN

A. LABOR PREVIA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA EN MATERIA DE CONTACTO TRANSFRONTERIZO

La cuestión del derecho de visita / derecho a mantener un contacto transfronterizo, y en concreto la idoneidad del artículo 21 del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*¹, ha sido durante muchos años motivo de preocupación para la Conferencia de La Haya. De hecho, los redactores del Convenio de 1980 reconocían que, a pesar de que uno de los objetivos del Convenio consistía en “asegurar la protección del derecho de visita”², las disposiciones del Convenio al respecto eran limitadas³.

Los redactores del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución, y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*⁴ también eran conscientes de estas limitaciones y aprovecharon la oportunidad para suplir algunas de las lagunas del Convenio de 1980. Las medidas de protección de los niños, uno de los puntos primordiales de dicho Convenio, incluyen medidas de protección del derecho de visita⁵. Por consiguiente, las normas uniformes que definen la competencia a la hora de emprender medidas para la protección de los niños, así como la disposición correspondiente para el reconocimiento y la ejecución de estas medidas en otros Estados partes, se aplican a las decisiones en materia de derecho de visita / derecho a mantener el contacto. Además, el artículo 35, en el capítulo sobre cooperación, prevé específicamente que un Estado pueda pedir asistencia a otro, en particular para asegurar “el ejercicio efectivo de un derecho de visita, así como el derecho a mantener contactos directos regulares”.

Últimamente se ha trabajado más en torno a este tema a raíz de la decisión de la Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Política de mayo de 2000 de solicitar a la Oficina Permanente un informe sobre la conveniencia y la posible utilidad de un protocolo del Convenio de 1980, cuyas disposiciones “lograrán de forma más satisfactoria y detallada que el artículo 21 del Convenio el efectivo ejercicio del derecho de visita / derecho a mantener el contacto entre los niños y sus padres – teniendo o no la custodia - en el contexto de las sustracciones internacionales y las reubicaciones de los padres, y como una alternativa a las solicitudes de restitución”. El resultado fue la redacción de un informe preliminar sobre el derecho de visita / derecho a mantener el contacto transfronterizo⁶ que se debatió durante la Cuarta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Este informe se fundamentó parcialmente en las respuestas a un cuestionario distribuido entre los Estados parte del Convenio de 1980, los Estados miembros de la

¹ En adelante, “Convenio de 1980”.

² Preámbulo del Convenio de 1980, apartado 3. Véase también el art. 1 b).

³ Véase E. Pérez-Vera, “Informe Explicativo del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, disponible en español en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59 [publicado únicamente en francés e inglés en *Actes et documents de la Quatorzième Session, Tome III, Enlèvement d’enfants*, La Haya, SDU, 1980, p. 426].

⁴ En adelante, “Convenio de 1996”.

⁵ Art. 1, Convenio de 1996.

⁶ W. Duncan, “Transfrontier Access / Contact and the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. A Preliminary Report” (“Derecho de visita / derecho a mantener el contacto transfronterizo y el *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Informe Preliminar”), Doc. Prel. N° 4 de febrero de 2001 a la atención de la Comisión Especial de marzo de 2001 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

Conferencia de La Haya y algunas organizaciones internacionales antes de la Comisión Especial de marzo de 2001⁷.

Los debates celebrados con ocasión de la Comisión Especial de marzo de 2001 llevaron a la conclusión de que las deficiencias del Convenio de 1980 a la hora de asegurar la protección del derecho de visita en situaciones transfronterizas constituían “un problema serio que exige prestarle atención de forma urgente en especial en interés de los menores y de los padres implicados”⁸.

Después de la reunión de la Comisión Especial de marzo de 2001, la Oficina Permanente continuó el proceso de consulta y, en enero de 2002, hizo circular un documento de consulta sobre el derecho de visita / derecho a mantener el contacto transfronterizo entre los Estados miembros, los Estados parte del Convenio de 1980 y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales pertinentes⁹. En el documento de consulta se enumeraban distintos enfoques o técnicas que podían aportar una solución a aquellos aspectos del derecho de visita / derecho a mantener el contacto transfronterizo (un protocolo, recomendaciones, una Guía de Buenas Prácticas, modelos de acuerdos) y analizaba algunas de sus repercusiones.

El Informe Final de 2002¹⁰ sobre el derecho de visita / derecho a mantener el contacto transfronterizo, redactado y distribuido en julio de 2002 a la atención de la Comisión Especial de octubre de 2002, llamaba la atención sobre los diversos elementos jurídicos que configuraban el marco de resolución de litigios internacionales en materia de derecho de visita / derecho a mantener el contacto. Entre ellos, las cuestiones de competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones relacionadas con el contacto, la asistencia a solicitantes extranjeros, los recursos en caso de retención ilícita, la cooperación entre autoridades, la promoción de los acuerdos y la mediación, las leyes y los procedimientos nacionales, las garantías y salvaguardias previas y la ejecución en virtud de la ley interna¹¹. Se señalaban las relaciones existentes entre los distintos elementos y se sugería que una reforma de elementos aislados sin tener en cuenta el contexto conllevaba una posibilidad de fracaso¹².

El Informe Final de 2002 analizaba las leyes y las prácticas desarrolladas en virtud del Convenio de 1980 en una serie de Estados contratantes. Las principales deficiencias mencionadas en las respuestas al Cuestionario y en el documento de consulta que citaba este informe eran las siguientes¹³:

- La ausencia de normas uniformes que determinen la competencia de las autoridades en casos internacionales a la hora de emitir o modificar decisiones de contacto y elaborar disposiciones adecuadas para el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras en materia de derecho de visita / derecho a mantener el contacto;

⁷ Disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59.

⁸ Véanse las “Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (22–28 de marzo de 2001)”, preparado por la Oficina Permanente (en adelante, “Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial”), apartado 6.1 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

⁹ W. Duncan, “Documento de Consulta sobre derecho de visita transfronterizo”, Doc. Prel. N° 1 de enero de 2002 a la atención de la Comisión Especial de septiembre / octubre de 2002 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

¹⁰ W. Duncan, “El derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores – Informe Final”, Doc. Prel. N° 5 de julio de 2002 a la atención de la Comisión Especial de septiembre / octubre de 2002. En adelante, “Informe Final de 2002” (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59). Este informe se basó en los comentarios de expertos, el cuestionario previo y los informes de casos relacionados con el Convenio de 1980 que se han publicado en la base internacional de datos sobre la sustracción de niños (INCADAT) (véase *infra*, pp. 55–59).

¹¹ Capítulo III.

¹² En el apartado 48.

¹³ Véase *op. cit.*, nota 10, apartado 119.

- La falta de acuerdo entre los Estados en cuanto a la naturaleza y el grado de apoyo que debe ofrecerse a las personas que intentan establecer o garantizar un derecho de visita / derecho a mantener el contacto en un país extranjero;
- La vigencia en algunos países de procedimientos, tanto en la fase previa al juicio como en la fase de ejecución, que no son lo bastante sensibles a las características y a las necesidades específicas de los casos internacionales y provocan demoras y gastos innecesarios;
- Un grado inadecuado de cooperación internacional tanto a nivel administrativo como judicial.

En octubre de 2002, la Comisión Especial llegó a la conclusión de que, respecto al asunto del derecho de visita / derecho a mantener el contacto transfronterizo¹⁴, era prematuro empezar a elaborar un Protocolo del Convenio de 1980 y había que seguir trabajando en un capítulo de la Guía de Buenas Prácticas dedicado tan sólo al derecho de visita / derecho a mantener el contacto transfronterizo en el contexto del Convenio de 1980. Entre los objetivos de esta Guía, la Comisión Especial citó la promoción de mejores prácticas coherentes sobre aquellos asuntos que entran de común acuerdo dentro de las competencias y las obligaciones de los Estados parte en virtud del Convenio, así como la aportación de ejemplos prácticos incluso en relación con aquellos asuntos que entren dentro de ámbitos controvertidos de interpretación.

La Comisión Especial de 2002 recomendaba empezar formulando principios y consideraciones generales. La idea no era crear una serie de principios que pudieran aplicarse a los casos de derecho de visita de manera general, sino más bien llamar la atención sobre determinadas consideraciones generales y ciertas características especiales que los Estados contratantes y sus autoridades han de tener en cuenta al formular políticas en relación con los casos de derecho de visita / derecho a mantener el contacto internacional. Además de ofrecer asesoramiento a los Estados para formular políticas en este ámbito, los principios generales podrían influir en la práctica de las Autoridades Centrales, y podrían ser útiles para los tribunales y otras autoridades, así como para los solicitantes cuando presentaran sus casos.

La Comisión Especial de 2002 hacía hincapié en la idea de que las disposiciones del Convenio de 1996 pueden contribuir de forma sustancial a la solución de ciertos problemas que existen en materia de derecho de visita / derecho a mantener el contacto transfronterizo.

Tras la reunión de la Comisión Especial en otoño de 2002, se finalizó el análisis de la práctica de las Autoridades Centrales en relación con las solicitudes de derecho de visita. Este análisis ahora constituye el capítulo 5 (Solicitudes de derecho de visita: papel de las Autoridades Centrales requirientes y requeridas) de la Primera Parte de la *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Práctica de las Autoridades Centrales*, que se publicó en 2003¹⁵.

La Oficina Permanente organizó a continuación diversas conferencias y seminarios judiciales internacionales en los que se debatieron cuestiones de derecho de visita / derecho a mantener el contacto, concretamente el seminario de Noordwijk¹⁶, los dos seminarios de

¹⁴ Véase "Informe y Conclusiones de la Comisión Especial sobre el *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (27 septiembre – 1 octubre 2002)", preparado por la Oficina Permanente, marzo de 2003, pp. 45–46 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

¹⁵ *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Primera Parte – Práctica de las Autoridades Centrales*, Jordan Publishing, 2003. En adelante, "Guía de Buenas Prácticas – Primera Parte". También disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59. Ver anexo.

¹⁶ Seminario Judicial sobre el Convenio de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Noordwijk, 19–22 de octubre de 2003, en que participaron jueces y personal de las Autoridades Centrales de Alemania,

jueces latinoamericanos celebrados en Monterrey, México, del 1 al 4 de diciembre de 2004¹⁷ y en La Haya, del 27 de noviembre al 3 de diciembre de 2005¹⁸.

El “Proceso de Malta”, instituido por la Conferencia de La Haya en colaboración con el Gobierno de Malta, estudiaba cómo puede garantizarse una mejor protección del derecho a mantener el contacto transfronterizo entre padres, madres e hijos entre diversos Estados parte del Convenio de 1980 y diversos Estados no parte cuyas leyes se fundamentan en el derecho islámico (Shariah) o se hallan bajo su influencia. Se han celebrado dos conferencias judiciales, ambas en San Julián, en Malta, la primera de ellas del 14 al 17 de marzo de 2004¹⁹ y la segunda del 19 al 22 de marzo de 2006²⁰. El Proceso de Malta ha brindado la oportunidad de examinar, desde una óptica bastante fresca e innovadora, cuáles son los elementos esenciales de un sistema eficaz de cooperación internacional en materia de derecho de visita / derecho a mantener el contacto. Estos han quedado reflejados en las Declaraciones que resultaron de cada una de las conferencias²¹.

La Guía y los Principios Generales se han visto influidos asimismo por el trabajo llevado a cabo por el Consejo de Europa en la creación de la *Convención sobre los Contactos relativos a la Infancia de 15 de mayo de 2003*²² y por la promulgación por parte de la Comunidad Europea del Reglamento (CE) N° 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental²³.

En la Oficina Permanente de La Haya se celebró una reunión informal de expertos en derecho de visita / derecho a mantener el contacto transfronterizo en octubre de 2005. La reunión, en la que los expertos comparecieron a título personal²⁴, fue convocada para ofrecer asesoramiento y asistencia complementarios a la Oficina Permanente en la preparación de este Informe²⁵.

La Oficina Permanente ha tomado parte en diversas reuniones internacionales en las que se han debatido cuestiones relacionadas con el derecho de visita / derecho a mantener el

Austria, los Estados Unidos de América, Francia, Israel, los Países Bajos, el Reino Unido (Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte y Escocia), Suecia, Suiza y Turquía.

¹⁷ En el Seminario participaron 90 jueces, funcionarios de Autoridades Centrales y otros expertos de Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, los Estados Unidos de América, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, y las siguientes organizaciones: Organización de los Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, *International Centre for Missing and Exploited Children*, *American Bar Association*, *Latin American Law Initiative Council*, Barra de Abogados de México y Texas y la Facultad de Derecho del *Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey*; véase *El Boletín de los Jueces sobre la Protección Internacional del Niño*, publicación semestral de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, “*El Boletín de los Jueces*”), Tomo IX, Primavera 2005. Los tomos de *El Boletín de los Jueces* están disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59.

¹⁸ Véase *El Boletín de los Jueces*, Tomo X, Otoño 2005 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

¹⁹ En el Seminario participaron jueces y expertos de Alemania, Argelia, Bélgica, Egipto, España, Francia, Italia, el Líbano, Malta, Marruecos, los Países Bajos, el Reino Unido, Suecia, Túnez, la Comisión Europea, el Consejo de la Unión Europea, el Servicio Social internacional y *Reunite*. Véase *El Boletín de los Jueces*, Tomo VIII, Otoño 2004 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

²⁰ En el Seminario participaron jueces y expertos de Alemania, Argelia, Australia, Bélgica, Canadá, Egipto, los Estados Unidos de América, Francia, Indonesia, el Líbano, Libia, Malasia, Malta, Marruecos, los Países Bajos, el Reino Unido, Suecia, Túnez, Turquía, la Comisión Europea, el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea, el Servicio Social Internacional, el *International Centre for Missing and Exploited Children* y *Reunite*. Véase *El Boletín de los Jueces*, Tomo XI, Primavera 2006 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

²¹ Disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59. La segunda Conferencia se encuentra únicamente en inglés, francés y árabe.

²² ETS N° 192. En adelante, la “Convención sobre los Contactos relativos a la Infancia”.

²³ En adelante, el “Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo”. Este reglamento también se conoce como Reglamento Bruselas II bis.

²⁴ Véase el artículo que aparece en *El Boletín de los Jueces*, Tomo X, Otoño 2005 pp. 57–58 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59), bajo el título “Reunión informal de expertos sobre el derecho de visita transfronterizo”. Entre los asistentes se encontraban Sarah Armstrong-Vigers, Eberhard Carl, Denise Carter, Mary Sue Conaway, Denise Gervais, Peter McElevy, Joan MacPhail, Michael Nicholls, Kathy Ruckman, Adel Omar Sherif, Linda Silberman, Jennifer Degeling, Caroline Harnois, Philippe Lortie, Andrea Schulz y William Duncan.

²⁵ También se encontró información útil en N. Lowe y K. Horosova, “Good Practice Report on Access Under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction” (NCMEC, 2007).

contacto transfronterizo, entre ellas una Reunión Ministerial Informal, convocada en Suecia por el Ministerio de Asuntos Exteriores sueco el 4 de noviembre de 2005, a la que asistieron ministros y otros expertos de Argelia, Irlanda, Letonia, Malta, Marruecos, Suecia, Túnez y Turquía, así como de la Comisión Europea²⁶.

La presente Guía parte de un Documento Preliminar²⁷ elaborado por William Duncan, Secretario General Adjunto de la Oficina Permanente a la atención de la reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y la implementación práctica del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*, celebrada en La Haya entre octubre y noviembre de 2006. Dicho documento recibió la aprobación general de la Comisión Especial.

La Oficina Permanente quisiera dar las gracias a varios expertos²⁸ por la valiosa ayuda que han supuesto sus comentarios acerca de la última versión de la presente Guía, y quisiera también agradecer a Juliane Hirsch y Eimear Long, oficiales legales de la Oficina Permanente, su ayuda en la redacción de la misma.

B. EL CONTEXTO: ALGUNOS CASOS TÍPICOS

Puede que resulte útil describir brevemente algunas de las situaciones típicas que dan lugar a dificultades en el ejercicio del derecho a mantener el contacto en contextos transfronterizos.

- (a) En el caso de una solicitud de restitución de un niño en virtud del Convenio de 1980, el solicitante puede desear establecer contacto con el niño mientras espera una decisión sobre la restitución. Se ha sugerido que, en un caso en que se produce una demora al decidir sobre la solicitud de restitución, negar al padre o madre solicitante el contacto puede contribuir a alienar al niño respecto de ese padre o madre, por lo que puede que aumenten las posibilidades de éxito de una excepción basada en el artículo 13 b)²⁹. En cualquier caso, para preservar la continuidad de la relación del niño con el padre o madre solicitante es necesario que la cuestión del contacto se resuelva lo antes posible. De este modo es posible garantizar a su vez que el niño no sea nuevamente sustraído al Estado de origen.
- (b) Cuando se desestima una solicitud de restitución, por ejemplo en base a una excepción en virtud del artículo 13, se plantea inmediatamente la cuestión de si se han tomado las disposiciones adecuadas para el contacto entre el niño y el padre o madre privado del mismo. Por otro lado, si la solicitud de restitución prospera, la cuestión del contacto entre el niño y el padre o madre sustractor(a) puede plantearse si la solicitud de restitución ha supuesto la separación del niño y dicho padre o madre³⁰.

²⁶ Véase "Reunión ministerial informal sobre la incompatibilidad de normas como fuente de conflictos – sustracción de menores y cuestiones relacionadas", *El Boletín de los Jueces*, Tomo X, Otoño 2005, pp. 59 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

²⁷ Véase W. Duncan, "Derecho de visita transfronterizo – Principios Generales y Buenas Prácticas", Doc. Prel. N° 4 de octubre de 2006 a la atención de la Quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

²⁸ Nos hicieron partícipes de sus comentarios Mathew Thorpe, Peter Boshier, Nigel Lowe, Eberhard Carl, Joan MacPhail, Michael Nicholls, Kathy Ruckman, Peter McEleavy y Andrea Schulz.

²⁹ Doc. Trab. N° 3, "Proposal submitted by the delegations of Australia, Spain, the United Kingdom and the United States of America at the Special Commission on General Affairs and Policy of the Conference (8–12 May 2000)".

³⁰ Además de los problemas relativos al contacto, estas situaciones también pueden hacer que surjan cuestiones relacionadas con la custodia del niño.

- (c) Hay casos en los que un padre o madre solicita desde el extranjero, en un contexto ajeno al de la sustracción, que se ejecute una decisión en materia de contacto emitida en otra jurisdicción. El caso típico suele ser que un tribunal del país en que el niño tenía su residencia habitual anterior permite que el padre o madre que tiene el cuidado principal del niño se mude a otra jurisdicción con éste, emitiendo al mismo tiempo una decisión en materia de contacto con respecto al padre o madre que se ve privado del niño. Existe una relación entre este tipo de casos y el fenómeno de la sustracción. Si en el extranjero no se respetan las decisiones en materia de contacto emitidas en el contexto de decisiones de reubicación, puede que se vea afectada la predisposición de los jueces a permitir la reubicación en aquellas ocasiones en que tal permiso resulte necesario; si los jueces no están dispuestos a permitir la reubicación, es posible que ello lleve a la persona que tenga el cuidado principal a sustraer al niño. Asimismo, si no se respetan las decisiones de contacto una vez desplazado el niño al extranjero, puede que el padre titular del derecho a mantener el contacto lleve a cabo la sustracción del niño en su deseo de mantener este contacto.
- (d) Existen casos en los que un padre o madre solicita desde el extranjero una nueva decisión en materia de contacto a las autoridades del Estado en que vive el niño. Resulta importante facilitar la solicitud, ante todo por el interés que tiene el niño en mantener un vínculo beneficioso tanto con el padre como con la madre. Asimismo, tal como admitían los redactores del Convenio de 1980, el hecho de no amparar una solicitud razonable de contacto cursada por un padre o madre que no tiene la custodia fomenta en sí mismo la tentación de la sustracción.
- (e) Existen casos en los que el padre o la madre que tiene la custodia o el titular del derecho a mantener el contacto buscan la modificación de disposiciones existentes relativas al derecho a mantener el contacto transfronterizo. Estos casos van desde los que buscan una modificación con vistas a restringir o incluso poner fin al ejercicio del derecho a mantener el contacto, hasta aquellos en los que se pretende ampliar el contacto, o los casos en los que se estima que un cambio en las circunstancias exige adaptaciones prácticas en las disposiciones relativas al derecho a mantener el contacto.
- (f) Existen casos en los que el padre o madre, tenga o no tenga la custodia, aduce una infracción de los términos del contacto transfronterizo y solicita una orden que restaure el *statu quo*. El caso extremo es el de la retención ilícita, cuando el padre o la madre que no tiene la custodia se niega a restituir al niño tras un periodo de visita transfronteriza. La presunta infracción puede ser menos grave. El padre titular del derecho a mantener el contacto puede modificar unilateralmente algunos de los términos según los que se convino u ordenó el contacto, por ejemplo al no facilitar información acerca de los movimientos del niño tal como se había acordado. Del mismo modo, el padre o la madre que tiene la custodia puede obstaculizar el ejercicio acordado del derecho a mantener el contacto, por ejemplo impidiendo el acceso telefónico convenido, interceptando la correspondencia, etc.
- (g) Existen casos en los que va a tener lugar una visita (por ejemplo, el niño está a punto de viajar para pasar unas vacaciones escolares con el padre o la madre que no tiene la custodia o el padre o la madre que no tiene la custodia está a punto de recorrer una gran distancia para visitar al niño) y el padre o la madre que tiene la custodia encuentra motivos para oponerse en el último minuto, quizás por miedo a que se infrinjan los términos de la visita. En estos casos, es posible que el padre o la madre que no tiene la custodia necesite que su solicitud se tramite en régimen de emergencia para que la visita pueda llevarse a cabo según lo previsto.

En los ejemplos mencionados, se emplean los términos “padre o madre que tiene la custodia” y “padre o madre que no tiene la custodia”. Por supuesto, es posible que los casos resulten

más complicados en aquellas ocasiones en que no pueda hacerse fácilmente esta distinción, por ejemplo, en algunos casos de custodia compartida en los que puede existir el problema inicial de determinar si el derecho en cuestión es un derecho de visita o de custodia. Para profundizar en este tema, véanse a continuación el apartado C y el capítulo 9.

C. ALGUNAS CUESTIONES TERMINOLÓGICAS³¹

Debemos aclarar que en este documento el término “contacto” se ha empleado en un sentido amplio y alude a las diversas maneras en que un padre o una madre que no tiene la custodia (y en ocasiones otro pariente o uno de sus amigos) mantiene relaciones personales con el niño, ya sea mediante visitas periódicas, comunicación a distancia u otros medios. Se ha sugerido que el uso de la palabra “contacto” en lugar de un término como “visita” refleja un planteamiento centrado en el niño y concuerda mejor con conceptos modernos como la “responsabilidad parental” o las “responsabilidades parentales”³². En aquellas ocasiones en que el contexto lo exige, se emplea el término “visita” con la misma amplitud de significado.

Aunque en el presente documento se hace a menudo una distinción entre contacto y custodia, debemos señalar que la diferencia entre ambos conceptos no se puede establecer siempre con claridad. Dicha distinción tampoco encaja fácilmente en aquellos sistemas nacionales que se han pasado del concepto de custodia al de responsabilidad parental. A efectos prácticos, siempre que el contexto no indique lo contrario, el concepto de “padre o madre que tiene la custodia” habrá de interpretarse como un término no técnico que hace referencia al padre o madre con quien el niño tiene su residencia normal o habitual. Por supuesto, se darán casos en los que el derecho de residencia o custodia se reparta por igual, haciendo que la distinción entre custodia y contacto no tenga razón de ser. También pueden darse casos en los que el propio padre o madre que tiene la custodia quiera ejercer también el derecho a mantener el contacto, como por ejemplo en aquellas ocasiones en que el niño se encuentra en situación de visita prolongada con el padre o la madre que no tiene la custodia. Por último, cabe señalar que los instrumentos internacionales existentes pueden contener definiciones específicas de custodia, contacto o visita, como es el caso del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*³³.

Aunque este documento se refiere en general al derecho a mantener el contacto o a las visitas entre padres e hijos, se reconoce también la posibilidad de que otros individuos, como los abuelos, soliciten u obtengan decisiones en materia de contacto o visita³⁴.

³¹ Véase asimismo, *infra*, capítulo 9 para profundizar en ciertos aspectos terminológicos.

³² Véase el Informe Explicativo sobre la *Convención sobre los Contactos relativos a la Infancia del Consejo de Europa de 15 de mayo de 2003*, apartado 6 (disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/192.htm>, última visita realizada el 21 de octubre de 2009, disponible únicamente en inglés y francés).

³³ Según la definición del art. 5 del propio Convenio de 1980, el derecho de custodia no sólo comprende “el derecho relativo al cuidado de la persona del menor”, sino también “el de decidir sobre su lugar de residencia”. Existen divergencias en la jurisprudencia en cuanto a la definición exacta del derecho de custodia en este contexto. Véase *infra*, capítulo 9.

³⁴ Para obtener más información a este respecto, véase el apartado 1.1.

LA GUÍA

SUMARIO

1. LA IMPORTANCIA DEL CONTACTO

- 1.1 El principio general
- 1.2 Las restricciones aplicadas al derecho a mantener el contacto han de ser proporcionadas

2. PROMOVER ACUERDOS

- 2.1 Promover acuerdos parentales
- 2.2 Facilitar y favorecer la concreción de soluciones amistosas
- 2.3 El papel del Estado en la promoción y el respaldo del acuerdo parental sobre el derecho a mantener el contacto
- 2.4 Elementos adicionales del marco jurídico
- 2.5 El marco jurídico necesario para hacer efectivos los acuerdos transfronterizos sobre el derecho a mantener el contacto

3. EL MARCO DE LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

- 3.1 El marco básico
- 3.2 El Convenio de La Haya de 1996
- 3.3 Un enfoque común en materia de competencia
- 3.4 El reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de contacto

4. COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA ENTRE ESTADOS

- 4.1 La necesidad de estructuras permanentes para la cooperación internacional
- 4.2 El modelo de las Autoridades Centrales
- 4.3 Funciones específicas de las Autoridades Centrales en el contexto del contacto transfronterizo en virtud de los Convenios de 1980 y 1996
- 4.4 Actitud proactiva de la Autoridad Central con respecto a la prestación de servicios
- 4.5 Medidas apropiadas para iniciar o facilitar la apertura de procedimientos
- 4.6 Casos de contacto transfronterizo en que las Autoridades Centrales deben ofrecer sus servicios
- 4.7 Información detallada con respecto a los servicios prestados
- 4.8 Un procedimiento rápido, eficaz y transparente

5. LA TRAMITACIÓN DE SOLICITUDES INTERNACIONALES EN MATERIA DE CONTACTO POR PARTE DE TRIBUNALES U OTRAS AUTORIDADES

- 5.1 Acceso efectivo a los procedimientos
- 5.2 Celeridad
- 5.3 Concentración de competencia
- 5.4 Gestión de los casos

6. DECISIONES EN MATERIA DE CONTACTO

- 6.1 Salvaguardias y garantías
- 6.2 Retención ilícita
- 6.3 Ejemplos de garantías y salvaguardias
- 6.4 Tener en cuenta las tradiciones de las partes
- 6.5 Proporcionalidad
- 6.6 Especificar los términos y condiciones
- 6.7 Medios de comunicación modernos para mantener el contacto
- 6.8 Las salvaguardias podrán comprender medidas para garantizar que los términos y condiciones del contacto sean ejecutorios en otro país.
- 6.9 Acuerdos económicos y cobro de alimentos para el niño

7. EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES DE EN MATERIA DE CONTACTO EN VIRTUD DEL DERECHO INTERNO

- 7.1 Eficacia de las medidas de ejecución
- 7.2 Disposiciones prácticas
- 7.3 Promoción del cumplimiento voluntario
- 7.4 Cooperación de los organismos y los profesionales involucrados
- 7.5 Formación

8. LA REUBICACIÓN (ESTABLECIMIENTO EN OTRO PAÍS) Y EL DERECHO A MANTENER EL CONTACTO

- 8.1 Decisiones sobre la reubicación (establecimiento en otro país)
- 8.2 Respeto de los términos y condiciones
- 8.3 Reconocimiento anticipado
- 8.4 Decisiones espejo y comunicaciones judiciales directas
- 8.5 Solicitudes de modificación de las modalidades de contacto y el Convenio de 1996

9. DERECHO DE VISITA / DERECHO A MANTENER EL CONTACTO Y DERECHO DE CUSTODIA

- 9.1 El significado de “derecho a mantener el contacto” y “derecho de visita”
- 9.2 “Padre o madre que tiene la custodia” y “padre o madre titular del derecho a mantener el contacto”
- 9.3 El veto al traslado: ¿un derecho de custodia en virtud del Convenio de 1980?
- 9.4 Un enfoque en materia de interpretación
- 9.5 El derecho de custodia incluye el derecho de visita / derecho a mantener el contacto
- 9.6 El derecho de visita no se limita al ya establecido por orden judicial

1. LA IMPORTANCIA DEL CONTACTO

1.1 El principio general

- **Deberían adoptarse todas las medidas posibles para garantizar el derecho de los niños a mantener relaciones personales y un contacto regular con sus padres, así como el derecho de los padres a mantener relaciones personales y un contacto regular con sus hijos, a menos que se determine que dicho contacto podría ser contrario a los intereses de los niños. Esto se aplica igualmente en aquellos casos en que los padres viven en países distintos.**

En general, se reconoce que, por su bienestar, los niños han de mantener relaciones personales y un contacto regular con ambos padres, salvo que ello resultara arriesgado o contrario a sus intereses. Así debe ser también aunque los padres vivan separados y en países diferentes, incluso si el cuidado principal del niño recae en uno de los padres.

Si bien los distintos sistemas jurídicos tienen un acercamiento distinto a las cuestiones sustantivas que existen en torno al contacto³⁵, casi todos los Estados aceptan ciertos elementos fundamentales. En virtud del artículo 9, apartado 3 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*³⁶:

“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Además, en virtud del artículo 10, apartado 2 de la CNUDN:

“El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres [...]”.

Por circunstancias excepcionales, se entienden aquellas en que existen antecedentes de abusos físicos o de otro tipo a los que se ha visto sometido el niño, además de aquellas situaciones en que el padre o la madre que tenga el cuidado principal ha sufrido abusos físicos o de otro tipo; esto trae consigo el grave deterioro de la relación entre el padre o la madre titular del derecho de contacto y el niño. Cuando la puesta en práctica de un régimen de contacto sea motivo de continuos conflictos entre los padres, el contacto también podría resultar perjudicial para el niño. Resulta asimismo importante señalar la cautela que en ocasiones aplican los jueces en los casos transnacionales cuando sopesan el valor del contacto frente a la posibilidad de no restitución y dado que la consecuencia de una infracción es que el padre o madre con responsabilidad principal pierda a los niños para siempre: incluso el más mínimo riesgo de infracción justifica una excepción al principio general.

El principio general se aplica tanto si se expresa en términos de los derechos del niño como de los padres, o del niño y de los padres al mismo tiempo³⁷. Asimismo, se reconoce

³⁵ Véase el Informe Final de 2002, *op. cit.*, nota 10, apartado 99, en que se señala que “[e]stas diferencias se vuelven más marcadas y pronunciadas cuando los problemas de abuso del menor o violencia doméstica están de por medio.”

³⁶ *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el día 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el art. 49. En adelante, la “CNUDN”. La CNUDN tiene 192 Estados partes. Véase asimismo el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966, que en sus arts. 23 y 24 protege los derechos de la familia y los niños.

³⁷ Por ejemplo, el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, “ECHR”), que reconoce que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar”, ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como una garantía del derecho de un padre o una madre y su hijo a mantener contactos regulares entre sí. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado en

ampliamente la importancia que tiene para el niño la posibilidad de mantener relaciones personales con otras personas a las que le unen lazos familiares estrechos³⁸.

Éste no es lugar para desarrollar una legislación uniforme en cuanto a las cuestiones sustantivas³⁹. No obstante, por experiencia sabemos que las estructuras internacionales diseñadas para asegurar el contacto carecen de sentido si, cuando un caso llega a los tribunales, el juez responsable adopta un enfoque restrictivo. De ahí la importancia de recalcar los principios fundamentales.

1.2 Las restricciones aplicadas al derecho a mantener el contacto han de ser proporcionadas

- **Las restricciones legales aplicadas al derecho a mantener el contacto entre padres e hijos no deben ser más que las necesarias para proteger los intereses del niño.**

Los límites aplicados al contacto pueden comprender, entre otros, la condición de que el contacto sea supervisado o tenga lugar solo en determinados momentos y en determinados lugares. El principio expresado aquí es el de proporcionalidad, que sirve para recordar a las autoridades que los límites al contacto parental deben poder justificarse en términos de los intereses del niño⁴⁰. El concepto de “necesidad”, cuando se aplica a las restricciones que afectan al contacto, implica asimismo la idea de que no debe haber otros métodos menos restrictivos para proteger los intereses del niño. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que si se practican restricciones excesivas con respecto al derecho de visita, puede agravar la alienación del niño con respecto de su padre o madre⁴¹.

distintas ocasiones que el derecho a mantener un contacto pertenece tanto al padre, a la madre como al hijo, y que es un derecho fundamental, compartido conjuntamente por padre, madre e hijo, y protegido en virtud del art. 8 del ECHR. En su decisión en el caso de *Elsholz contra Alemania* (sentencia del 13 de julio de 2000, en la que se citaban, entre otros, los casos de *Johansen contra Noruega*, sentencia del 7 de agosto de 1996 y *Bronda contra Italia*, sentencia del 19 de junio de 1998) el Tribunal estableció lo siguiente: “Para un padre o una madre y su hijo, disfrutar de la mutua compañía representa un elemento fundamental de la vida familiar, incluso si la relación entre los padres se ha roto, y las medidas internas que impiden tal disfrute constituyen una injerencia en el derecho protegido por el art. 8 del Convenio”.

³⁸ Véase, por ejemplo, la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Scozzari y Giunta contra Italia* (13 de julio de 2000), en que se reconoce que los lazos con otros parientes, como los que existen entre abuelos y nietos, también pueden quedar protegidos en virtud del art. 8 del ECHR. Véase asimismo el art. 5 de la Convención sobre los Contactos relativos a la Infancia del Consejo de Europa (*op. cit.*, nota 22), que ofrece cierta protección al derecho a mantener el contacto “entre el niño y personas que no sean sus padres que tengan lazos familiares con el niño” (traducción de la Oficina Permanente). El derecho de visita no se limita al existente entre padres e hijos en virtud del Convenio de 1980 o el Convenio de 1996. La solicitud mencionada en el art. 21 del Convenio de 1980 no está reservada a uno de los padres. En virtud del art. 21 de la *Convención Interamericana de 15 de Julio de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores*, “el ejercicio de los derechos de visita por parte de sus titulares” podrá ser dirigida a las autoridades competentes de cualquier Estado Parte a fin de que sea respetado. Sin embargo, cabe señalar que en el caso *Troxel contra Granville*, 530 U.S. 57 (2000), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América dictaminó que el derecho de los padres es superior al de los abuelos o al de cualquier persona que no sean los padres; las leyes de cada estado varían entre sí.

³⁹ Uno de los objetos de la Convención sobre los Contactos relativos a la Infancia del Consejo de Europa (*op. cit.*, nota 22) es el de establecer un enfoque común respecto de los principios que deben aplicarse a las decisiones de contacto. Art. 1 a). La idea es que la adopción de normas comunes mejora la cooperación internacional. Véase el preámbulo.

⁴⁰ Véase asimismo *ibid.*, art. 4(2).

⁴¹ Véase por ejemplo, *Kutzner contra Alemania*, sentencia del 26 de febrero de 2002.

2. PROMOVER ACUERDOS

2.1 Promover acuerdos parentales

- **Debería respaldarse el ejercicio del derecho a mantener el contacto mediante disposiciones jurídicas y administrativas que promuevan y faciliten el acuerdo entre los padres u otros titulares de la responsabilidad parental.**

La responsabilidad principal de asegurar que se mantienen contactos regulares y de organizar estos contactos recae en ambos padres⁴². Las disposiciones jurídicas y administrativas adoptadas en virtud de los Convenios de 1980 o de 1996, o de cualquier otra manera, deben respaldar el ejercicio por parte de los padres de su responsabilidad, promoviendo y facilitando el acuerdo entre ellos.

Las ventajas de un acuerdo parental en relación con las disposiciones relativas al derecho a mantener el contacto radican en que “[l]as partes se adhieren más fácilmente a dichos acuerdos; estos establecen un marco menos conflictivo para [sic] ejercicio del derecho de visita y por lo tanto benefician al menor de manera más amplia; y una vez [que] se ha establecido cierto nivel de cooperación entre los padres, el modelo doloroso y costoso de volver a solicitar a los tribunales órdenes de modificación o la aplicación es menos factible que aparezca”⁴³.

2.2 Facilitar y favorecer la concreción de soluciones amistosas

- **Se deberían facilitar y favorecer soluciones amistosas a través de la mediación, la conciliación, la negociación o cualquier otro mecanismo análogo.**

El Convenio de 1980 reconoce la necesidad de promover soluciones amistosas (amigables) en su artículo 7, apartado 2 c), en virtud del cual las Autoridades Centrales han de adoptar todas las medidas apropiadas que permitan garantizar la restitución voluntaria del niño o facilitar una solución amigable. Las medidas adoptadas con vistas a lograr una solución amigable de las solicitudes de contacto en virtud del Convenio de 1980 son muy variadas. Normalmente, la Autoridad Central requerida se comunica como mínimo con el padre o la madre demandado(a) para determinar si es posible alcanzar un acuerdo y para señalarle los recursos que tiene a su disposición, como pueden ser los servicios de mediación. Sin embargo, el carácter fragmentario de los apoyos disponibles para promover un acuerdo queda reflejado en los hallazgos del estudio estadístico de las solicitudes efectuadas en 2003 según el cual:

“Sin embargo, el número de casos en los cuales el derecho de visita fue voluntariamente acordado ha disminuido de 35 solicitudes (18%) en 1999 a 29 solicitudes (13%) en el 2003. Esta cifra también se encuentra por debajo de los ratios de restituciones voluntarias [esto es, respecto a las solicitudes de restitución de un niño en virtud del Convenio] de 19% y 18% registradas en el 2003 y en 1999, respectivamente”⁴⁴.

⁴² Véase el art. 5 de la CNUDN y el art. 5 b) de la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, adoptada por la Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979, que entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

⁴³ Informe Final de 2002, *op. cit.*, nota 10, apartado 89.

⁴⁴ N. Lowe, E. Atkinson, K. Horosova, S. Patterson, “Estudio estadístico de las solicitudes efectuadas en el 2003 en el marco del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de

El Informe también indica que en 2003 se emitieron “órdenes de derecho de visita con consentimiento” en el 4% de los casos. El Informe no menciona el número de casos internacionales tratados en virtud de procedimientos nacionales (es decir, que no fueron tratados en virtud del artículo 21 del Convenio de 1980) cuyo resultado fueron decisiones de derecho de visita con consentimiento o acuerdos voluntarios.

El Convenio de 1996 consta de una disposición más específica que la del Convenio de 1980. El artículo 31 *b*) exige que las Autoridades Centrales, ya sea directamente o con la cooperación de las autoridades públicas u otros organismos, tomen todas las medidas apropiadas para “facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica el Convenio”.

2.3 El papel del Estado en la promoción y el respaldo del acuerdo parental sobre el derecho a mantener el contacto

- **El papel del Estado no se limita a proveer medios como la mediación u otros mecanismos análogos. La ley ha de desempeñar una función más amplia que comprenda el establecimiento de condiciones que garanticen la equidad en el proceso de negociación y el respaldo de los acuerdos una vez celebrados.**

Los debates y las negociaciones entre los padres sobre el contacto tienen lugar en el contexto de las normas y los principios jurídicos que pueden limitar la autonomía de las partes (por ejemplo, para proteger los intereses de la parte más débil o del niño) y que también pueden limitar las posibilidades de establecer un derecho de visita si no se logra un acuerdo. Si existen lagunas importantes en este marco jurídico protector, los padres no se encontrarán en una posición de igualdad para negociar y existe un peligro real de desequilibrio e inequidad para una de las partes.

Dentro del panorama internacional, este problema queda ilustrado por las negociaciones entre padres viviendo en distintos países que carecen de estructuras completas de cooperación jurídica y dependen más bien de estructuras de mediación para intentar lograr un acuerdo parental. Éste es el caso en concreto de aquellos países que han celebrado acuerdos bilaterales de carácter consular y que se basan en un modelo de mediación⁴⁵. La ausencia de un marco jurídico que defina las circunstancias en las que las autoridades de cada país tienen competencia para emitir decisiones en materia de contacto

Menores”, Doc. Prel. N° 3, Parte I, de octubre de 2006 a la atención de la Quinta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (La Haya, 30 de octubre – 9 de noviembre de 2006) (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59), Apartado III, D. 1.

⁴⁵ Véanse en general sobre el tema de la promoción del acuerdo entre los padres las Declaraciones de Malta de 17 de marzo de 2004 (en adelante, “Primera Declaración de Malta”) y 22 de marzo de 2006 (en adelante, “Segunda Declaración de Malta”). Las Declaraciones de Malta están disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59.

La Primera Declaración de Malta dice en su tercer apartado:

“Deben ser tomadas medidas para facilitar, a través de la mediación, de la conciliación, del establecimiento de una Comisión de Buenos Oficios, o de medidas similares, soluciones para la protección del menor que sean acordadas entre los padres”.

La Segunda Declaración de Malta dice en su tercer apartado:

“Se observa con beneplácito la intensificación de la actividad en materia de mediación y la conciliación familiar internacional, y entre otras cosas el desarrollo de nuevos servicios.

Se reconoce la importancia de contar con procedimientos que permitan la aprobación judicial de los acuerdos parentales y su ejecución en los países correspondientes.

Los procedimientos judiciales relacionados con litigios parentales en torno a los hijos deberían estructurarse de modo que fomenten los acuerdos entre los padres y faciliten el acceso a la mediación y a otras formas de promoción de tales acuerdos. Sin embargo, no debería retrasarse por ello los procedimientos judiciales, y si fracasan los intentos de obtener un acuerdo, debería ser posible el acceso efectivo a los tribunales.

La mediación familiar internacional debería llevarse a cabo teniendo en cuenta las diferencias culturales”.

implica que no pueda hacerse mucho si los padres no llegan a un acuerdo. Como consecuencia, el proceso de negociación favorece en gran medida al padre o a la madre cuyo interés reside en mantener el *status quo*⁴⁶. En el próximo capítulo profundizaremos más en la importancia de las estructuras eficaces de cooperación jurídica.

2.4 Elementos adicionales del marco jurídico

2.4.1 El marco jurídico que se ofrezca deberá garantizar la equidad en las negociaciones entre los padres y respetar los derechos del niño, incluido su derecho a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en función de su edad y madurez.

2.4.2 Por regla general, debería garantizarse la confidencialidad, la imparcialidad y la independencia de la mediación y de otros medios alternativos de solución de controversias empleados para llegar a un acuerdo amistoso.

2.4.3 Es recomendable proporcionar o fomentar la capacitación de los mediadores⁴⁷, prestando especial atención a las dificultades que conllevan los litigios familiares transfronterizos. Dicha capacitación habrá de comprender una formación continua sobre los instrumentos jurídicos aplicables.

2.4.4 Debería garantizarse la calidad de la mediación, por ejemplo, promoviendo el establecimiento y la observancia de códigos de conducta voluntarios⁴⁸.

2.4.5 Durante el proceso de mediación, debería tenerse en cuenta la opinión del niño en función de su edad y madurez.

Se han emprendido una serie de proyectos o iniciativas de mediación en el contexto de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996. Los programas de mediación en funcionamiento o bajo examen en el contexto del Convenio de 1980 fueron objeto de un estudio llevado a cabo por la Oficina Permanente en 2006⁴⁹.

Este estudio se ocupa, entre otros, del programa existente entre Alemania y Francia⁵⁰ y entre Estados Unidos y Alemania⁵¹, que se han centrado en algunas de las controversias más intrincadas en materia de contacto, así como en otras solicitudes formuladas en virtud del Convenio de 1980. El programa que inició Reunite⁵² en el Reino Unido funciona en el

⁴⁶ Véase en general *El Boletín de los Jueces*, Tomo VIII, Otoño de 2004, donde se trata la Conferencia Judicial de Malta sobre las cuestiones transfronterizas del derecho de familia en que se ven implicados algunos Estados partes y no partes de los Convenios de La Haya y la explicación del Proceso de Malta aportada por W. Duncan en las pp. 4–6 de la misma edición (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

⁴⁷ Esta cuestión también se trata en el art. 4 de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos Aspectos de la Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

⁴⁸ *Ibid.*, art. 4(1).

⁴⁹ Véase S. Vigers, “Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares para facilitar soluciones acordadas en disputas familiares transfronterizas relativas a menores especialmente en el contexto del Convenio de La Haya de 1980”, Doc. Prel. N° 5 de octubre de 2006 a la atención de la Quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (30 de octubre – 9 de noviembre de 2006) (en adelante, “Doc. Prel. N° 5/2006 sobre la mediación”, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

⁵⁰ La Comisión Parlamentaria de Mediación Franco-alemana se creó en 1999 y fue sustituida por el Proyecto Franco-alemán de Mediación Profesional Binacional en 2003, que finalizó en marzo de 2006. En 2005, los mediadores profesionales que habían tomado parte en los proyectos franco-alemanes crearon la Asociación para la Mediación Familiar Binacional en Europa – *Médiation familiale binationale en Europe* (MFBE).

⁵¹ En estos momentos, el *US-German Bilateral International Parental Abduction Working Group* (Grupo de Trabajo bilateral EE. UU.-Alemania sobre Sustracción Parental Internacional) está creando un proyecto piloto de mediación bilateral.

⁵² El Proyecto Piloto de Reunite-International Child Abduction Centre (Centro de Sustracción Internacional de Menores), Reino Unido, lanzado en 2003, véase asimismo < www.reunite.org >.

contexto del Convenio de 1980. Uno de sus objetivos consiste en promover acuerdos en los casos en que se ha presentado una solicitud de restitución del niño, pero el motivo subyacente de la solicitud puede ser obtener un derecho a mantener el contacto. Programas desarrollados por MAMIF⁵³, el Servicio Social Internacional⁵⁴ y otros⁵⁵, están incluidos en dicho estudio⁵⁶.

La experiencia acumulada a través de distintos programas de mediación demuestra que muchas partes consideran que la confidencialidad de la mediación es una condición importante para entrar en negociaciones y restablecer el diálogo. Si el padre o la madre que se ve privado del niño teme que las concesiones que haga en el marco de la mediación puedan ser interpretadas posteriormente por los tribunales como una aceptación por su parte en relación con el artículo 13 a) del Convenio de 1980, puede que se niegue a tomar parte en la mediación. En función del Estado en cuestión, la confidencialidad de la mediación puede ser objeto de un instrumento legislativo o quedar garantizada mediante un acuerdo de confidencialidad. Resulta importante que se respete la confidencialidad en los dos Estados interesados.

A fin de garantizar la confidencialidad de la mediación, los países pueden contemplar la posibilidad de establecer como principio que ni los mediadores, ni las partes, ni cualquier otra persona que participe en el proceso de mediación estén obligados a divulgar información a terceros o a declarar en un procedimiento judicial civil sobre la información derivada de la mediación⁵⁷. Cuando exista información que indique que el niño se encuentra en peligro habrán de hacerse las salvedades oportunas, ya que el mediador puede verse obligado a informar al respecto.

Deberían garantizarse la independencia y la imparcialidad del mediador. Ni el Convenio de 1980 ni el de 1996 establecen restricción alguna respecto a la entidad que puede facilitar la mediación⁵⁸. La Autoridad Central puede facilitar la mediación directamente o a través de un organismo público u otra entidad. Para hacer frente a los problemas propios de los litigios familiares transfronterizos que surgen en relación con diferencias de idioma o culturales, algunos programas de mediación determinan que haya un mediador del Estado requirente y otro del Estado requerido. En cualquier caso, resulta importante que el mediador no se incline a favor de una de las partes o uno de los Estados interesados.

El estudio relativo al desarrollo de la mediación ha demostrado que existe un consenso general en cuanto al carácter fundamental de la capacitación de los mediadores para la labor específica de la mediación en litigios familiares transfronterizos. En octubre / noviembre de 2006, la Comisión Especial hizo hincapié en la necesidad de que “los

⁵³ *Mission d'aide à la médiation internationale pour les familles* fue creada dentro del Ministerio de Justicia de Francia en 2001. En la actualidad ha dejado de existir y las funciones de mediación las lleva a cabo la Autoridad Central francesa (Bureau de l'entraide civile et commerciale internationale).

⁵⁴ Este proyecto, vinculado con el Convenio de 1996, aspira a crear una red internacional de mediadores.

⁵⁵ Por ejemplo, la Autoridad Central argentina, el *England and Wales Judicial Alternative Dispute Resolution Scheme* (Programa Judicial de Resolución Alternativa de Controversias de Inglaterra y Gales), el programa del Ministerio Federal de Justicia alemán y los programas de mediación binacional en que participan Estados que no son parte del Convenio de La Haya de 1980.

⁵⁶ Las iniciativas de mediación no contempladas en el estudio comprenden la propuesta de un programa de resolución alternativa de controversias que habría de instaurar la *Family Division* en Inglaterra, así como la adopción de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos Aspectos de la Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

⁵⁷ Se expone un principio similar en el art. 7 de la Directiva 2008/52/CE mencionada sobre ciertos Aspectos de la Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

⁵⁸ Véase el art. 7 del Convenio de 1980 “[...] Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan: [...] c) [...] facilitar una solución amigable; [...]”; véase el art. 31 del Convenio de 1996, en que se declara que “[l]a Autoridad Central de un Estado contratante” podrá facilitar la mediación “ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos [...]”. En realidad, los programas de mediación en el contexto del Convenio de 1980 varían enormemente de un Estado a otro: en Argentina, por ejemplo, la Autoridad Central activa la mediación directamente; el programa francés MAMIF corría a cargo de una autoridad pública creada dentro del Ministerio de Justicia de Francia, pero acaba de ser absorbido por la Autoridad Central francesa (Bureau de l'entraide civile et commerciale internationale); el proyecto piloto inglés Reunite corre a cargo de una organización no gubernamental; el Ministerio Federal de Justicia alemán propone y respalda la mediación en casos relacionados con el Convenio, pero la mediación en sí la llevan a cabo mediadores profesionales de organizaciones no gubernamentales.

profesionales que lleven a cabo la mediación reciban una formación continua, particularmente en relación con los instrumentos jurídicos aplicables⁵⁹. Los mediadores también deben conocer la ley interna aplicable en materia de establecimiento y ejecución del derecho de visita.

En algunos países se ha reglado la educación de los mediadores⁶⁰ y se ha introducido un registro oficial para mediadores⁶¹. Sin embargo, en la mayoría de los países, el uso del título “mediador” no está restringido. En aras de la credibilidad y la calidad de la mediación, convendría fomentar y promover la introducción de ciertos estándares en la formación de los mediadores familiares⁶².

Hay algunas iniciativas regionales dignas de mención, como la introducción de estándares básicos en mediación familiar llevada a cabo por el Foro Europeo para la Formación y la Investigación en Mediación Familiar, los cuales ya han sido adoptados por catorce países europeos⁶³ que disponen de uno o varios programas formativos en mediación familiar acreditados por el Foro Europeo⁶⁴. Asimismo, la Asociación Internacional Francófona de Mediadores (*Association Internationale Francophone des Intervenants auprès des familles séparées – AIFI*), con sede en Quebec, Canadá, ha estado trabajando para establecer una formación especializada en mediación familiar internacional⁶⁵. La organización no gubernamental (ONG) británica Reunite se propone diseñar un módulo de formación para los mediadores de los Estados contratantes del Convenio de La Haya sobre la Sustracción Internacional de Menores que “proporcionaría la infraestructura para el proceso de mediación y la capacitación de mediadores de familia identificados, según los hallazgos del proyecto piloto [de Reunite]”⁶⁶. La Asociación Federal de Mediadores de Familia (*Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation – BAFM*) es una organización no gubernamental (ONG) alemana que desde 2003 lleva ofertando seminarios anuales de varios días de duración cuyo fin es permitir a mediadores profesionales ya capacitados familiarizarse con aspectos jurídicos y culturales propios de los procedimientos de sustracción internacional de niños, así como de los conflictos transfronterizos en materia de derecho de custodia y contacto⁶⁷.

Las opiniones del niño se deberían tener presentes en función de su edad y madurez. Para lograrlo, puede optarse por hacer que el niño participe en el proceso de mediación de una forma directa o indirecta⁶⁸. En aquellos casos en que un niño deba ser oído en una

⁵⁹ [Traducción de la Oficina Permanente]. Véase “Informe sobre la Quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y la implementación práctica del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (30 de octubre – 9 de noviembre de 2006)”, elaborado por la Oficina Permanente, marzo de 2007, p. 31. En adelante, “Informe sobre la Quinta reunión de la Comisión Especial de octubre-noviembre de 2006” (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

⁶⁰ Por ejemplo, en Francia la formación de los mediadores en cuestiones de derecho de familia está reglamentada desde 2003; véase “Décret du 2 décembre 2003 portant sur la création du diplôme d’État de médiateur familial” y “Arrêté du 12 février 2004 relatif au diplôme d’État de médiateur familial”. En Austria, la formación de los mediadores en cuestiones de derecho civil está reglamentada desde 2004; véase “Verordnung des Bundesministers für Justiz über die Ausbildung zum eingetragenen Mediator” (*Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung – ZivMediat-AV*), BGBl. II N° 47/2004.

⁶¹ Por ejemplo, en Austria se ha introducido el registro de los mediadores en cuestiones de derecho de familia mediante la Ley sobre Mediación de 2003, véase “Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen” (*Zivilrechts-Mediations-Gesetz – ZivMediatG*), BGBl. I N° 29/2003.

⁶² El estudio sobre mediación concluyó de la siguiente manera, “[l]a capacitación armonizada para los mediadores involucrados en la ley de familia internacional incluyen el contexto específico del Convenio de La Haya que será altamente beneficioso a fin de asegurar la calidad de los mediadores involucrados en este trabajo y la aceptación internacional de los proyectos de mediación”; véase Doc. Prel. N° 5/2006 sobre la mediación, *op. cit.*, nota 49, apartado 7.

⁶³ Alemania, Austria, Bélgica, Escocia, España, Francia, Inglaterra, Irlanda, Israel, Italia, Malta, Polonia, Portugal y Suiza.

⁶⁴ L. Parkinson, *Family Mediation in Europe – divided or united?* (versión actualizada del documento distribuido en el Seminario del Máster Europeo sobre Mediación), Institut Universitaire Kurt Boesch, Sion, Suiza, marzo de 2003, en la p. 5; véase asimismo el Doc. Prel. N° 5/2006 sobre la mediación, *op. cit.*, nota 49, apartado 7.1.

⁶⁵ Véase Doc. Prel. N° 5/2006 sobre la mediación, *op. cit.*, nota 49, apartado 7.2.

⁶⁶ *Ídem*.

⁶⁷ Véase < www.bafm-mediation.de >.

⁶⁸ En Australia existe una interesante iniciativa que consiste en disponer un segundo mediador para que hable con los niños y transmita sus opiniones a los padres y a los mediadores de éstos.

mediación, es posible que los mediadores necesiten una formación específica que les permita interactuar con niños. El mediador debe asegurarse de que el niño reconozca la importancia de su opinión, pero haciéndole saber que la última palabra la tienen los padres, para evitar que el niño se sienta bajo presión ante la responsabilidad que conlleva la decisión definitiva⁶⁹. Los mediadores también deberían ser conscientes de la posibilidad de alienación respecto del padre o la madre que existe en casos de divorcios muy conflictivos o sustracciones, y de sus repercusiones en las opiniones del niño.

2.5 El marco jurídico necesario para hacer efectivos los acuerdos transfronterizos sobre el derecho a mantener el contacto

2.5.1 Debería proporcionarse un marco jurídico que haga efectivos los acuerdos sobre el derecho a mantener el contacto concluidos por los padres en los respectivos países de residencia.

2.5.2 Todo acuerdo obtenido por mediación al que las partes tengan previsto dar un carácter vinculante debe ser ejecutorio en los dos Estados involucrados. (Este principio se aplicará también a los acuerdos a los que se haya llegado por otros medios alternativos de resolución de controversias.)

Las múltiples ventajas que representan los acuerdos alcanzados a través de la mediación pueden resultar inútiles de no existir un marco jurídico que los respalde. El marco jurídico permite que se empleen varios mecanismos jurídicos para garantizar el respeto de los acuerdos, por ejemplo al prever su registro en los tribunales, su transformación en “decisiones de derecho de visita con consentimiento” o al establecer su reconocimiento y ejecutoriedad de manera más general, normalmente cuando cumplen ciertos requisitos.

Cuando sea aplicable el Convenio de 1996, una decisión en materia de contacto obtenida en un Estado contratante será en principio ejecutoria en otro Estado contratante de pleno derecho. Por tanto, en aquellos casos en que los Estados interesados sean Parte del Convenio de 1996, basta en general con transformar el acuerdo de mediación en una orden judicial en uno de los Estados contratantes, dado que está asegurada su ejecutoriedad en el otro Estado contratante. Para disipar dudas en cuanto a la existencia de un motivo para que no se produzca el reconocimiento, es posible reconocer la medida de forma anticipada⁷⁰.

El *Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia* cuenta con disposiciones especiales relativas a los acuerdos en materia de alimentos. El propósito de estas disposiciones consiste en garantizar que existe un marco jurídico adecuado que pueda hacer efectivos estos acuerdos en todos los Estados contratantes pertinentes.

En el momento en que se publica este documento, la Conferencia de La Haya sigue desarrollando su labor en materia de mediación transfronteriza dentro del derecho de familia y se plantea la importante pregunta de si existe un marco jurídico adecuado para los acuerdos establecidos por las partes.

La ejecutoriedad del acuerdo de mediación debe ser una consideración principal durante la mediación. Las partes deben poder acceder a la información pertinente relativa a la ejecutoriedad de su acuerdo en los Estados en cuestión. La información puede facilitarse preferentemente en el proceso de mediación en sí, pero también pueden ofrecer acceso a la misma los abogados que muchos programas de mediación recomiendan mantener a las partes.

⁶⁹ Véase Doc. Prel. N° 5/2006 sobre la mediación, *op. cit.*, nota 49, apartado 6.2, que trata, entre otras cosas, de la respuesta del Ministerio Federal de Justicia alemán.

⁷⁰ Véase el Convenio de 1996, art. 24. Véase asimismo *infra* apartado 9.3.

Dado que la actitud hacia los acuerdos puede variar mucho de un Estado a otro, las Autoridades Centrales deben intercambiar, en su caso, la información necesaria en relación con los procedimientos establecidos para la ejecución de los mismos, por ejemplo, su registro ante los tribunales.

3. EL MARCO DE LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

3.1 El marco básico

Existen dos elementos básicos para lograr una cooperación jurídica interestatal eficaz que respalde el derecho a mantener el contacto:

- **normas comunes que definan las circunstancias en las cuales los tribunales (o sus equivalentes) de cada sistema jurídico pueden ejercer su competencia para tomar o modificar decisiones vinculantes en relación con los derechos de custodia y contacto;**
- **respeto mutuo de las decisiones relativas al contacto adoptadas a partir de normas de competencia comunes, que comprenderá tanto el reconocimiento como la ejecución de las mismas.**

La necesidad de un marco básico constituido por normas de competencia convenidas, acompañadas por normas para el reconocimiento y la ejecución de las decisiones relacionadas con el derecho de custodia y contacto, se ha reconocido ampliamente tanto a escala internacional como regional⁷¹. El Convenio de La Haya de 1980 no ofrece ningún marco de este tipo, aunque está implícito en el Convenio que las autoridades del Estado donde el niño tiene su residencia habitual deben ejercer una competencia general con respecto a cuestiones de derecho de custodia y contacto. De todos modos, el Convenio de 1996 expone detalladamente una serie de normas de competencia y disposiciones comunes para el reconocimiento y la ejecución que complementan lo dispuesto en el Convenio de 1980. El marco del Convenio de 1996, que está destinado a sustituir el marco reflejado en el anterior *Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores*, también ha servido de inspiración para el Reglamento sobre responsabilidad parental de la Comunidad Europea⁷².

3.2 El Convenio de La Haya de 1996

3.2.1 Se alienta a los Estados parte del Convenio de La Haya de 1980 que aún no hayan firmado o ratificado el Convenio de La Haya de 1996 o que todavía no se hayan adherido al mismo a considerar sus ventajas al proporcionar un marco para la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia de contacto, y por consiguiente como complemento del Convenio de 1980.

⁷¹ Véase, por ejemplo, la Primera Declaración de Malta, (*op. cit.*, nota 45), apartados 5 y 6, y la Segunda Declaración de Malta (*ibid.*), que dice en su apartado 5: "Conviene en el interés del niño que los tribunales de diferentes Estados apliquen normas de competencia comunes y que las decisiones en materia de custodia y contacto emitidas en cumplimiento de dichas normas sean reconocidas por principio en otros Estados. Las jurisdicciones concurrentes aumentan el conflicto familiar, perjudican el acuerdo entre los padres y pueden alentar el traslado o la retención ilícita de los niños".

Numerosas conferencias judiciales internacionales han confirmado la importancia de acordar un enfoque en materia de competencia y reconocimiento e hicieron hincapié sobre las ventajas del Convenio de 1996.

⁷² La normativa comunitaria tiene su expresión en el Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, *supra* nota 23.

- 3.2.2** En cualquier caso, corresponde a los Estados parte del Convenio de 1980 dar a conocer las circunstancias en que sus autoridades ejercerán su competencia para emitir o modificar decisiones en materia de contacto y reconocerán y ejecutarán las decisiones en materia de contacto resueltas por otros Estados parte. Esto resulta asimismo necesario para el funcionamiento práctico del artículo 21.
- 3.2.3** También se alienta a los Estados que no son parte del Convenio de La Haya de 1980 a que consideren las ventajas que ofrece el Convenio de La Haya de 1996 al proporcionar un marco básico para la cooperación jurídica interestatal.

3.3 Un enfoque común en materia de competencia

Normas comunes de competencia:

- ayudan a evitar litigios y nuevos conflictos entre las personas implicadas en una disputa en materia de contacto;
- aseguran que los tribunales o las autoridades correspondientes tengan el derecho a tomar decisiones en materia de contacto cuando ello sea necesario en el interés del niño;
- limitan las circunstancias en que se puede modificar una decisión de contacto ya existente;
- aportan seguridad a las partes y desalientan la búsqueda del foro más favorable (“forum shopping”) y las sustracciones.

Es importante que las normas relativas a la competencia estén estructuradas de forma que se eviten los conflictos de competencia o que se produzca una carrera entre los padres por llegar a los tribunales de diferentes países. Éstos son objetivos principales del Convenio de La Haya de 1996, que confiere la competencia primaria a los tribunales del país de residencia habitual del niño⁷³. Los procedimientos judiciales simultáneos que se dan en materia de contacto en dos países conllevan gastos extra, decisiones contradictorias, y constituyen un freno para los acuerdos amigables.

Al mismo tiempo, es importante garantizar que los tribunales tengan competencia para tomar medidas urgentes, provisionales o cautelares en relación con el derecho a mantener el contacto cuando sea preciso⁷⁴. Aunque los tribunales del país donde el niño tiene su residencia habitual ostenten el derecho principal a tomar decisiones en relación con el derecho a mantener el contacto⁷⁵, los tribunales del país donde el niño tan sólo está presente a veces deben intervenir temporalmente. Éste puede ser el caso, por ejemplo, cuando el niño se encuentra temporalmente presente en un país para visitar al padre que no tiene la custodia y se estima que es necesario adoptar medidas de emergencia para su protección, o simplemente cuando el ejercicio efectivo del contacto en el país en que tiene

⁷³ Las disposiciones del Convenio de 1966 relativas a la competencia y su aplicación a casos del derecho a mantener el contacto se explican en mayor detalle en el Informe Final, *op. cit.*, nota 10, apartados 56–63.

⁷⁴ Véase el Convenio de 1996, arts. 11 y 12.

⁷⁵ Véase el Convenio de 1996, art. 5.

lugar la visita requiere que se practique una modificación mínima en las condiciones de contacto⁷⁶.

También sería éste el caso cuando, tras una presunta sustracción, se solicita a los tribunales del país al que ha sido llevado el niño o en el que éste se encuentra retenido una decisión de contacto provisional a favor del padre o la madre que se ha visto privado del niño⁷⁷. Una vez más, si un niño ha sido retenido ilícitamente después de un periodo de visita en el extranjero, es evidente que los tribunales o las autoridades del país donde se ha producido la retención deben tener competencia para ordenar su restitución al país de residencia habitual.

Por último, a veces puede ser necesario que los tribunales o las autoridades de un país al que el niño está a punto de dirigirse para visitar al padre titular del derecho a mantener el contacto tengan competencia para emitir una decisión de contacto “espejo” de la emitida por los tribunales o las autoridades del país donde el niño tiene su residencia habitual⁷⁸. Por otro lado, las decisiones en materia de contacto no deberían ser modificadas con demasiada facilidad por las autoridades del país en que el niño se encuentre temporalmente, en particular, cuando la presencia del niño se debe a una visita al padre o madre que no tiene la custodia. Además, es menos probable que un juez del país donde reside normalmente el niño con el padre o madre que tiene la custodia autorice la visita al extranjero si sabe que las condiciones que imponga pueden quedar fácilmente sin efecto en el país donde se produce la visita.

La reubicación es otra situación en la que ha de actuarse con prudencia antes de ejercer la competencia para dejar sin efecto las condiciones de contacto establecidas. Pongamos por caso que un juez del Estado A autoriza al padre o la madre que tiene la custodia a mudarse con el niño al Estado B, a condición de que respete el derecho a mantener el contacto del padre o la madre que no tiene la custodia y a reserva de disposiciones más detalladas en relación con el tiempo que el niño vaya a pasar con el padre o madre que no tiene la custodia en el Estado A. En tal caso, hay varias razones por las que las condiciones de contacto fijadas por el juez en el Estado A han de ser respetadas en el Estado B. Las condiciones fueron fijadas por un juez competente que se encontraba en una buena posición para evaluar la capacidad y la aptitud del padre o madre que no tiene la custodia para cuidar del niño durante los periodos de visita. Además, el juez del Estado A puede estar menos inclinado a autorizar la reubicación si sabe que las disposiciones relativas al derecho a mantener el contacto no se respetarán en el Estado B.

Es tal la preocupación por garantizar que se respetan las condiciones de contacto fijadas por un juez en estas circunstancias que determinados regímenes de competencia exigen que el juez que haya formulado la decisión original siga siendo competente, ya sea por un periodo de tiempo determinado⁷⁹ o hasta que ambos padres y el niño pierdan todo vínculo con la jurisdicción de origen⁸⁰.

En el Convenio de La Haya de 1996 no hay ninguna norma de este tipo. Por consiguiente, en el contexto de la reubicación, la competencia pasará del tribunal de origen al tribunal del país al que se haya mudado el padre o la madre que tiene la custodia en cuanto el niño

⁷⁶ Véase, por ejemplo, la Convención sobre los Contactos relativos a la Infancia del Consejo de Europa, *op. cit.*, nota 22, art. 15.

⁷⁷ Véase asimismo el apartado 5.1.2 para profundizar en esta cuestión.

⁷⁸ Véase por ejemplo *Re P (a child) (minor order)* [2000] 1 FLR 435 (Inglaterra y Gales). Aunque las decisiones espejo no resultan necesarias si existe un sistema de reconocimiento y ejecución, pueden servir para hacer que el padre o la madre que tiene la custodia se sienta más seguro en cuanto al cumplimiento de los términos de la orden en materia de contacto, con lo que es más probable que acceda al ejercicio del mismo. Las decisiones espejo son objeto de estudio más adelante en el apartado 3.4.3.

⁷⁹ Véase el Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, *supra* nota 23, cuyo art. 9 establece que los órganos jurisdiccionales de la anterior residencia habitual del niño seguirán siendo competentes durante tres meses para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho país antes del cambio de residencia.

⁸⁰ En los Estados Unidos de América, la competencia exclusiva corresponde al “estado de origen” del niño, aunque éste y el padre o la madre que tiene la custodia se hayan trasladado permanentemente a otra jurisdicción, mientras una de las partes (por ejemplo, el padre o la madre titular del derecho a mantener el contacto) siga viviendo allí. Véase la *Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, UCCJEA § 201, 9 ULA.

establezca su residencia habitual en ese país. El hecho de que la residencia habitual, y por consiguiente la competencia puedan cambiar rápidamente cuando se produce una reubicación, no implica que un juez de la nueva jurisdicción deba o pueda cambiar rápidamente las condiciones de contacto fijadas por el juez que ha autorizado la reubicación. Esta cuestión se tratará más a fondo en el capítulo 8, que versa sobre la reubicación y el contacto.

3.4 El reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de contacto

3.4.1 El reconocimiento y la ejecución deberían producirse con rapidez.

- **Un elemento esencial de la cooperación internacional es un sistema que estipule el reconocimiento y la ejecución entre Estados de decisiones en materia de contacto y de custodia que hayan sido emitidas en base a los criterios de competencia convenidos o aprobados⁸¹.**
- **Los procedimientos de reconocimiento y ejecución deben ser simples, económicos y rápidos.**

Aunque el Convenio de 1980 no prevé en su artículo 21 un fundamento para el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras en materia de contacto (o custodia), esta carencia puede suplirse mediante las detalladas disposiciones del capítulo V del Convenio de 1996. Las decisiones en materia de contacto emitidas por una autoridad en ejercicio de la competencia que le corresponde en virtud del Convenio son acreedoras de reconocimiento de pleno derecho en los demás Estados contratantes⁸². Los motivos por los que se puede denegar el reconocimiento están fijados estrictamente⁸³ y el Estado obligado al reconocimiento queda vinculado por las constataciones de hecho sobre las que se hubiera fundado la competencia en el Estado de origen⁸⁴. Se prevé una disposición que trata la cuestión sobre si se reconocerá o no una decisión en materia de contacto en otro Estado⁸⁵. La ejecución en otro Estado de decisiones en materia de contacto tendrá lugar según el procedimiento previsto por la ley de este otro Estado⁸⁶, como si esas medidas hubiesen sido tomadas por sus autoridades y en la medida de lo previsto por su legislación⁸⁷. El procedimiento para la declaración de exequátur o el registro de una decisión debe ser simple y rápido⁸⁸.

La importancia de esta cuestión viene confirmada por la existencia de muchos otros instrumentos para el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia de contacto a nivel regional, bilateral e incluso unilateral. El Convenio Nórdico de 6 de febrero de 1931 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia fue uno de los primeros. Cabe mencionar también el *Convenio Europeo de 20 de mayo de 1980 relativo al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores, así como al*

⁸¹ Este elemento esencial se reconoce en la Primera Declaración de Malta, *op. cit.*, nota 45, apartado 6: "Las decisiones relativas al derecho de custodia y al derecho a mantener contacto que hayan sido emitidas en un Estado por un tribunal o autoridad competente, deben ser respetadas en los demás Estados, con reserva de las consideraciones fundamentales de orden público y teniendo en cuenta el interés superior del menor". Vuelve a mencionarse en la Segunda Declaración de Malta (*ibid.*), en el apartado 5. Véase asimismo el art. 14(1) de la Convención sobre los Contactos relativos a la Infancia del Consejo de Europa, *op. cit.*, nota 22.

⁸² Véase el Convenio de 1996, art. 23(1).

⁸³ Véase el Convenio de 1996, art. 23(2).

⁸⁴ Véase el Convenio de 1996, art. 25.

⁸⁵ Véase el Convenio de 1996, art. 24.

⁸⁶ Véase el Convenio de 1996, art. 26(1).

⁸⁷ Véase el Convenio de 1996, art. 28.

⁸⁸ Véase el Convenio de 1996, art. 26(2).

Restablecimiento de dicha Custodia (el llamado Convenio de Luxemburgo)⁸⁹. En los Estados Unidos de América, la ley UCCJEA prevé el reconocimiento interestatal (es decir, dentro de los Estados Unidos) de las decisiones en materia de custodia y contacto, así como el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras emitidas en circunstancias de hecho conformes, en lo esencial, con las normas de competencia establecidas en el artículo 2 de la UCCJEA⁹⁰. El Reglamento (CE) No 2201/2003 del Consejo⁹¹ concede un estatus de privilegio a las decisiones en materia de contacto, al establecer que han de reconocerse entre los Estados miembros sin necesidad de recurrir a un procedimiento especial⁹², sin que se requiera ninguna declaración que les reconozca fuerza ejecutiva y sin que quepa impugnar su reconocimiento si la resolución ha sido debidamente certificada por el juez del Estado de origen⁹³.

La inexistencia de disposiciones sobre el reconocimiento de las decisiones en materia de contacto tiene evidentes desventajas para padres e hijos. Puede hacer que se replantee un litigio en materia de contacto, con las demoras y los gastos que ello implica. Tiene un efecto disuasorio para el juez que está pensando si debe autorizar la reubicación de un niño con el padre o madre que tiene el cuidado principal⁹⁴ o la visita al extranjero con un padre o madre que no tiene la custodia.

3.4.2 El reconocimiento anticipado puede aportar una garantía de cumplimiento de las decisiones de contacto.

- **Es preciso tomar medidas para obtener el reconocimiento anticipado de una decisión en materia de contacto o de custodia en cualquier país al que viaje el niño, ya sea en un contexto de reubicación, con la finalidad de visitar al padre o a la madre que no tiene la custodia o por otro motivo.**
- **El reconocimiento anticipado debería ser posible independientemente del carácter provisional de la decisión y de la presencia del niño en el Estado requerido.**

La necesidad de obtener el reconocimiento anticipado surge sobre todo en aquellos casos en que el niño aún no ha entrado en el Estado requerido, pero lo hará en un futuro próximo. Éste puede ser el caso de un niño que va a pasar un tiempo determinado de visita en otro país o que va a establecerse en el extranjero.

Un sistema de reconocimiento anticipado puede ofrecer la garantía de que las condiciones de contacto fijadas por el tribunal inicialmente competente serán ejecutorias a partir del momento en que el niño llegue a otro país con motivo de una visita o una reubicación.

Cuando sea aplicable el Convenio de 1996, las decisiones de contacto se reconocerán generalmente de pleno derecho en los demás Estados contratantes. Los motivos en los que puede fundarse el rechazo del reconocimiento se limitan a los enumerados en forma exhaustiva en el artículo 23, apartado 2 del Convenio de 1996⁹⁵.

⁸⁹ Luxemburgo, 20 de mayo de 1980.

⁹⁰ UCCJEA, §105(b), 9 U.L.A. 662. En Canadá, la *Custody Jurisdiction and Enforcement Act* permite que los tribunales reconozcan y ejecuten decisiones en materia de custodia y visita procedentes de otras provincias, en todos los casos menos en uno, sin necesidad de reciprocidad.

⁹¹ Véase *supra*, nota 23.

⁹² Véase el Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, *supra* nota 23, art. 21, apartado 1.

⁹³ *Ibidem*, art. 41.

⁹⁴ Véase *infra*, capítulo 8.

⁹⁵ Véase P. Lagarde, "Informe explicativo del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños", disponible en español en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59 [publicado únicamente en francés e inglés en *Actes et documents de la Dix-huitième session, Tome II, Protection des enfants*, La Haya, SDU, 1998, p. 585.

No obstante, se puede solicitar el reconocimiento anticipado en virtud del artículo 24 del Convenio de 1996. Esta opción puede y debe usarse para disipar las dudas que pueda haber en cuanto a la existencia de un motivo de no reconocimiento.

Con el fin de evitar que se dé una situación propensa a la sustracción de un niño, los tribunales que entiendan en casos de reubicación o desplazamiento temporal de un niño al extranjero deben evaluar siempre si las decisiones de contacto en cuestión son susceptibles de reconocimiento y ejecución en ese país. Es posible que se le exija al padre o madre que solicita la reubicación o el permiso de viaje que tome las medidas adecuadas para garantizar el reconocimiento.

Una alternativa al reconocimiento anticipado es la obtención de una decisión “espejo”.

3.4.3 La obtención de una decisión espejo también puede emplearse para garantizar el reconocimiento y la ejecución de los acuerdos en materia de contacto.

En aquellos casos en que existan dudas en cuanto al reconocimiento y la ejecutoriedad de una decisión en materia de contacto en el extranjero y no sea posible el reconocimiento anticipado, por seguridad y para lograr el mismo resultado se puede recurrir a una decisión “espejo” emitida en el país al que vaya a viajar el niño⁹⁶. Las decisiones espejo pueden hacer que aumente la probabilidad de que el padre que tiene la custodia esté preparado para permitir el contacto en el extranjero, evitando de esta manera las medidas de ejecución que de otro modo serían necesarias.

Sería conveniente que el tribunal establezca como condición la obtención de una decisión en el otro país que refleje a modo de “espejo” los términos de la decisión original⁹⁷.

En tales casos, resulta útil la comunicación judicial directa entre los tribunales del país de residencia habitual del niño y los del país en que va a tener lugar el contacto⁹⁸.

⁹⁶ Véase *infra*, capítulo 8.

⁹⁷ Para consultar un ejemplo del uso de una decisión espejo con vistas a garantizar el respeto por parte del padre o la madre “que tiene la custodia” del derecho de visita concedido al padre o la madre “que no tiene la custodia”, véase *Gumbrell contra Jones* [2001] NZFLR 593 (New Zealand Family Court (Papakura), 2001) [Ref. INCADAT: HC/E/NZ 446]. En ese caso, el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra concedió a la madre la custodia de los dos niños, y la autorizó a trasladarse con ellos de manera permanente del Reino Unido a Nueva Zelanda, a reserva de una serie de compromisos pensados principalmente para garantizar el respeto del derecho de visita del padre. La madre también se comprometió a obtener una decisión espejo en Nueva Zelanda que retomara los términos de la decisión inglesa. La madre no obtuvo la decisión espejo en Nueva Zelanda, pero tras solicitarlo el padre, el tribunal neozelandés emitió una decisión en materia de visita en términos que hacían efectiva la decisión inglesa.

⁹⁸ Para más información acerca de las comunicaciones judiciales, véase P. Lortie, “Informe sobre las comunicaciones judiciales en el contexto de la protección internacional de menores”, Doc. Prel. N° 8 de octubre de 2006 para la atención de la Quinta Reunión de la Comisión especial respecto del funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (30 de octubre – 9 de noviembre de 2006) (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

4. COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA ENTRE ESTADOS

4.1 *La necesidad de estructuras permanentes para la cooperación internacional*

- **Para una protección eficaz del derecho a mantener el contacto transfronterizo es necesaria una estructura permanente que permita la cooperación interestatal a nivel administrativo.**

Para asegurar la protección del derecho a mantener el contacto transfronterizo hay que establecer estructuras permanentes que permitan la cooperación interestatal a nivel administrativo y judicial. Los Convenios de La Haya de 1980 y de 1996 ofrecen esas estructuras.

Los Estados no pueden salvaguardar el derecho a mantener el contacto a escala internacional tan sólo mediante la adopción de medidas unilaterales⁹⁹. Para permitir la tramitación de las solicitudes son necesarias estructuras cooperativas que, si han de constituir la base de un orden jurídico entre los países implicados y aportar así previsibilidad y estabilidad a las familias y a los niños, deben establecerse de forma permanente y dentro de un marco internacional convenido.

4.2 *El modelo de las Autoridades Centrales*

- **Las autoridades administrativas que actúan como punto de contacto de la cooperación transfronteriza deben contar con la capacidad jurídica y las facultades que les permitan llevar a cabo sus funciones de manera eficaz.**

Las autoridades administrativas (que en los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 se denominan “Autoridades Centrales”) que actúen como punto de contacto para la cooperación transfronteriza han de quedar claramente establecidas por la ley y deben recibir un mandato, poderes y recursos que les permitan desempeñar sus funciones con eficacia. Deben ser claramente identificables y fácilmente accesibles. Deben estar dotadas de personal adecuado y cualificado, y sus actividades han de tener continuidad.

La larga experiencia acumulada con los Convenios de La Haya ha demostrado el valor del sistema de Autoridades Centrales. Para los solicitantes extranjeros, la Autoridad Central debe actuar como una ventana y una puerta al sistema jurídico del cual forma parte, brindando información al respecto y facilitando el acceso al mismo. Si funciona bien, el sistema de Autoridades Centrales supone una alternativa a la actividad diplomática ad hoc y puede reducir parte de las tensiones internacionales que a veces acompañan a los litigios familiares transfronterizos.

⁹⁹ Con esto no se pretende insinuar que las medidas unilaterales estén desprovistas de importancia y los Estados puedan asegurarse de que cuentan con una legislación que prevé el reconocimiento y la ejecución del derecho a mantener el contacto en su jurisdicción. Por ejemplo, tanto Canadá como los Estados Unidos lo han hecho mediante su legislación nacional sobre ejecución de decisiones en materia de custodia, en particular, *Custody Jurisdiction and Enforcement Act* y *UCCJEA*, respectivamente.

En cambio, la ausencia de un sistema coherente de cooperación administrativa se considera una grave deficiencia en Estados que no son parte de los Convenios de La Haya ni de otros instrumentos que ofrecen estructuras similares¹⁰⁰.

No es preciso decir nada más acerca del establecimiento de una Autoridad Central porque esta cuestión se trata de forma exhaustiva en la Primera Parte de la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 1980 - Práctica de las Autoridades Centrales¹⁰¹. Sin embargo, sí conviene recordar algunas de las funciones específicas que realizan las Autoridades Centrales en el contexto de los litigios relacionados con el contacto transfronterizo.

4.3 Funciones específicas de las Autoridades Centrales en el contexto del contacto transfronterizo en virtud de los Convenios de 1980 y 1996

4.3.1 En el contexto del contacto transfronterizo, la Autoridad Central debería actuar, en la medida de lo posible, como punto de contacto para el intercambio de información entre los Estados acerca de las leyes, los procedimientos aplicables y los servicios disponibles en casos concretos¹⁰².

¹⁰⁰ Las dos Declaraciones de Malta (véase *supra*, nota 45) llaman la atención sobre este asunto. La Primera Declaración, en el apartado 2, dice lo siguiente:

“Autoridades eficaces y que tengan a disposición los recursos necesarios (Autoridades Centrales) deben ser establecidas en cada Estado con la finalidad de cooperar para asegurar una mejor protección de los derechos de contacto transfronterizos y combatir el traslado y la retención ilícita del menor. Dicha cooperación deberá incluir, al menos:

- asistencia para localizar al menor;
- intercambio de la información pertinente para la protección del menor;
- asistencia a los solicitantes extranjeros para acceder a los servicios locales de protección a los menores (incluidos los servicios jurídicos)”.

La Segunda Declaración, en el apartado 2, mantiene la misma tónica:

“Las autoridades administrativas centralizadas (a veces llamadas Autoridades Centrales) que actúan como punto de contacto para la cooperación transfronteriza en la protección del derecho a mantener el contacto y en la lucha contra los traslados ilícitos y la no restitución de los niños deben contar con personal cualificado y con suficientes recursos. Sus actividades han de tener continuidad. Deben estar vinculadas a nivel interno con los servicios de protección de niños, fuerzas policiales y otros servicios de protección, y a nivel externo deben tener la capacidad de cooperar eficazmente con sus homólogos en otros países. Se subraya su papel en la promoción de las soluciones amistosas en controversias transfronterizas relativas a niños”.

La reunión ministerial informal que tuvo lugar en el Palacio de Haga en Suecia el 4 de noviembre de 2005 convino ante todo en:

“– la importancia de establecer Autoridades Centrales para la cooperación internacional a la hora de proteger a los niños a través de las fronteras, entre otras cosas por medio del intercambio de información, la promoción de acuerdos y la provisión de asistencia a solicitantes extranjeros para acceder al sistema jurídico. Estas Autoridades Centrales deberán definirse claramente y tener recursos y personal adecuados.

- la utilidad de la especialización de los jueces, fiscales, abogados, funcionarios encargados de procurar la ejecución y del personal de la Autoridad Central que tenga que ver en casos de sustracción internacional y controversias en torno al derecho de visita transfronterizo.
- contemplar las ventajas, siempre que sea posible, de concentrar la competencia para decidir sobre los casos de sustracción de niños en un número limitado de tribunales o jueces para asegurar el nivel necesario de conocimientos especializados y experiencia.
- dar prioridad a la rápida resolución de los casos de sustracción, y
- procurar facilitar el cumplimiento del derecho de visita, en particular mediante la expedición de visados”.

Véase asimismo el apartado de las Conclusiones y Recomendaciones del seminario judicial sobre el papel de los Convenios de La Haya relativos a la Protección de los Niños en la aplicación práctica del CNUD y la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, que tuvo lugar en La Haya del 3 al 6 de septiembre de 2006 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

¹⁰¹ Guía de Buenas Prácticas, Primera Parte, *op. cit.*, nota 15, capítulo 2.

¹⁰² Véase el Convenio de 1980, art. 7 e) y el Convenio de 1996, art. 30(2).

- 4.3.2 La Autoridad Central debería funcionar asimismo como centro transmisor de información acerca del progreso de casos concretos¹⁰³.**
- 4.3.3 La Autoridad Central debería ser el punto de acceso centralizado para la prestación de ciertos servicios a fin de contribuir a hacer efectivo el derecho a mantener el contacto mediante la adopción de las medidas adecuadas para:**
- **ayudar a localizar a un niño¹⁰⁴;**
 - **prevenir que el niño sufra mayores daños a través de medidas provisionales¹⁰⁵;**
 - **facilitar una solución amistosa¹⁰⁶;**
 - **intercambiar información relativa a la situación social del niño¹⁰⁷;**
 - **eliminar los obstáculos que puedan oponerse al funcionamiento del Convenio¹⁰⁸.**
- 4.3.4 La Autoridad Central debería responder a las solicitudes de ayuda remitidas por otras Autoridades Centrales o autoridades competentes para el cumplimiento del derecho de visita o de decisiones relacionadas con el derecho de visita¹⁰⁹.**
- 4.3.5 La Autoridad Central también puede ser requerida a rendir un informe con respecto a un niño que sea objeto de un litigio en materia de contacto¹¹⁰.**
- 4.3.6 La Autoridad Central debería funcionar como punto de contacto para eliminar los obstáculos que se opongan al ejercicio del derecho a mantener el contacto¹¹¹.**
- 4.3.7 La Autoridad Central debería funcionar asimismo como punto de contacto para colaborar en la implementación de las decisiones adoptadas en materia de derecho a mantener el contacto¹¹².**

Se reconoce que algunas Autoridades Centrales carecen de autoridad suficiente para emprender algunas de estas medidas y no pueden por ejemplo adoptar medidas provisionales o prestar sus servicios para lograr una solución amistosa. En tales ocasiones, la Autoridad Central debe estar en situación de ofrecer ayuda al solicitante para que éste pueda por ejemplo tener acceso a un asesoramiento jurídico de tipo privado o a los servicios de mediación.

La larga lista de funciones que puede desempeñar una Autoridad Central para respaldar el derecho a mantener el contacto procede de los Convenios de 1980 y 1996, que coinciden en algunos aspectos y se complementan en otros. El amplio abanico de servicios aquí enumerados puede dar la impresión de que los solicitantes extranjeros reciben la atención necesaria, en particular en virtud del Convenio de 1980. Sin embargo, la realidad es distinta y sigue vigente a grandes rasgos la situación descrita en el Informe Final de 2002:

¹⁰³ Véase el Convenio de 1980, art. 7 *i*).

¹⁰⁴ Véase el Convenio de 1980, art. 7 *a*) y el Convenio de 1996, art. 31 *e*).

¹⁰⁵ Véase el Convenio de 1980, art. 7 *b*).

¹⁰⁶ Véase el Convenio de 1980, art. 7 *c*) y el Convenio de 1996, art. 31 *b*).

¹⁰⁷ Véase el Convenio de 1980, art. 7 *d*) y el Convenio de 1996, art. 34(1).

¹⁰⁸ Véase el Convenio de 1980, art. 7 *i*).

¹⁰⁹ Véase el Convenio de 1996, art. 35(1). Véase asimismo el art. 32.

¹¹⁰ En virtud del Convenio de 1996, la Autoridad Central de un Estado en que el niño tenga su residencia habitual, puede, previa petición motivada, proporcionar un informe sobre la situación del niño.

¹¹¹ Véase el Convenio de 1980, art. 21. Véase también *infra*, apartado 5.4.1.

¹¹² Véase el Convenio de 1996, art. 35(1).

“20. Como lo señala [el] Informe Pérez-Vera, la manera precisa en que las Autoridades centrales bajo el artículo 21 (a excepción de retirar los obstáculos [en la medida de lo posible]), deben [...] garantizar el ejercicio del derecho de visita, “se deja a la cooperación entre las Autoridades centrales”. Las medidas específicas que las Autoridades centrales deberán tomar “dependerán de las circunstancias del caso y de la capacidad de acción reconocida a cada Autoridad central”¹¹³. Los requisitos de cooperación están profusamente definidos y dejan mucho espacio a discreción de las Autoridades centrales, cuyos poderes están frecuentemente limitados bajo sus propias leyes nacionales. Las respuestas del Cuestionario confirman que es un área de gran variedad en los procedimientos. Las Autoridades centrales se plantean también el problema de los recursos. Aunque los casos de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo son menos numerosos que los casos de [sustracción], los recursos que requieren las Autoridades centrales para manejarlos pueden ser muy grandes, si se tiene en cuenta también que la disputa puede prolongarse por falta de acuerdo entre los padres.

21. Respecto al suministro de otros apoyos, el panorama es de nuevo muy variado. Generalmente, la mayoría de las Autoridades están dispuesta[s] a proveer información al solicitante, a pesar de lo detallada que puede ser. Por ejemplo, Manitoba, Canadá, ofrece un folleto público y gratuito de información que describe todos los aspectos de los servicios disponibles de derecho de familia¹¹⁴. La mayoría de las Autoridades centrales usan sitios web para suministrar información relevante¹¹⁵. Algunos países ofrecen apoyo a los servicios sociales de bienestar para la juventud o la niñez como herramienta práctica para ayudar a organizar el derecho de visita, por ejemplo cuando se requiere la supervisión del derecho de visita o se necesitan medidas para acostumar al menor al derecho de visita después de un periodo largo de separación. Algunas Autoridades centrales piden ayuda a los servicios sociales internacionales. En Estados Unidos, en algunos estados, hay centros de visita supervisada para casos que presentan violencia doméstica. El compromiso de las Autoridades centrales para arreglar o financiar servicios de apoyo es limitado. Un ejemplo excepcional es Australia¹¹⁶ donde la Autoridad central tiene organizado y financiado, para ciertos casos difíciles, el derecho de visita bajo supervisión; organizado y financiado el derecho al acceso telefónico y designado al menor un buzón de correo, cuya dirección no puede ser divulgada. Este no es ni mucho menos un panorama comprehensivo, pero al menos ilustra la [variedad] natural en la información y en los servicios que hay disponibles para los solicitantes extranjeros”.

Dada la flexibilidad del Convenio de 1980, las diversas interpretaciones, sobre todo del artículo 21, y la variada gama de servicios ofrecidos actualmente por las diferentes

¹¹³ Véase E. Pérez-Vera, *op. cit.*, nota 3, apartado 127.

¹¹⁴ *Family Law in Manitoba* (2002). Acaba de publicarse una versión actualizada de este folleto informativo gratuito: *Family Law in Manitoba* (2008).

¹¹⁵ El sitio web de la Conferencia de La Haya ofrece enlaces a los sitios web de la mayoría de las Autoridades Centrales designadas en virtud del Convenio de 1980 en < www.hcch.net > dentro del apartado “Sección Sustracción de Niños” y “Enlaces a sitios web relacionados”.

¹¹⁶ De las fuentes consultadas sobre el enfoque de Australia del art. 21 cabe destacar: J. Degeling, “Access Provisions and the Hague Convention. An Australian Viewpoint”, un artículo presentado en la Conferencia sobre Sustracción Internacional de Niños celebrada en Edimburgo (Escocia) el 18 de junio de 2002, organizada por la *Law Society of Scotland* y el poder ejecutivo escocés; M. Green, “Hague Convention Access Applications Regarding Children Resident in Australia”, un artículo preparado para la Conferencia Bienal de 1999 para las Autoridades Centrales estatales y de la Mancomunidad de Naciones, 27–28 de octubre de 1999; y del mismo autor, “The Role of Australian Central Authorities in Hague Access Applications. An Update”, 2001 Conferencia Bienal para las Autoridades Centrales estatales y de la Mancomunidad de Naciones, 6–7 de diciembre de 2001.

Autoridades Centrales en los casos de contacto¹¹⁷, resulta difícil prescribir buenas prácticas de otra manera que llamando la atención sobre las actitudes más proactivas que tienen algunas Autoridades Centrales en cuanto a la prestación de servicios. El siguiente principio general sugiere que las Autoridades Centrales asuman un papel proactivo.

4.4 Actitud proactiva de la Autoridad Central con respecto a la prestación de servicios

- 4.4.1 El papel de la Autoridad Central consiste en contribuir a eliminar los obstáculos que coartan el derecho a mantener el contacto, facilitando información y asesoramiento, ayudando a promover un acceso efectivo a los procedimientos locales y prestando servicios específicos.**
- 4.4.2 Todas las Autoridades Centrales deberían adoptar, en la medida de lo posible, un enfoque progresista en cuanto a sus responsabilidades en este ámbito.**
- 4.4.3 Al momento de asignar recursos a las Autoridades Centrales, los Estados contratantes deberían tener en cuenta la obligación positiva (obligación de hacer) que tienen de brindar un marco que respalde el derecho a mantener el contacto.**

Los solicitantes que intentan hacer que se respete su derecho a mantener el contacto en el extranjero se encuentran con enormes obstáculos debido a su desconocimiento del sistema jurídico y la cultura en cuestión y debido también a las diferencias de idioma. A veces existen obstáculos más específicos. Por ejemplo, el padre o la madre titular del derecho a mantener el contacto puede experimentar dificultades para cumplir los requisitos de visado o puede que haya un procedimiento penal pendiente contra él o ella en el país en que va a ejercerse el derecho a mantener el contacto¹¹⁸. Estos problemas son frecuentes en situaciones posteriores a la sustracción. Cuando se haya dictado la restitución de un niño en virtud del Convenio de 1980, el padre o madre sustractor(a) (que en la mayoría de los casos tiene el cuidado principal) se verá a menudo obligado a acceder a los tribunales del país al que sea restituido el niño para obtener una decisión a largo plazo en cuanto a las cuestiones del derecho de custodia y el derecho a mantener el contacto (e incluso la cuestión de la reubicación). Ese padre o madre querrá asimismo tener contacto con el niño en caso de no conservar la custodia.

Las Autoridades Centrales pueden, y algunas de hecho lo hacen, brindar ayuda a los titulares del derecho a mantener el contacto en circunstancias de este tipo. Por ejemplo,

¹¹⁷ Por ejemplo, en Inglaterra y Gales el contacto es una cuestión de la que se ocupa su legislación nacional, la *Children Act 1989*, y no el Convenio, por lo que algunas de las funciones adscritas a las Autoridades Centrales las desempeñan en este caso el sistema de justicia de familia y el servicio nacional para la protección y la promoción del bienestar de los niños, CAF/CASS.

¹¹⁸ A veces pueden surgir problemas cuando hay un procedimiento penal en curso contra el padre responsable de la sustracción del niño a otro país. De acuerdo a las respuestas al Cuestionario de 2006, la opinión general era que los procedimientos penales suelen tener un efecto negativo a pesar de ser disuasorios, véase el Informe sobre la Quinta reunión de la Comisión Especial de octubre-noviembre de 2006, *op. cit.*, nota 59, p. 56. El hecho de que haya un procedimiento penal en curso en el país en que residía el niño antes de la sustracción puede hacer que, en el peor de los casos, el tribunal rechace la solicitud de restitución del niño. Esto es más probable cuando el padre o la madre sustractor(a) tiene el cuidado principal y la decisión conlleva la separación de la persona que tiene el cuidado principal del niño, ya que el padre o la madre se ve obligado a elegir entre no volver con el niño o volver y entonces ser encarcelado, y la separación –debido a la edad del niño u a otras circunstancias– constituye un peligro grave físico o psíquico en el sentido del art. 13 b) del Convenio de 1980. Este problema se ha resuelto en ocasiones suspendiendo la ejecución de la decisión de restitución hasta la retirada de los cargos existentes contra el padre o la madre sustractor(a). En realidad, puede ser que los mecanismos penales resulten necesarios en algunos Estados a fin de obtener la ayuda de las autoridades policiales para localizar al niño. Una vez instituidos los cargos, puede ser que la retirada de los mismos no sea facultad del padre o de la madre o de la Autoridad Central.

ayudan al padre o la madre a cursar una solicitud para obtener los visados necesarios o a garantizar que los procedimientos civiles en curso no frustren el ejercicio de su derecho a mantener el contacto. Asimismo, pueden contactarlos o brindarles información acerca de los recursos estatales o comunitarios adecuados que puedan serles de ayuda.

4.5 Medidas apropiadas para iniciar o facilitar la apertura de procedimientos

4.5.1 La Autoridad Central es responsable en virtud del Convenio de 1980 de adoptar todas las medidas apropiadas que faciliten o permitan la iniciación de un procedimiento judicial o administrativo, ya sea directamente o a través de cualquier intermediario.

En virtud del artículo 7 f) del Convenio de 1980, la Autoridad Central deberá adoptar, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan “incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita.”

La obligación se repite, pero con un lenguaje menos imperativo, en el artículo 21, que utiliza las siguientes palabras: “podrán incoar”. En la práctica, éste es otro ámbito en que las Autoridades Centrales difieren en gran medida en cuanto a las acciones que pueden emprender. En el capítulo 5 se tratará más detenidamente el principio general del acceso efectivo a un organismo judicial o administrativo con el objeto de obtener una decisión en materia de derecho de visita. Aquí se trata únicamente el papel de la Autoridad Central a la hora de incoar o facilitar la apertura de un procedimiento.

Algunos Estados contratantes del Convenio de 1980 han conferido a sus Autoridades Centrales el poder de incoar un procedimiento de contacto en nombre de un solicitante extranjero (por ejemplo, Australia, Nueva Zelanda y los Países Bajos). Otras se limitan a ofrecer ayuda para tramitar la provisión de representación jurídica (como es el caso en Inglaterra y Gales¹¹⁹, los Estados Unidos de América, la mayoría de las provincias canadienses e Israel). Los poderes de algunas Autoridades Centrales se sitúan en un punto intermedio (por ejemplo, en Alemania¹²⁰).

Se ha sugerido como buena práctica que todas las Autoridades Centrales asuman la responsabilidad de la apertura de procedimientos, cuando sea pertinente, bien directamente o a través de un intermediario autorizado¹²¹. Sin embargo, aunque esto sería de gran ayuda para los solicitantes extranjeros, puede resultar poco sensato insistir en que todos los Estados adopten el mismo modelo para asegurar el acceso efectivo a la justicia. Lo mismo puede decirse de los procedimientos destinados a asegurar la restitución de un niño después de una sustracción o retención ilícita, respecto de los que algunos Estados otorgan a las Autoridades Centrales la responsabilidad de actuar en nombre de los solicitantes¹²², mientras que otros prefieren otros métodos, como en algunos casos la provisión de asistencia jurídica gratuita¹²³ como forma de ofrecer a los solicitantes extranjeros la ayuda que necesitan.

¹¹⁹ Véase en particular *Re T and others (Minors) (Hague Convention: Access)* [1993] 2 FLR 617 [Ref. INCADAT: HC/E/UKe 111].

¹²⁰ Cuando la Autoridad Central, una vez obtenida la autorización firmada del solicitante extranjero y si éste tuviera derecho a asistencia jurídica, puede elaborar una solicitud y enviarla junto a la solicitud de asistencia jurídica así como a la solicitud de abogado para el solicitante en virtud del programa de asistencia jurídica.

¹²¹ Véase N. Lowe y K. Horosova, *op. cit.*, nota 25, apartado 3.5.

¹²² Por ejemplo, los Países Bajos y Australia.

¹²³ Por ejemplo, el Reino Unido e Irlanda.

4.6 Casos de contacto transfronterizo en que las Autoridades Centrales deben ofrecer sus servicios

- 4.6.1** La Autoridad Central debería ofrecer sus servicios en aquellas circunstancias en que el derecho a mantener el contacto transfronterizo entre padres e hijos sea objeto de litigio. Esto comprende los casos en que un padre o una madre extranjero(a) intenta conseguir una decisión en materia de contacto, así como los casos en que la solicitud sirve para hacer efectiva una decisión existente en materia de contacto emitida en el extranjero.
- 4.6.2** En el contexto de una sustracción real o presunta sustracción, esto comprende los casos en que un solicitante pide una decisión en materia de contacto provisional mientras espera una decisión sobre la restitución del niño, así como los casos en los que se busca establecer acuerdos de contacto (por ejemplo, por parte del padre o madre sustractor(a)) en el país al que ha sido restituido el niño o, si se ha rechazado la restitución, en el país al que se ha llevado al niño.

Algunos tribunales consideran que el artículo 21 del Convenio de La Haya de 1980 se aplica únicamente al derecho a mantener el contacto establecido y que no es aplicable cuando se solicita por primera vez a un tribunal que determine el derecho a mantener el contacto. Esta visión limitada del alcance del artículo 21 no resulta aceptable a la luz del objetivo primordial, que es hacer efectivo el derecho del niño a mantener el contacto con ambos padres. La obligación de respetar el derecho del niño existe tanto si un tribunal ya ha emitido una decisión en materia de contacto como en caso contrario¹²⁴. De un modo similar, en algunos países se estima que el artículo 21 no abarca las solicitudes de contacto provisionales cursadas en espera de una decisión sobre la restitución. Esto entra también en conflicto con el principio subyacente, según el cual el derecho a mantener el contacto debe mantenerse en todo los casos siempre y cuando el niño no corra peligro. Además, si no consigue restablecerse el contacto con el padre o la madre privado del niño durante el transcurso de lo que a veces puede ser un largo procedimiento de restitución, existe el riesgo de perjudicar al niño aún más y alienarlo del padre o de la madre privado del niño.

Con frecuencia, las decisiones en materia de contacto se emiten en el contexto de una decisión de no restitución del niño. Sin embargo, un padre o una madre “sustractor(a)” puede encontrarse con problemas y dificultades especiales al intentar establecer un régimen de contacto después de la restitución del niño. En estas circunstancias, el solicitante del derecho a mantener el contacto puede ser a veces el padre o la madre que tiene el cuidado principal y la pérdida de contacto puede resultar especialmente perjudicial para el niño. Es importante que las Autoridades Centrales del país al que ha sido restituido el niño no rebajen su nivel de compromiso o servicio por el hecho de que el padre o la madre que intenta obtener el derecho a mantener el contacto sea un padre o madre “sustractor(a)”.

Se ha sugerido que algunas disposiciones del Convenio de 1980 impiden una interpretación tan amplia del ámbito de aplicación de los casos de contacto en los que debe prestar sus servicios la Autoridad Central. En particular, la referencia en el artículo 4 a la “infracción” de los derechos de visita y las referencias en el artículo 1 b) a los derechos de visita “vigentes en uno de los Estados contratantes” se han utilizado para sugerir que los servicios en virtud del Convenio (así como otros procedimientos en virtud del Convenio) solamente deben estar disponibles en caso de infracción de una decisión de en materia de contacto dictada en otro Estado. Esto supone una interpretación del artículo 4 que va mucho más allá de su objetivo principal, que es definir el ámbito de aplicación *ratione personae* del Convenio. En cuanto al

¹²⁴ Según el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el derecho a la vida familiar que protege el art. 8 abarca el derecho a mantener un contacto, incluso en aquellos casos en que no exista una orden judicial. Véase *supra*, nota 37.

artículo 1 a), una vez que se reconoce que en gran medida los derechos de visita surgen por atribución de pleno derecho y que en muchos países tienen fundamentos constitucionales, la interpretación restrictiva parece inapropiada. Debe recordarse que la primera solicitud dirigida a un tribunal para que “dicte” una decisión en materia de contacto normalmente se fundamentará en que existe un derecho a mantener el contacto (del que disponen el padre o la madre y el hijo) que merece protección.

4.7 Información detallada con respecto a los servicios prestados

4.7.1 Las Autoridades Centrales deberían publicar información detallada sobre los servicios que prestan o los que están en condiciones de facilitar en el contexto de los casos de contacto transfronterizo. Esta información debe publicarse en sitios web o a través de otros medios de fácil acceso y en la medida de lo posible en idiomas que pueda entender un público amplio.

Dada la gran disparidad que existe entre los servicios ofrecidos por las distintas Autoridades Centrales, es sumamente importante que los padres reciban información precisa sobre la asistencia que pueden esperar de la Autoridad Central de un país dado.

La Comisión Especial reunida en noviembre de 2006 reconoce la importancia de contar con información sobre las leyes y los procedimientos nacionales fácilmente disponibles para todos los Estados y da su apoyo al desarrollo de perfiles de país para cumplir con este objetivo¹²⁵. En el momento de la publicación del presente documento, se está trabajando en la elaboración de estos perfiles.

4.8 Un procedimiento rápido, eficaz y transparente

4.8.1 Los procedimientos adoptados por las Autoridades Centrales en relación con las solicitudes efectuadas en virtud del artículo 21 del Convenio de 1980 deberían ser rápidos, eficaces y transparentes, y atenerse a los procedimientos fijados en la *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Primera Parte – Práctica de las Autoridades Centrales*, capítulo 5.

La Guía de Buenas Prácticas, Primera Parte – Práctica de las Autoridades Centrales fija con cierto detalle los procedimientos que deben seguirse en relación con las solicitudes efectuadas en virtud del artículo 21. Para mayor comodidad, se han incluido en el anexo¹²⁶.

¹²⁵ Véase “Conclusiones y recomendaciones de la Quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y la implementación práctica del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (30 de octubre-9 de noviembre de 2006)”, adoptado por la Comisión especial en noviembre de 2006, apartado 1.1.11 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

¹²⁶ En cuanto a la celeridad cabe señalar que existe una diferencia entre la celeridad con que se puede resolver una solicitud de restitución y una de contacto, y que no se aplican necesariamente los mismos plazos. Véase el apartado 5.2 para profundizar en esta cuestión.

5. LA TRAMITACIÓN DE SOLICITUDES INTERNACIONALES EN MATERIA DE CONTACTO POR PARTE DE TRIBUNALES U OTRAS AUTORIDADES

Hay interpretaciones muy dispares de las obligaciones que se derivan del artículo 21 del Convenio de 1980 en relación con la tramitación de solicitudes relativas al ejercicio del derecho a mantener el contacto transfronterizo. Estas disparidades se han descrito en el Informe Final de 2002¹²⁷. Por un lado, se encuentran los Estados contratantes que consideran que el artículo 21 tan sólo obliga a las Autoridades Centrales a proporcionar una asistencia mínima para acceder al sistema jurídico, por ejemplo, ayudando al solicitante a encontrar un abogado¹²⁸. Por lo general, en estos sistemas no se considera que el artículo 21 establezca una forma clara de procedimiento, ni que plantee requisitos procesales especiales o privilegios especiales con respecto a la asistencia jurídica. El solicitante tiene a su disposición los procedimientos normales que están disponibles en casos puramente nacionales¹²⁹ y puede o no tener derecho a obtener alguna forma de asistencia jurídica¹³⁰. Por el otro, se encuentran los Estados que consideran que el artículo 21 establece una obligación mucho más amplia de ofrecer ayuda al solicitante en un caso transfronterizo para acceder al sistema jurídico. En algunos de estos Estados, la Autoridad Central puede ser responsable de incoar un procedimiento judicial en nombre del solicitante¹³¹, el procedimiento también puede diferir en algunos sentidos del que se aplica a los casos nacionales y a veces se toman disposiciones especiales con respecto a la asistencia jurídica. En un punto medio se encuentran las jurisdicciones que, como Escocia, consideran que el artículo 21 prevé un procedimiento agilizado, pero sólo en casos de urgencia¹³².

Al garantizar la rapidez y la eficacia de la tramitación de las solicitudes internacionales en materia de contacto, se crea un estímulo para que los padres utilicen estos procedimientos en lugar de emprender acciones unilaterales o incoar una solicitud de restitución en virtud del Convenio de 1980 cuando lo que persiguen es en realidad garantizar el mantenimiento de un contacto con el niño.

Puede resultar útil sugerir algunos principios generales que deberían tenerse en cuenta al procesar solicitudes en materia de contacto transfronterizo, ya sea en virtud del procedimiento del artículo 21 o en virtud de procedimientos nacionales.

5.1 Acceso efectivo a los procedimientos

5.1.1 Las personas que intenten establecer o ejercer su derecho a mantener el contacto transfronterizo deberían disponer de un acceso efectivo a los procedimientos previstos a tal fin.

¹²⁷ *Op. cit.*, nota 10, especialmente los apartados 22–31.

¹²⁸ Por ejemplo, Inglaterra y Gales, *Re G (A Minor) (Enforcement of Access Abroad)* [1993] Fam. 216 [Ref. INCADAT: HC/E/UKe 110]. Sin embargo, este enfoque limitado podría revisarse en un caso futuro, según las observaciones de L.J. Thorpe en *Hunter contra Morrow* [2005] 2 FLR 1119 [Ref. INCADAT: HC/E/UKe 809]. La misma opinión ha sido sostenida por Baroness Hale en *Re D (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] 1 All ER 783 [Ref. INCADAT: HC/E/UKe 880].

¹²⁹ Por ejemplo los Estados Unidos de América, donde el planteamiento ha hecho que los Tribunales Federales se declararan incompetentes. Véase *Bromley contra Bromley* 30 F.Supp. 2d 857 (E.D. Pa. 1998) [Ref. INCADAT: HC/E/USf 223]. *Teijeiro Fernandez contra Yeager* 121 F.Supp. 2d 1118 (W.D. Mich. 2000).

¹³⁰ Conviene señalar que ésta es la mayor dificultad que plantea este enfoque. Aunque por lo general los solicitantes pueden recurrir a los procedimientos nacionales, la falta de financiación pública o de un abogado especialista que aparece en una lista puede tener graves consecuencias para un solicitante extranjero en un asunto de contacto, en comparación con aquel que solicita una decisión de restitución.

¹³¹ Por ejemplo, Australia y Nueva Zelanda.

¹³² Véase *Donofrio contra Burrell* 2000 SLT 1051, 2000 SCLR 465, 1999 Fam. LR. 141 [Ref. INCADAT: HC/E/UKs 349]. Véase asimismo el Informe Final de 2002, *op. cit.*, nota 10, apartado 27.

5.1.2 En caso de que el solicitante sea extranjero, el acceso efectivo a los procedimientos implica lo siguiente:

- **la disponibilidad de asesoramiento e información adecuados, teniendo en cuenta las dificultades particulares que conlleva la falta de familiaridad con el idioma o con el sistema jurídico;**
- **proporcionar la asistencia adecuada para incoar los procedimientos;**
- **la falta de recursos suficientes no debería ser un obstáculo;**
- **que exista la posibilidad de plantear cuestiones en materia de contacto siempre que sea oportuno.**

El papel que han de desempeñar las Autoridades Centrales –a la hora de ofrecer información y asesoramiento, tramitar las solicitudes y facilitar la apertura del procedimiento judicial– se aborda en el capítulo 1 y en el anexo.

En los Estados que prevén asistencia y asesoramiento jurídico gratuito para los casos nacionales de contacto¹³³, es preciso evitar la discriminación frente a los solicitantes extranjeros. Las dificultades especiales con las que se enfrentan estos solicitantes han de contemplarse en la administración de estos programas y las Autoridades Centrales deben ayudar a los solicitantes a acceder a ellos. Los Estados que no ofrezcan asistencia ni asesoramiento jurídico gratuito deben contar con otros mecanismos que faciliten el acceso a los procedimientos, por ejemplo programas de representación gratuita¹³⁴, la participación activa de la Autoridad Central en el procedimiento¹³⁵ o procedimientos simplificados.

Cuando un padre o una madre haya cursado una solicitud de restitución a raíz de una sustracción, es importante que pueda obtener decisiones provisionales en materia de contacto. Resulta interesante que en el artículo 38, apartado 2 de la Ley Procesal Alemana de Derecho de Familia¹³⁶ Internacional se establezca que, en los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de 1980, el tribunal debe estudiar en cada fase del procedimiento si es posible garantizar el derecho de visita personal.

El ejercicio del derecho a mantener el contacto por parte del padre o la madre que se ve privado del niño, que en los casos de sustracción suele darse tras una larga interrupción del contacto, puede hacer que disminuya la tensión en el procedimiento y puede asimismo favorecer que las partes lleguen a una solución amistosa, siempre que el contacto se establezca con prudencia.

¹³³ Véase el Informe Final, *op. cit.*, nota 10, apartado 35, donde también se señala que, a diferencia de lo que ocurre con las personas que solicitan la restitución de un niño, los países que ofrecen ayuda jurídica gratuita suelen realizar una investigación sobre los recursos económicos de los solicitantes en los casos de derecho a mantener el contacto.

¹³⁴ Véanse, por ejemplo, las prácticas en los Estados Unidos de América. De todos modos, identificar abogados privados dispuestos a prestar su ayuda puede ser una tarea difícil y lenta, sobre todo en los casos que implican la modificación de las condiciones de contacto. *Ibidem*, apartado 36.

¹³⁵ Véase *supra* el punto 4.5.

¹³⁶ *Internationales Familienrechtsverfahrensgesetz – IntFamRVG*.

5.2 Celeridad

- 5.2.1** Las autoridades han de actuar con la debida celeridad en la tramitación de las solicitudes por las que se pretende lograr el establecimiento, la ejecución o la modificación de decisiones en materia de contacto. La celeridad resulta especialmente importante en aquellos casos en que el contacto con el padre o madre se encuentra interrumpido. La demora en el reestablecimiento de la relación interrumpida entre padre o madre e hijo puede tener graves consecuencias para el niño. Además, cuanto más largo sea el periodo de interrupción, más difícil será restablecer el contacto sin medidas especiales para ayudar a la reintegración.
- 5.2.2** La necesidad de actuar con la debida celeridad rige todas las fases de los procedimientos administrativos y judiciales, en particular, la localización del niño, si es necesaria, la tramitación de solicitudes a través de la Autoridad Central, los esfuerzos por llegar a una solución o a un acuerdo amistoso, la tramitación de las solicitudes de asistencia jurídica, el establecimiento de fechas para las audiencias, incluidas las audiencias en apelación, así como los procedimientos de ejecución.
- 5.2.3** Los procedimientos expeditos deberían estar disponibles siempre que, teniendo en cuenta el carácter internacional de un determinado caso, una demora pueda perjudicar gravemente la posibilidad de que tenga lugar el contacto.

Las consecuencias adversas que puede tener para un niño el retraso indebido por parte de las autoridades estatales en la tramitación de las solicitudes de contacto son potencialmente tan graves que en algunos sistemas pueden constituir una violación de los derechos fundamentales de las personas implicadas y de la familia. El Informe Final de 2002¹³⁷, hacía referencia a la jurisprudencia en curso de elaboración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

“Es importante resaltar que [el Tribunal Europeo] de derechos humanos se ha suscrito a la visión de que los casos de custodia generalmente deben ser manejados con rapidez¹³⁸. Algunos retrasos pueden ser tolerados con tal de que la duración total de los procedimientos no sea considerablemente excesiva¹³⁹. El artículo 6, parágrafo 1 del Convenio europeo de derechos humanos, que otorga derechos a todos, para determinar “los litigios sobre sus derechos [...] de carácter civil”, una audiencia “dentro de un plazo razonable”, por parte de un tribunal establecido por la ley, ha sido usado como fundamento para condenar retrasos en los procesos nacionales de derecho de visita. Si la duración que toman los procesos es razonable, se considera a la luz de numerosos criterios, en particular, la complejidad del caso, el conducto del solicitante y el de las Autoridades relevantes. Es interesante anotar que, los tribunales han expresado que las exigencias del artículo 6, parágrafo 1 del Convenio europeo aplican a la totalidad de los procedimientos incluidos el periodo de aplicación y que la responsabilidad para garantizar acatamiento a las exigencias del artículo 6, parágrafo 1, [corresponde] finalmente a los tribunales¹⁴⁰.”

¹³⁷ *Op. cit.*, nota 10, apartado 106.

¹³⁸ Véase *Hokkanen contra Finlandia*, sentencia de 23 de septiembre de 1994, Serie A N° 299-A.

¹³⁹ Véase *Pretto y Otros contra Italia*, sentencia de 8 de diciembre de 1983, Serie A N° 71.

¹⁴⁰ Véase *Nuutinen contra Finlandia*, sentencia de 27 de junio de 2000.

Esta jurisprudencia se ha visto respaldada por decisiones ulteriores que dejan en claro que ciertas maniobras dilatorias clásicas de las autoridades, como por ejemplo solicitar información de manera excesiva, no resultan aceptables y que ni siquiera la falta de cooperación por parte del padre o la madre que tiene la custodia exime a las autoridades de la responsabilidad de tomar todas las medidas susceptibles de restaurar los lazos familiares¹⁴¹.

Si bien el requisito del artículo 11 del Convenio de 1980 que establece que las autoridades actuarán “con urgencia” sólo se aplica a los procedimientos judiciales para la restitución de los niños, el requisito del artículo 2 del Convenio de 1980, por el que se exige que los Estados recurran “a los procedimientos de urgencia de que dispongan” se aplica, asimismo, para garantizar que el derecho de visita en virtud de la ley de un Estado contratante se respete efectivamente en otros Estados contratantes. Quedan sin embargo algunas dudas acerca de los efectos de esta disposición, en particular en aquellos Estados que no consideran que el artículo 21 establezca un procedimiento independiente y en los que las solicitudes en materia de derecho a mantener el contacto transfronterizo son tramitadas a través de los procedimientos nacionales habituales. Se ha sugerido que la urgencia, por cuanto se refiere a las solicitudes de visita, debe entenderse como un periodo de entre tres y seis meses¹⁴².

Los análisis estadísticos de las solicitudes cursadas en virtud del Convenio de 1980¹⁴³ demuestran claramente que las solicitudes de visita tardan mucho más en resolverse que las de restitución. En 2003, el 18% de las solicitudes de restitución interpuestas ante los tribunales se resolvieron en menos de seis semanas, mientras que en el caso de las solicitudes de visita fue tan sólo del 4%. La mayoría de las solicitudes de visita en virtud del Convenio de 1980 tardaron en resolverse más de seis meses¹⁴⁴. Cabe añadir que en algunos Estados los recursos son una causa adicional de retraso.

Hay importantes diferencias de fondo entre una solicitud de “restitución” y una solicitud cuyo fin es establecer o modificar el derecho a mantener el contacto. Una audiencia de restitución no es una audiencia sobre la cuestión de fondo del derecho de custodia y no debe implicar una investigación minuciosa del interés superior del niño. Sin embargo, cuando un tribunal estudia una solicitud de contacto, incluso en un contexto internacional, suele aplicarse el principio del “interés superior”. Hay quienes ven en esto una justificación más para canalizar las solicitudes de contacto transfronterizo mediante procedimientos internos y aplicarles los mismos requisitos procesales, incluidos los que determinan la celeridad con que se tramitan las solicitudes.

No obstante, en principio pueden existir razones de peso para tratar un caso internacional con aún mayor celeridad en circunstancias especiales¹⁴⁵. Debido a las distancias y a los gastos adicionales que puede conllevar el ejercicio del derecho a mantener el contacto transfronterizo, la ausencia de una forma rápida de recurrir a los tribunales puede suponer a veces una grave injusticia y gastos elevados para el padre o la madre titular del derecho a mantener el contacto. Cabe citar el ejemplo del padre o la madre que, contando con un acuerdo o una decisión existente en materia de contacto, recorre una distancia considerable de un país a otro para visitar a su hijo de corta edad y cuando llega, el padre o la madre que tiene la custodia le informa que el niño no está disponible por alguna razón. Es posible que pasen meses o incluso un año hasta que pueda tener lugar otra visita, por lo que la situación reviste una urgencia considerable. De ahí que el requisito general de celeridad, que se aplica en todos los casos (nacionales e internacionales) en los que se ha interrumpido la relación entre padres e hijos, tenga que ampliarse mediante el principio especial descrito en el apartado 5.2.3.

¹⁴¹ *Reigado Ramos contra Portugal*, 22 de noviembre de 2005, Solicitud N° 73229/01.

¹⁴² Véase N.Lowe y K. Horosova, *op. cit.*, nota 25, apartado 5.4.1.

¹⁴³ N. Lowe, E. Atkinson, K. Horosova, S. Patterson, *op. cit.*, nota 44.

¹⁴⁴ Un 66% de los casos se resolvió por vía judicial y un 71% fue objeto de un acuerdo amigable.

¹⁴⁵ Con esto no quiere decirse que los casos de contacto internacional siempre deban gozar de prioridad frente a los nacionales, sino que en ocasiones se dan casos especiales en los que el derecho a mantener el contacto puede verse gravemente amenazado.

5.3 Concentración de competencia

- **Conviene estudiar las ventajas de una concentración de competencia en los casos de contacto transfronterizo, o en determinadas categorías de los mismos, en un número limitado de tribunales o jueces. En países en los que la competencia ya se ha concentrado de este modo para los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de 1980, debería estudiarse la posibilidad de aplicar el mismo sistema a los casos de contacto transfronterizo.**
- **En aquellas ocasiones en que la concentración de competencia resulte imposible o inadecuada, habrán de contemplarse otras medidas para garantizar que los jueces que cuentan con la especialización necesaria se ocupen de los casos internacionales de contacto.**

Se han realizado numerosas encuestas sobre las ventajas de concentrar la competencia en casos de sustracción¹⁴⁶, y esta concentración se ha producido en varias jurisdicciones¹⁴⁷. Como consecuencia de la concentración, los jueces han desarrollado conocimientos especializados y experiencia y a veces también se ha dado una concentración paralela de conocimientos en los profesionales del derecho. La especialización conlleva un incremento en la pericia que supone a su vez una mejor aplicación de los Convenios, con los consecuentes beneficios para los niños. Sin embargo, se reconoce que los casos de contacto no son únicos, como pueden serlo los casos de “restitución”. Los principios generales aplicados no son, como en los casos de restitución, *sui generis*, sino que son los principios generales con los que estarán familiarizados los jueces que dirimen litigios en materia de custodia y contacto a nivel nacional. Es más probable que los asuntos de contacto estén vinculados a otros asuntos de derecho de familia, como la custodia o los alimentos, que puede ser necesario determinar simultáneamente. Asimismo, cuando se requiere la cooperación entre el tribunal y las autoridades encargadas del bienestar y la protección del niño, la concentración de competencia en los tribunales puede hacer necesaria la realización de modificaciones paralelas en la organización de estos servicios de los tribunales¹⁴⁸.

Los argumentos a favor de la concentración de la competencia son por tanto menos imperativos pero merecen, no obstante, consideración. Los casos internacionales implican ciertamente algunas características especiales. A menudo atañen a familias interculturales, lo cual puede afectar a la aplicación del principio del “interés superior”. También exigen que

¹⁴⁶ Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial, *op. cit.*, nota 8, apartado 3.1.

¹⁴⁷ Hay más información al respecto en la *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Segunda Parte – Medidas de aplicación*, Jordan Publishing, 2003 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59), pp. 31–33. Entre las iniciativas emprendidas recientemente en este sentido cabe señalar la Ley N° 369/2004 relativa a la aplicación del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en Rumania, por la que se establece que todos los litigios generados por la aplicación del Convenio de La Haya se concentren en un solo tribunal, el Tribunal de Bucarest, y que los recursos contra los fallos emitidos por dicho tribunal han de elevarse al Tribunal de Apelación de Bucarest. En 2005, en Austria, se concentró la competencia en materia de restitución en los tribunales de distrito de la ciudad del tribunal de apelación, aunque esta norma no se aplica a las solicitudes en materia de visita. En Suecia, desde julio de 2006, el Tribunal municipal de Estocolmo es el único autorizado para conocer de las solicitudes de restitución, y tan sólo los jueces de familia pueden conocer de los casos relativos a la sustracción de niños. En Suiza, el art. 7 de la Ley Federal sobre la sustracción internacional de niños y los Convenios de La Haya sobre la protección de niños y adultos, aprobada en 2007, prevé que la competencia para entender de solicitudes de restitución relativas a niños que han sido objeto de una sustracción recaiga exclusivamente en el tribunal superior del cantón en que tenga su residencia el niño cuando se curse la solicitud.

¹⁴⁸ El hecho de que los tribunales especializados tengan que tratar con autoridades carentes de ese mismo grado de especialización plantea un problema que se ha constatado en Alemania. En un estado alemán, el Servicio Social para Menores ha nombrado a un trabajador social para que se mantenga al día de estas cuestiones internacionales e informe a sus colegas del Servicio y, siempre que la competencia territorial lo permita, se haga cargo de los casos internacionales de otros trabajadores sociales.

el juez sepa cuáles son las garantías y salvaguardias adecuadas, por si fuera necesario aplicarlas cuando el contacto va a tener lugar en el extranjero.

El argumento a favor de la concentración de la competencia es más potente cuando el derecho a mantener el contacto es el único punto litigioso y ha de ser resuelto con urgencia. En cualquier caso, sean cuales fueren los tribunales competentes, es importante que los jueces sean conscientes de las características especiales de los casos transfronterizos.

5.4 Gestión de los casos

- **Es responsabilidad de la judicatura, tanto en primera instancia como en apelación, gestionar con firmeza la evolución de los casos de contacto transfronterizo.**
- **Los tribunales de primera instancia y de apelación deberían fijar y seguir calendarios de trabajo que aseguren que los casos se tramitarán con la debida celeridad.**

Este principio general fue uno de los primeros adoptados por la Conferencia Judicial de Derecho Consuetudinario sobre la Sustracción Internacional de Menores por uno de los Padres celebrada en Washington, DC¹⁴⁹ en relación con los casos de “restitución”. La necesidad de una gestión firme de los casos de familia internacionales se ha reiterado en varias conferencias judiciales internacionales.

¹⁴⁹ Washington, DC, 17–21 de septiembre de 2000.

6. DECISIONES EN MATERIA DE CONTACTO

6.1 Salvaguardias y garantías

- **Los tribunales deberían tener a su disposición una amplia gama de medidas que permitan salvaguardar y garantizar las disposiciones estipuladas en materia de contacto¹⁵⁰.**

El miedo de los padres puede constituir un impedimento para el éxito de las disposiciones relativas al contacto. El padre o la madre que tiene la custodia puede temer que el padre o la madre titular del derecho a mantener el contacto no respete los términos específicos de contacto y, en casos extremos, que el niño no sea restituido después de pasar un periodo de visita en el extranjero. Por otra parte, al padre o la madre titular del derecho a mantener el contacto puede preocuparle que el padre o la madre que tiene la custodia no esté dispuesto a facilitar el contacto en los momentos acordados e impida que visite al niño en la ocasión convenida o no permita que el niño viaje al extranjero para pasar un periodo de visita. Es importante que los tribunales tengan a su disposición un abanico flexible de medidas que creen un entorno jurídico en el que ambos padres tengan la seguridad de que no se van a transgredir las disposiciones en materia de contacto.

6.2 Retención ilícita

- **La principal garantía contra la retención ilícita después de un periodo de visita en el extranjero es la decisión de restitución que está disponible en virtud del Convenio de 1980 en caso de que un niño sea retenido en el extranjero por el padre o la madre que ejerce su derecho a mantener el contacto, con infracción del derecho de custodia del padre o la madre privado del niño.**

Las buenas prácticas en torno a las solicitudes de decisiones de restitución en virtud del Convenio de 1980 se han expuesto en la parte inicial de la Guía de Buenas Prácticas¹⁵¹.

6.3 Ejemplos de garantías y salvaguardias

- **Entre otras garantías y salvaguardias que aseguran el respeto de las condiciones generales del contacto se encuentran las siguientes:**
 - **la entrega del pasaporte o los documentos de viaje;**
 - **exigir que el padre o la madre solicitante se persone regularmente ante la policía u otras autoridades durante el periodo de contacto;**
 - **el depósito de una garantía financiera o fianza;**
 - **la supervisión del contacto por un profesional o un miembro de la familia;**

¹⁵⁰ Véase la Primera Declaración de Malta, *supra* nota 45, apartado 4.

¹⁵¹ Véase Primera Parte – Práctica de las Autoridades Centrales, y Segunda Parte – Medidas de Aplicación (disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

- **otras restricciones impuestas al contacto, como prohibir visitas con pernocta o de larga duración, restringir los sitios donde pueden realizarse dichas visitas, etc.;**
- **exigir que el padre o la madre solicitante facilite al padre o la madre que tiene la custodia un itinerario detallado y la dirección en que se le puede localizar, etc.;**
- **exigir que los consulados y las embajadas extranjeras no emitan nuevos pasaportes o documentos de viaje para el niño;**
- **exigir una declaración bajo juramento religioso;**
- **exigir que se emita una decisión espejo en el país donde vaya a ejercerse el derecho a mantener el contacto.**

Uno de los objetivos de la Convención sobre los Contactos relativos a la Infancia del Consejo de Europa¹⁵² es establecer salvaguardias y garantías apropiadas para los casos nacionales e internacionales que aseguren el ejercicio adecuado del derecho a mantener el contacto y la restitución del niño al finalizar el periodo de visita / contacto¹⁵³. En el artículo 10, apartado 2 se expone una lista no exhaustiva de salvaguardias y garantías, y los Estados están obligados a prever, en virtud de sus propias leyes, al menos tres categorías de salvaguardias y garantías. Entre las salvaguardias cuyo fin es garantizar que las decisiones en materia de contacto se cumplan, cabe citar la supervisión del contacto, la obligación de una persona (el padre o la madre que solicita el contacto, la persona con la que vive el niño o ambas) de correr con los gastos de viaje y alojamiento del niño, el depósito de una garantía para asegurar que el contacto no se verá frustrado o la imposición de una multa¹⁵⁴. Las salvaguardias para garantizar que el niño no será trasladado o retenido de manera impropia durante el contacto comprenden la entrega de pasaportes o documentos de identidad, la aportación de garantías financieras y la constitución de garantías reales¹⁵⁵. Se mencionan también otras salvaguardias o garantías como son los compromisos (por ejemplo, compromisos específicos o garantías pronunciadas por un litigante ante los tribunales), la exigencia de que la persona que ejerce el derecho a mantener el contacto se persone regularmente ante el organismo competente, la emisión de un certificado en el país en que va a tener lugar el contacto por el que se reconozca de antemano la decisión de custodia o residencia a favor del padre o la madre con el que el niño vive normalmente, una declaración por anticipado del Estado en cuanto al carácter ejecutorio de la decisión de contacto y la imposición de restricciones en relación con el lugar de ejercicio del derecho a mantener el contacto.

6.4 Tener en cuenta las tradiciones de las partes

- **Las garantías y salvaguardias a disposición del tribunal deberían comprender elementos adecuados que puedan resultar especialmente eficaces dentro de la tradición cultural, religiosa y jurídica de las partes¹⁵⁶.**

¹⁵² Mencionado en la nota 39.

¹⁵³ Art. 1 b).

¹⁵⁴ Art. 10(2) a).

¹⁵⁵ Art. 10(2) b).

¹⁵⁶ Véase la Primera Declaración de Malta, *supra* nota 45, apartado 4. Véase asimismo el caso *Re L (Removal from the Jurisdiction: Holiday)* [2001] 1 FLR 241, en el cual la madre, el padre de ésta y su hermano mayor tuvieron que realizar declaraciones solemnes por el Corán para garantizar que un niño sería restituido de manera segura al finalizar un periodo de visitas en el extranjero. Un requisito similar podría consistir en obligar a un solicitante musulmán a comprometerse a restituir al niño pronunciando un juramento ante el imán del Estado y solicitarle lo mismo a un pariente del Estado islámico, por ejemplo al abuelo.

6.5 Proporcionalidad

- En caso de aplicarse salvaguardias o garantías que establezcan límites o restricciones al ejercicio del derecho a mantener el contacto, éstas deberían ser proporcionales a la posibilidad de que se produzca un abuso y no más de las necesarias para lograr la protección del niño¹⁵⁷.

6.6 Especificar los términos y condiciones

- Es importante que el tribunal especifique los términos y condiciones que han de regir el contacto. Si la relación entre los padres es muy conflictiva, puede que sea necesario especificarlas con sumo detalle.

6.7 Medios de comunicación modernos para mantener el contacto

- Los jueces deberían ser conscientes del valor que revisten los nuevos medios de comunicación como el correo electrónico, las llamadas vía Internet, la mensajería instantánea, los sitios para compartir fotos en la red, etc., en la medida en que permiten que padres e hijos que están separados por grandes distancias se mantengan en contacto, y deberían estar preparados para determinar su uso.

6.8 Las salvaguardias podrán comprender medidas para garantizar que los términos y condiciones del contacto sean ejecutorios en otro país.

Además de las salvaguardias expuestas en este apartado, el tribunal que emite la decisión de contacto cuando éste vaya a tener lugar en el extranjero, puede también plantear medidas que garanticen la ejecutoriedad de la decisión en otro país.

El tema del reconocimiento y la ejecución de las decisiones extranjeras en materia de contacto se ha tratado ya en el apartado 4.4.

6.9 Acuerdos económicos y cobro de alimentos para el niño

- Con vistas a poder facilitar el contacto, los tribunales deberían tener una amplia facultad discrecional para establecer las disposiciones económicas que mejor se adapten a las necesidades y los recursos particulares de los miembros de la familia.
- Los gastos que conlleve la organización y el ejercicio del derecho a mantener contactos transfronterizos debería poder contabilizarse en la evaluación de los alimentos para los niños.

¹⁵⁷ Véase *supra* el punto 2.2.

Los tribunales suelen dictar decisiones precisas en relación con el pago de los gastos de viaje y otros gastos relacionados con el contacto transfronterizo. Las disposiciones pueden incluir la apertura de un fondo o una cuenta que sirva para cubrir los gastos de viaje del niño o del padre o madre titular del derecho a mantener el contacto. En los casos en que la relación entre el niño y el padre o madre titular del derecho a mantener el contacto se haya visto interrumpida de manera prolongada y sea necesaria ayuda profesional para restablecer esa relación, también puede ser conveniente una decisión que especifique quién ha de hacerse cargo de los gastos correspondientes. En relación con los alimentos, deberá tenerse en cuenta al calcular las necesidades del niño no solo los gastos vinculados al ejercicio del derecho a mantener el contacto sino también los recursos del deudor, en particular cuando el deudor es un padre o madre titular del derecho a mantener el contacto que realiza un gran dispendio para ejercer sus derechos¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Sin embargo, se reconoce que en algunos Estados las decisiones relativas a los alimentos de los niños están muy estereotipadas y es posible que no se puedan tener en cuenta los gastos de viaje.

7. EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES EN MATERIA DE CONTACTO EN VIRTUD DEL DERECHO INTERNO

7.1 Eficacia de las medidas de ejecución

- 7.1.1 **Deberían existir mecanismos eficaces que permitan ejecutar las decisiones de contacto, como por ejemplo medidas coercitivas eficaces.**
- 7.1.2 **Los requisitos adicionales que deban cumplimentarse para poder iniciar y seguir un proceso de ejecución deberían ser limitados.**
- 7.1.3 **La posibilidad de presentar recursos separados contra una decisión por la que se ordenen medidas de ejecución específicas y / o contra decisiones que establezcan requisitos de forma adicionales para la ejecución, debería ser limitada o evitada por completo¹⁵⁹.**

El marco jurídico debe permitir una rápida ejecución de las decisiones extranjeras en materia de contacto. Debe tenerse presente que cuanto más tiempo permanezca interrumpido el contacto entre padres e hijos, más difícil será restablecerlo y hacer que funcione. Dada la importancia que tiene para el desarrollo del niño su contacto con ambos padres, la ejecución de las decisiones de contacto debe ser rápida.

En muchos casos, la sola conciencia de que las decisiones de contacto son ejecutorias, que de darse una infracción se producirá su ejecución y que la infracción tendrá determinadas consecuencias, hará que las partes respeten los términos de la decisión.

En el otoño de 2006, la Oficina Permanente llevó a cabo un estudio jurídico comparativo¹⁶⁰ sobre la cuestión de la ejecución de las decisiones en virtud del Convenio de 1980. El estudio ha demostrado que las medidas coercitivas empleadas en cada país con vistas a la ejecución de las decisiones en materia de contacto difieren enormemente entre sí. En algunos países, la infracción puede conllevar la reducción o la denegación total de la pensión alimenticia del cónyuge¹⁶¹. El resultado puede ser también una modificación del derecho de custodia o la pérdida del mismo. En muchas jurisdicciones, las sanciones por infracción pueden imponerse incluso una vez expirado el plazo específico mencionado en la decisión de contacto¹⁶².

La amenaza de las consecuencias de una infracción refuerza la posición del padre o la madre que no tiene el cuidado principal, el cual para poder ejercer su derecho a mantener el contacto, depende necesariamente de la cooperación del padre o la madre que tiene el cuidado principal del niño.

Para lograr un procedimiento de ejecución rápido, conviene limitar o prescindir por completo de las condiciones adicionales para la ejecución de una decisión de contacto mediante el uso de medidas coercitivas. Este principio se aplica tanto a los requisitos administrativos

¹⁵⁹ Véase, en relación con los problemas paralelos que surgen en torno a la ejecución de las decisiones de restitución, A. Schulz, "Ejecución de las Órdenes fundadas en el Convenio de La Haya de 1980 - Hacia Principios de Buenas Prácticas", Doc. Prel. N° 7 de octubre de 2006 a la atención de la Quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (La Haya, 30 de octubre – 9 de noviembre de 2006) apartado 2.8 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59). También es posible consultar un análisis de distintas experiencias en materia de ejecución en N. Lowe y K. Horosova, *op. cit.*, nota 25, apartado 7.3.

¹⁶⁰ Véase A. Schulz, "Enforcement of Orders made under the 1980 Convention – A Comparative Legal Study", Doc. Prel. N° 6 de octubre de 2006 a la atención de la Quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (La Haya, 30 de octubre – 9 de noviembre de 2006) (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

¹⁶¹ Por ejemplo, los Países Bajos, *ibíd.*, apartado 311.

¹⁶² Por ejemplo, Alemania, Austria, Chile, Chipre, Italia y los Países Bajos, *ibíd.*, apartados 315 *et seq.*

como a otras formalidades, como la exigencia de una decisión judicial complementaria o de una *formule exécutoire* u otra autorización necesaria para la ejecución, u otras medidas que deba emprender un agente judicial u otro funcionario encargado de procurar la ejecución. “En caso de que se requieran *pasos formales adicionales como un auto executorio*, una autorización para la ejecución o pasos similares, se sugiere limitar o excluir la posibilidad de recurrir estos pasos por separado [...] y limitar el número y los niveles de recursos judiciales disponibles contra tales medidas”¹⁶³.

7.2 Disposiciones prácticas

- **Las disposiciones prácticas necesarias para el ejercicio efectivo del derecho a mantener el contacto deben ser tan precisas como sea posible.**

La decisión en materia de contacto debería fijar de manera precisa los detalles prácticos del contacto. Los términos han de ser claros e inequívocos. Las fechas y las horas deben ser precisas. Cuando vaya a producirse un viaje, la decisión debe aclarar asimismo quién debe correr con los gastos que éste ocasione. Los tribunales deben invitar a las partes a elaborar de manera conjunta las disposiciones prácticas que vayan a incorporarse en la decisión en materia de contacto o tener al menos en cuenta las sugerencias de las partes.

Cuanto más precisos sean los términos de la decisión, más fácil resultará su ejecución. Debe tenerse presente la posibilidad de que haya que traducir la decisión de contacto a otro idioma y ha de procurarse que su redacción sea clara e inequívoca.

7.3 Promoción del cumplimiento voluntario

- **Las Autoridades Centrales y los tribunales deberían alentar a las partes en todas las fases del proceso, incluida la fase de ejecución, a considerar la posibilidad de la mediación, así como otras maneras de llegar a una solución amistosa.**
- **Deberían tenerse en cuenta los deseos y los sentimientos del niño en función de su edad y madurez.**

Debido a la naturaleza constante y continua del contacto, resulta muy importante que se pueda llegar a un acuerdo voluntario y a una solución amistosa, de ser necesario con la ayuda de mecanismos adecuados, como la mediación. Los tribunales y las autoridades involucradas deben brindar toda la asistencia que esté a su alcance para lograr una solución amistosa.

En aquellos casos en que se haya emitido una decisión de contacto en varias ocasiones sucesivas, habrá de estudiarse minuciosamente la posibilidad de establecer una prórroga voluntaria de los contactos una vez se haya ejecutado la primera decisión, dado que la ejecución forzada de una decisión en materia de contacto somete al niño y a los padres a un gran estrés.

Es importante tener presente que, dentro de un proceso de mediación, es necesario que existan salvaguardias que eviten que la parte más débil consienta una decisión por miedo a la otra parte o a una intimidación que provenga de la otra parte, o por agotamiento debido al

¹⁶³ A. Schulz, *op. cit.*, nota 159, apartado 2.8. Los problemas paralelos que surgen en torno a la ejecución de las decisiones de restitución se abordan asimismo en los apartados 1.5–1.6 del mismo documento.

carácter prolongado y altamente conflictivo del procedimiento. Los mediadores experimentados son una salvaguardia frente a estas amenazas.

Cuando se establecen los términos de la decisión de contacto, ha de alentarse la cooperación parental en cuanto a las disposiciones prácticas relativas al contacto, y las sugerencias de los padres deben contemplarse, al igual que los deseos y los sentimientos del niño en cuestión, en función de su edad y madurez.

Asimismo, en la fase de ejecución de la decisión en materia de contacto, el tribunal y cualquier otra autoridad involucrada deben favorecer la solución amistosa de los litigios surgidos en relación con el ejercicio del derecho a mantener el contacto.

Los niños deben estar representados en los procedimientos de mediación. De este modo se garantiza que, aunque la decisión se haya tomado fuera de los tribunales, la importancia atribuida al interés superior del niño será la misma¹⁶⁴.

Además, tanto los niños como sus padres pueden recibir ayuda para tomar una decisión mediante un asesoramiento adecuado. A veces un padre o madre sustrae al niño o impide el contacto porque está desesperado. El acceso a un asesor o a un representante del niño puede alentarlos a reconsiderar su postura.

El estudio jurídico comparativo sobre la cuestión de la ejecución de las decisiones fundadas en el Convenio de 1980 ha demostrado que algunos países incluyen regularmente una fase de mediación en el proceso de ejecución de las decisiones de contacto¹⁶⁵.

7.4 Cooperación de los organismos y los profesionales involucrados

- **Los organismos y los profesionales involucrados en la ejecución de una decisión en materia de contacto deberían mantener una estrecha cooperación.**
- **Debería procurarse especialmente facilitar la cooperación transfronteriza en este asunto.**

Los sujetos involucrados en la ejecución del derecho a mantener el contacto en un caso de familia transfronteriza pueden ser muchos, entre ellos, la Autoridad Central, jueces, agentes judiciales, trabajadores sociales u otros profesionales. Dependerá de las jurisdicciones de las que se trate y de las medidas de ejecución escogidas¹⁶⁶. Para lograr una solución adecuada de los problemas ligados a la ejecución del contacto, el intercambio de la información pertinente entre los profesionales y los organismos involucrados ha de darse de manera rápida y eficaz.

Debe poder accederse fácilmente a una información detallada acerca de las circunstancias especiales del caso para que éste pueda resolverse con la delicadeza correspondiente. Especialmente en aquellos casos en los que se haya dado una sustracción del niño con anterioridad o el padre o la madre haya amenazado con la sustracción del niño o haya razones por las que uno de los padres pueda temer que ésta tenga lugar, las entidades involucradas en la ejecución de la decisión de contacto deben tener acceso a información sobre el contexto, además de los simples hechos que consten en la propia decisión de contacto.

Habrán de contemplarse las salvaguardias, como la entrega del pasaporte o los documentos de viaje (véase el apartado 5.3) para evitar la posibilidad de una sustracción.

¹⁶⁴ Véase el apartado 2.4.5 para profundizar en la participación de los niños en la mediación.

¹⁶⁵ Por ejemplo, Finlandia, véase A. Schulz, *op. cit.*, nota 160, apartado 310.

¹⁶⁶ *Ibid.*

En los casos de contacto transfronterizos, debe tenerse en cuenta el contexto multinacional, multicultural y multilingüe, y resulta conveniente proporcionar a los organismos o a los profesionales involucrados la información relevante de los asuntos que sean delicados.

7.5 Formación

- **Los profesionales involucrados en la ejecución de decisiones en materia de contacto en casos de derecho de contacto transfronterizo deberían recibir una formación adecuada, especialmente en cuanto a los objetivos y los mecanismos de los Convenios de La Haya y otros instrumentos internacionales aplicables.**
- **Se recomienda la elaboración de directrices prácticas, manuales, listas de control y otros documentos que puedan resultar útiles a los diversos profesionales involucrados en la ejecución de decisiones en materia de contacto en casos transfronterizos.**

La formación adecuada de los profesionales involucrados en la ejecución de las decisiones en materia de contacto en casos de contacto transfronterizos debe aportarles un conocimiento de los objetivos y los mecanismos de los Convenios de La Haya aplicables, así como de otros instrumentos internacionales, y debe llamar la atención sobre lo delicado de las situaciones posteriores a una sustracción y las situaciones en las que se teme una sustracción inminente. La formación debe también facilitar información acerca de las dificultades particulares que plantean los contactos transfronterizos en relación por ejemplo con la desconfianza y el miedo que experimentan el padre o la madre en ambos países y los peligros que entrañan los malentendidos debidos a las diferencias culturales existentes entre los padres o los profesionales. Asimismo, es importante que la formación de los profesionales consista también en familiarizarlos con la ley interna correspondiente¹⁶⁷.

Las pautas sobre mejores prácticas, los manuales, las listas de control y otros documentos serían de gran ayuda para los profesionales involucrados en la ejecución de decisiones de contacto en casos transfronterizos.

¹⁶⁷ Véase asimismo el apartado 2.4.5 sobre la formación de los mediadores.

8. LA REUBICACIÓN (ESTABLECIMIENTO EN OTRO PAÍS) Y EL DERECHO A MANTENER EL CONTACTO

Los problemas en torno a la reubicación se plantean cada vez más en los tribunales de numerosos Estados contratantes del Convenio de 1980. La “reubicación” implica un traslado permanente del niño, normalmente junto al padre o madre que tiene el cuidado principal, para vivir en un nuevo país. El resultado suele ser que el niño vive a una distancia mucho mayor del padre o madre privado del niño y que para ese padre o madre es más difícil y costoso ejercer el derecho a mantener el contacto.

Las formas de plantearse la reubicación en cada legislación nacional difieren en muchos aspectos. Estas diferencias tienen que ver, entre otras cosas, con:

- las circunstancias en que puede ser necesario que el padre o la madre obtenga una orden judicial que autorice su reubicación junto al niño. Esto dependerá de la manera en que se distribuyan las responsabilidades parentales y cómo se ejerzan en determinados Estados;
- los factores que ha de tener en cuenta un tribunal al determinar si la reubicación debe autorizarse; y
- la actitud adoptada por el tribunal para garantizar y asegurar el derecho a mantener el contacto del padre o madre privado del niño.

8.1 Decisiones sobre la reubicación (establecimiento en otro país)

Aunque estrictamente hablando sólo nos atañe aquí el tercero de estos elementos, la medida en que pueda preservarse el derecho a mantener el contacto siempre ha de ser un factor importante para los tribunales a la hora de autorizar o no una reubicación. Éste no es lugar para tratar los demás factores que han de tenerse en cuenta. No obstante, conviene recordar los vínculos obvios que existen entre los problemas de sustracción y la reubicación y, en particular, el apartado 7.3 de las Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial:

“Los tribunales tienen actitudes radicalmente diferentes respecto a asuntos de establecimiento en otro país, que se presentan con una frecuencia que no fue prevista en 1980 cuando se redactó el Convenio. Se reconoce que un enfoque restrictivo de las solicitudes de establecimiento en otro país puede tener un efecto adverso sobre el funcionamiento del Convenio de 1980”¹⁶⁸.

8.2 Respeto de los términos y condiciones

- **Es importante que los términos y condiciones de una decisión en materia de contacto emitida en un contexto de reubicación sean respetados al máximo en el país de destino de la reubicación.**

El tribunal que dicte la decisión en materia de contacto en un contexto de reubicación debe asegurarse de detallar en ella los términos y condiciones en que el contacto ha de llevarse a

¹⁶⁸ *Op. cit.*, nota 8. Véase también el apartado 9 de las conclusiones adoptadas por la Conferencia Judicial de Derecho Consuetudinario sobre Sustracción Internacional de Menores por uno de los Padres, Washington, DC, 17–21 de septiembre de 2000.

cabos¹⁶⁹. Además, si se hubiera autorizado a un padre o una madre a mudarse bajo condición estricta de que tuviera lugar un contacto determinado, convendría que esto se indicara en la decisión.

El principio del respeto de los términos y condiciones de la decisión en materia de contacto viene motivado por dos razones. En primer lugar, el tribunal que entiende en la reubicación se encuentra en mejor posición para juzgar cuál es el interés superior del niño en relación con la continuación del contacto con el padre o la madre que se ve privado del niño. Deben respetarse las constataciones y las recomendaciones formuladas por el tribunal que permite la reubicación respecto del interés superior del niño. En segundo lugar, la certeza de que la decisión en materia de contacto no va a respetarse tiene un impacto negativo en el juez que se plantea si permitir o no la reubicación. A continuación se enumeran maneras en que puede hacerse efectivo este principio general.

8.3 Reconocimiento anticipado

- **Las decisiones en materia de contacto emitidas en un contexto de reubicación deberían ser acreedoras de reconocimiento y ejecución en el país de destino. Debería preverse una forma de reconocimiento anticipado de estas decisiones.**

El mecanismo de reconocimiento anticipado previsto en el Convenio de 1996 se ha mencionado ya en el apartado 4.4.2. La importancia de un sistema de reconocimiento anticipado dentro de una estructura general diseñada para prevenir las sustracciones se señala en la Guía de Buenas prácticas sobre Medidas de Prevención¹⁷⁰.

8.4 Decisiones espejo y comunicaciones judiciales directas

- **Si no es posible el reconocimiento anticipado, debería poder solicitarse una decisión en el país de destino que refleje a modo de “espejo” las disposiciones relativas al contacto establecidas por el juez que haya dictado la reubicación¹⁷¹.**
- **Esto implica que debería ser posible ejercer su competencia para emitir una decisión “espejo” antes de que el niño entre en el país.**
- **En estas circunstancias, también debería contemplarse la posibilidad de hacer que la obtención de una decisión espejo se convierta en una condición necesaria para la reubicación. Éste es un ámbito en el que la comunicación judicial directa puede desempeñar un papel importante.**

¹⁶⁹ Véase asimismo el apartado 6.6.

¹⁷⁰ Véase la *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Tercera Parte – Medidas Preventivas*, Jordan Publishing, 2005, apartado 2.3 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55–59).

¹⁷¹ Véase asimismo *supra* el apartado 4.4.3.

8.5 Solicitudes de modificación de las modalidades del contacto y el Convenio de 1996

Otra preocupación es el efecto resultante de un cambio de competencia, que puede producirse relativamente rápido después de una reubicación. En virtud del Convenio de 1996, la competencia principal pasa al tribunal del país de destino en cuanto el niño se convierte en un residente habitual de ese país. La preocupación es que el padre o la madre que ha solicitado y ha obtenido el permiso de reubicación puede aprovechar el cambio de jurisdicción y solicitar que se modifique, limite o incluso que se anule el derecho a mantener el contacto del padre o madre privado del niño. A continuación se ofrecen algunas pautas que pueden ayudar a evitar esta eventualidad¹⁷².

8.5.1 El tribunal del Estado Contratante de destino del niño debería permitir la revisión y modificación de las decisiones en materia de contacto adoptadas en de otro Estado Contratante, sólo en aquellas circunstancias en que también lo habría hecho con las decisiones adoptadas en el ámbito interno.

Este principio establece la norma de mínimo cumplimiento. El tribunal que se plantee la modificación de una decisión de contacto debe otorgar a la decisión de contacto extranjera el mismo respeto que otorgaría a una decisión nacional. Hay sin embargo algunos jueces que sostienen que convendría tomar una actitud más estricta aún y que la modificación de una decisión de custodia extranjera debe desaconsejarse a menos que se demuestre la necesidad.

8.5.2 La decisión debería seguir gozando de este estatus incluso después de que la residencia habitual del niño haya cambiado y hasta que los tribunales del país donde se encuentre la nueva residencia habitual del niño establezcan lo contrario.

8.5.3 En un caso en que sea aplicable el Convenio de 1996, el tribunal del Estado en el que el niño se ha reubicado debería mostrarse en principio reticente a alterar las disposiciones de contacto establecidas por el tribunal que hubiera dictado la reubicación, al momento de tramitar una solicitud de revisión o modificación de una decisión en materia de contacto emitida poco después de la reubicación.

¹⁷² Cabe señalar que las normas de competencia del art. 9 del Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, *supra* nota 23, abordan esta situación estableciendo que para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada antes de que el niño hubiera cambiado de residencia, el tribunal que la emitió seguirá siendo competente y podrá modificar la decisión de contacto durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, aunque el niño tenga ya su residencia habitual en el nuevo Estado, siempre que el titular del derecho de visita continúe residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor, véase asimismo *supra* el apartado 3.3.

8.5.4 En particular, el tribunal debería hacer lo siguiente:

- plantearse si es adecuado solicitar que el tribunal que dictó la reubicación ejerza su competencia en el asunto con arreglo al artículo 9 del Convenio de 1996;
- plantearse si resulta adecuada la suspensión del procedimiento con arreglo al artículo 35, apartado 3 del Convenio de 1996; y

en su caso, tener en cuenta las constataciones del tribunal que permite la reubicación por cuanto se refiere a la aptitud del padre o la madre privado del niño para ejercer el derecho de visita y las condiciones en que puede ejercerse tal derecho, conforme al procedimiento expuesto en el artículo 35, apartado 2 del Convenio de 1996. Sin embargo, no debería tener que replantearse estos asuntos en aquellos casos en que los tribunales del Estado en que se encuentre la antigua residencia habitual del niño acaben de establecer recientemente disposiciones relativas al derecho a mantener el contacto en el contexto de la reubicación.

Cuando una decisión en materia de contacto es emitida en el contexto de una reubicación (por un tribunal del país donde el niño tiene su residencia habitual), dicha decisión debe ser reconocida de pleno derecho, en virtud del artículo 23, apartado 1 del Convenio de 1996, en el Estado donde ha de producirse la reubicación, siempre y cuando ambos Estados sean Estados contratantes. Deberá poder ejecutarse en ese Estado, según el artículo 28, como si hubiese sido emitida en él, con las repercusiones necesarias en términos de revisión o modificación de la decisión.

En caso de que se estimara necesario emprender una acción para revisar o modificar la decisión de contacto, habrá de contemplarse la posibilidad de usar los diversos mecanismos previstos en el Convenio de 1996 para aprovechar la experiencia de las autoridades del Estado en que el niño tuviera antes su residencia habitual. Esto puede llevarse a cabo mediante la disposición sobre la transferencia de la competencia del artículo 9 del Convenio de 1996 o mediante las disposiciones relativas a la cooperación del artículo 35.

Estos mecanismos pueden resultar útiles también en aquellas situaciones en que la decisión de contacto no se emitió en el contexto de una propuesta de reubicación, pero la reubicación tuvo lugar poco después de que se dictara la decisión.

8.5.5 Incluso en aquellos casos en que el Convenio de 1996 no sea aplicable, deberá tomarse en consideración la importancia de reconocer las decisiones en materia de contacto emitidas recientemente por parte de jurisdicciones extranjeras y habrá que actuar con prudencia antes de alterar sus elementos fundamentales.

9. DERECHO DE VISITA / DERECHO A MANTENER EL CONTACTO Y DERECHO DE CUSTODIA

9.1 El significado de “derecho a mantener el contacto” y “derecho de visita”

El Convenio de 1980 no ofrece una definición completa del derecho de visita. No obstante, en el artículo 5, que hace una distinción entre el derecho de “custodia” y el “derecho de visita”, se da una definición parcial.

“Artículo 5

A los efectos del presente Convenio:

- a) el “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;
- b) el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual”.

Esta definición parcial ha provocado diversos problemas de definición y ha dado pie a divergencias en la jurisprudencia tanto entre los Estados contratantes como dentro de los mismos. El primer problema concierne a la línea divisoria exacta que separa el derecho de custodia del de visita. El segundo problema consiste en determinar si el derecho de custodia incluye el derecho de visita. El tercer problema surge al intentar responder a la pregunta de si, con respecto al artículo 21 del Convenio de 1980, el derecho de visita se limita al que se reconoce o establece mediante una orden judicial o si abarca el que nace por atribución de pleno derecho.

Dentro de los sistemas de derecho nacional, la línea divisoria que separa el derecho de custodia del derecho de visita resulta a veces difusa. En algunos de los sistemas que mantienen las denominaciones de “custodia” y “visita”, puede que el padre o la madre titular del derecho de visita, conserve de hecho importantes responsabilidades en la toma de decisiones en relación con el niño que van más allá del mero derecho de visita. Por ejemplo, éste puede ser el caso en sistemas en que el padre o la madre con derecho de visita sigue siendo “tutor” conjunto del niño o titular de la patria potestad. Al mismo tiempo, en lo que se refleja una tendencia a la coparentalidad, algunos sistemas han abandonado los términos de custodia y visita y han aceptado un principio general de responsabilidad parental compartida que se combina con decisiones en materia de residencia o contacto, según la necesidad, en los casos de separación de los padres.

El término “contacto” se utiliza en esta Guía en un sentido amplio y hace alusión a las diversas maneras en que un padre o una madre que no tiene la custodia (y en ocasiones una persona que no es padre o una madre) mantiene relaciones personales con un niño y viceversa. Por consiguiente, se entienden como “contacto” el derecho de visita y las comunicaciones a distancia. Se considera que “derecho a mantener el contacto” en el contexto de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 es lo mismo que “derecho de visita”. No obstante, cuando se abordan cuestiones de definición, se mantiene el término “visita”.

9.2 “Padre o madre que tiene la custodia” y “padre o madre titular del derecho a mantener el contacto”

La tendencia hacia la coparentalidad después de una separación hace que a menudo sea difícil distinguir claramente entre un padre o una madre “que tiene la custodia” y un padre o una madre “con derecho de visita”. Esto se ha reconocido a la hora de interpretar el Convenio de 1980 y normalmente se considera que un padre o una madre que tiene

importantes responsabilidades de coparentalidad es titular de un derecho de custodia más que de un derecho de visita a efectos del Convenio.

Por consiguiente, se podrá interponer un recurso contra una decisión de restitución en caso de traslado o retención ilícitos del niño aunque el padre o la madre solicitante no sea el custodio principal en el sentido de que el niño puede residir principalmente con el otro padre o madre.

Un caso más difícil es aquel en que existe una línea divisoria más clara entre un padre o madre titular de un derecho exclusivo de custodia y un padre o madre titular de un derecho de visita que, no obstante, sigue teniendo derecho a vetar el traslado del niño fuera de la jurisdicción. El derecho de veto puede surgir por atribución de pleno derecho, por orden judicial o a raíz de un acuerdo entre los padres. En este caso, hay diferentes opiniones judiciales en cuanto a si un derecho de visita, combinado con el derecho de veto, puede considerarse un derecho de custodia a efectos del Convenio.

Salvo que el contexto indique lo contrario, el término “padre o madre que tiene la custodia” se ha empleado en esta Guía en un sentido no técnico y hace referencia al padre o madre con quien el niño tiene su residencia normal o habitual, y el término “padre o madre titular del derecho a mantener el contacto” hace referencia al padre o madre que tiene o exige el derecho a mantener el contacto con respecto a un niño.

9.3 El veto al traslado: ¿un derecho de custodia en virtud del Convenio de 1980?

La jurisprudencia dominante¹⁷³ respalda la idea de que un derecho de visita combinado con el derecho de veto al traslado de un niño fuera de la jurisdicción constituye un derecho de custodia a efectos del Convenio de 1980¹⁷⁴.

Por consiguiente, un padre o una madre con derecho de visita que se vea privado del niño puede recurrir al Convenio de 1980, gracias al derecho de veto, para lograr la restitución del niño a su país de residencia habitual. Algunos sostienen que esta opinión se justifica por la formulación del artículo 5 b) del Convenio y surge de la preocupación de que la no prohibición del traslado unilateral de un niño en estas circunstancias pueda debilitar gravemente el Convenio. Según la opinión contraria¹⁷⁵, que no cuenta con un apoyo amplio,

¹⁷³ Véase, por ejemplo, *C. contra C.* [1989] 2 All E.R. 465 (Tribunal de Apelación inglés, 1988) [Ref. INCADAT: HC/E/UKe 34]; *Re D (A Child)(Abduction: Rights of Custody)* [2007] 1 All ER 783 [Ref. INCADAT: HC/E/UKe 880]; *Foxman contra Foxman*, c.a. 5271/92 (Tribunal Superior de Justicia de Israel, 1992); varios casos estadounidenses antes de la decisión tomada en *Croll contra Croll*, como por ejemplo, *David S. contra Zamira S.*, 151 Misc. 2d 630, 574 N.Y.S. 2d 429 (tribunal de lo familiar de Nueva York, 1991) [Ref. INCADAT: HC/E/USs 208]. Véase asimismo *Ministère Public contra MB Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, 23 de marzo de 1989, 79 Rev. crit. 1990, 529, nota Y. Lequette (Francia) [Ref. INCADAT: HC/E/FR 62]; *DG contra EG* Judicial Register, CA 5532/93 (Tribunal Supremo de Israel); *Director General, Department of Families, Youth and Community Care contra Hobbs* (no publicado, Fam CA, 2059/1999), 24 de septiembre de 1999 (Australia) [Ref. INCADAT: HC/E/Usf 294]. El planteamiento amplio también fue adoptado por los delegados de la Segunda Reunión de la Comisión Especial para la Revisión del Funcionamiento Práctico del *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional* (18–23 de enero de 1993). El informe de la reunión está disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya (véase *infra*, pp. 55–59).

¹⁷⁴ Esta tendencia se ve confirmada por diversas decisiones en las que el derecho de veto surgió, no por orden de un tribunal, sino por atribución de pleno derecho. Véase, por ejemplo, 2 BvR 1126/97, *Bundesverfassungsgericht*, 18 de julio de 1997 (Alemania) [Ref. INCADAT: HC/E/DE 338]; *Secretary for Justice contra Abrahams, ex parte Brown*, Tribunal de Familia de Taupo, 15 de agosto de 2001 (Nueva Zelanda) [Ref. INCADAT: HC/E/NZ 492]; TR 132/1999, *Tribunal civil de l'Arrondissement de la Sarine*, 17 de mayo de 1999 (Suiza) [Ref. INCADAT: HC/E/CH 442]; *DG contra EG*, Judicial Register, CA 5532/93 (Tribunal Supremo de Israel); *Thorne contra Dryden Hall* (1997) 28 RFL (4th) 297 (Tribunal de Apelación de Columbia Británica) [Ref. INCADAT: HC/E/CA 12]; *Furnes contra Reeves* 362 F3d 102 (11th Cir 2004) (EE. UU.) [Ref. INCADAT: HC/E/Usf 578]. Para consultar el punto de vista contrario, véase *Fawcett contra McRoberts* 326 F3d 491 (4th Cir. 2003) (EE. UU.) [Ref. INCADAT: HC/E/USf 494].

¹⁷⁵ Véase *Croll contra Croll* 229 F3d 133 (2d Cir. 2000) (Tribunal de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos, 2000) [Ref. INCADAT: HC/E/USf 313] rechazado por resultar “contrario al peso de la autoridad en *Sonderup contra Tondelli* SA 2000 No CCT 53/00, una decisión del Tribunal Constitucional de Sudáfrica”. La postura negativa también encuentra apoyo

es que esto constituye un uso impropio de las decisiones de restitución, cuyo fin no es el de funcionar como un mecanismo de respaldo del derecho de visita.

9.4 Un enfoque en materia de interpretación

Conceptos tales como los de derecho de visita y derecho de custodia deberían interpretarse en relación con el carácter autónomo del Convenio de 1980 y a tenor de sus objetivos.

Una complicación más surge del hecho de que los tribunales de los dos países afectados lleguen a diferentes conclusiones sobre si el derecho en cuestión es un derecho de visita o de custodia. Esto puede suceder cuando el tribunal que decide sobre una solicitud de restitución utiliza el mecanismo del artículo 15 para pedir que las autoridades del Estado en que el niño tiene su residencia habitual decidan o determinen que el traslado o retención era ilícito en el sentido del artículo 3 del Convenio de 1980 (es decir, con infracción del derecho de custodia atribuido en virtud del derecho del Estado de la residencia habitual del niño). Se ha juzgado que el tribunal que decide sobre una solicitud de restitución no está vinculado por esta decisión o determinación, sino que debe determinar por sí mismo si el derecho atribuido al padre o madre solicitante constituye o no un “derecho de custodia” en el sentido autónomo de ese concepto en el Convenio¹⁷⁶.

9.5 El derecho de custodia incluye el derecho de visita / derecho a mantener el contacto

A efectos de las solicitudes mencionadas en el artículo 21, debería considerarse en general que el derecho de custodia incluye un derecho de visita / derecho a mantener el contacto.

Hay ocasiones en que puede que un padre o madre con derecho de custodia quiera ejercer el derecho de visita / derecho a mantener el contacto y curse una solicitud a tal fin en virtud del artículo 21 del Convenio de 1980. Por ejemplo, puede que un padre o una madre con derecho de custodia, cuya solicitud de restitución del niño haya sido rechazada en virtud del artículo 13 b) del Convenio de 1980, quiera solicitar un derecho de visita / derecho a mantener el contacto con el niño¹⁷⁷. O es posible que un padre o una madre con custodia

en la decisión francesa de *Ministère Public contra Mme. Y.* (19 de marzo de 1992) T.G.I. de Perigueux, D. 1992, en la p. 315 y en las decisiones del Tribunal Supremo canadiense de *Thomson contra Thomson* [1994] 119 D.L.R. (4th) 253 [Ref. INCADAT: HC/E/CA 11] y *D.S. contra V.W.* [1996] 134 D.L.R. (4th) 481 [Ref. INCADAT: HC/E/CA 17] en que el Tribunal Supremo canadiense indica que, aunque el derecho de custodia puede surgir de una orden provisional o preliminar de no abandonar el país sería ocioso interferir con la libertad de que goza un padre que tiene la custodia en virtud de una decisión de custodia definitiva, aunque contenga una restricción sobre el traslado. Para un análisis detallado de estos dos casos, véase M. Bailey, “Rights of Custody under the Hague Convention”, 11 B.Y.U.J. Pub. L. 33, 42-50 (1997). En caso de duda sobre si los casos del Convenio apoyan el enfoque adoptado en *Croll contra Croll* véase L. Silberman, “Patching up the Abduction Convention: A call for a new international protocol and a suggestion for amendments to ICARA”, junio de 2002, publicado por el *Texas International Law Journal*. Véase también *Fawcett contra McRoberts* 326 F3d 491 (4th Cir. 2003) y *Gonzalez contra Gutierrez* 311 F3d 942 (9th Cir. 2002) [Ref. INCADAT: HC/E/USf 493], ambos casos estadounidenses en el mismo sentido que *Croll contra Croll*.

¹⁷⁶ Véase *Fawcett contra McRoberts*, más arriba. En este caso, el tribunal estadounidense discrepó de las autoridades escocesas y decidió que la legislación escocesa, que otorga al padre titular del derecho a mantener el contacto el derecho a reservarse el consentimiento al traslado del niño fuera del Reino Unido, no conlleva un derecho de custodia en el sentido del Convenio. No obstante, en el reciente caso de *Re D (a child) (abduction: foreign custody rights)* [2006] UKHL5 [Ref. INCADAT HC/E/UK 880] la Cámara de los Lores criticó a los tribunales inferiores por no aceptar una declaración conforme al art. 15 efectuada por los tribunales de Rumania.

¹⁷⁷ Véase, por ejemplo, *Director General, NSW Department of Community Service contra O.*, 17 de marzo de 2000, Tribunal de Familia de Australia, Justice Lawrie, no publicado, mencionado en el Informe Final de 2002, *op. cit.*, nota 10,

compartida con el que el niño no vive normalmente necesite una decisión de contacto detallada. También puede llegar a darse el caso de un padre o una madre que tiene la custodia que solicita un derecho de visita / derecho a mantener el contacto mientras el niño esté pasando un periodo de visita prolongado con el padre / madre titular del derecho de visita / derecho a mantener el contacto.

9.6 El derecho de visita no se limita al ya establecido por orden judicial

El derecho a solicitar disposiciones destinadas a reconocer y asegurar el ejercicio efectivo de un “derecho de visita” en virtud del artículo 21 del Convenio de 1980 no debería quedar limitado a los casos en que exista una orden judicial que reconozca o establezca un derecho de visita, sino que debe incluir los casos en que el solicitante cuente con un derecho de visita resultante de una atribución de pleno derecho y aquellos en que tenga la capacidad de solicitar que se establezca tal derecho¹⁷⁸.

Para obtener una explicación más detallada de este principio, véase el apartado 4.6.

apartado 40. Esta situación no se plantearía si se aceptara que el art. 21 puede emplearse para establecer, y no sólo para reconocer y ejecutar, un derecho de visita/derecho a mantener el contacto.

¹⁷⁸ Aquí cabría citar el ejemplo de los padres no casados, que podemos encontrar en Irlanda en el art. 11 de la *Guardianship of Infants Act 1964* (modificada por el art. 13 de la *Status of Children Act 1987*). Asimismo, según el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el derecho a la vida familiar que protege el art. 8 abarca el derecho a mantener un contacto, incluso en aquellos casos en que no exista una orden judicial. Véase *supra*, nota 33.

ANEXO

EXTRACTO DE LA *GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS EN VIRTUD DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES*

***PRIMERA PARTE –
PRÁCTICA DE LAS AUTORIDADES CENTRALES***

EXTRACTO DE LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS EN VIRTUD DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

PRIMERA PARTE – PRÁCTICA DE LAS AUTORIDADES CENTRALES

CAPÍTULO V. SOLICITUDES DE DERECHO DE VISITA

A. PAPEL DE LA AUTORIDAD CENTRAL REQUIRENTE

5.1 Obtener información sobre los procedimientos del Estado requerido

Las indicaciones del apartado 3.1 se aplican al apartado 5.1.

5.2 Verificar que la solicitud sea completa y bajo una forma aceptable para el Estado requerido

Las indicaciones del apartado 3.2 se aplican aquí. Es importante conocer los procedimientos relativos al derecho de visita del Estado requerido para asegurar que la solicitud responde a todas las exigencias jurídicas o administrativas específicas del Estado requerido.

Si se sabe que es necesaria una solicitud distinta para obtener una asistencia jurídica en aplicación del Convenio, enviar la solicitud de asistencia jurídica junto con la solicitud de derecho de visita ahorrará tiempo. Deben aportarse copias del formulario de asistencia jurídica por la Autoridad central requerida, con las indicaciones para completar el formulario cuando no sea claro para un solicitante extranjero.

5.3 Verificar que la solicitud responde a las condiciones exigidas por el Convenio

Esto se explica en el apartado 5.21.

Las indicaciones de los apartados 3.5 a 3.9 se aplican a los apartados 5.4 a 5.8.

5.4 Aportar información relativa a la legislación relevante

5.5 Garantizar que todos los documentos esenciales en apoyo de la solicitud sean aportados

Ver la lista recapitulativa en el anexo 3.7.

5.6 Aportar una traducción de la solicitud y de todos los documentos esenciales

5.7 Asegurar que la solicitud sea enviada a la dirección de correo, al fax o correo electrónico correctos de la Autoridad Central requerida

5.8 Enviar la solicitud inicial por correo prioritario y enviar una copia de la solicitud con antelación por fax o por correo electrónico

5.9 Solicitudes urgentes

Se acepta generalmente que las solicitudes de derecho de visita no tienen el mismo grado de urgencia que las solicitudes de retorno. Esto no disminuye la importancia de las solicitudes de derecho de visita, dado su papel de medida preventiva de sustracciones.

Una solicitud de derecho de visita deviene urgente en los casos siguientes:

- Un menor se supone que viaja solo al extranjero para una visita y el padre con el derecho de custodia rechaza o rechazará respetar los acuerdos;
- El padre titular del derecho de visita ha viajado o tiene la intención de viajar para visitar al menor y el padre con el derecho de custodia indica que el menor no estará para la visita;
- Un menor ha sido localizado tras un largo periodo de búsqueda y el padre titular del derecho de visita desea restablecer el contacto.

Las indicaciones de los apartados 3.11 a 3.13 se aplican a los apartados 5.10 a 5.12.

5.10 Si la Autoridad Central requerida solicita información adicional, asegurarse de que se aporta dicha información sin demora

5.11 Informar a la Autoridad Central requerida en caso de dificultades para respetar los plazos

5.12 Ser razonable con la solicitud de información de seguimiento del expediente

5.13 Seguir la evolución de la solicitud

Ver los apartados 3.14 y 4.18 para una discusión sobre las responsabilidades de seguimiento de las Autoridades centrales requirente y requerida. Si no hay progreso por la intransigencia del padre con el derecho de custodia, discutir sobre las posibilidades de ejecución con la autoridad requerida.

5.14 Asistencia disponible en el Estado requirente

Algunas de las medidas de “Asistencia en la aplicación o ejecución de las decisiones que acuerdan un derecho de visita” del apartado 5.33, se aplican de igual manera a la Autoridad central requirente y a la Autoridad central requerida.

5.15 Asistencia si el derecho de visita debe ejercerse en el Estado requirente

Cuando el menor debe viajar hacia el Estado requirente para una visita, existen un cierto número de medidas que puede tomar la autoridad requirente, en particular:

- aconsejar al padre con el derecho de custodia de obtener un programa escrito o un itinerario de la visita, con los nombres, direcciones y los números de teléfono de las personas y lugares que serán visitados. Si el menor no es retornado y el padre se esconde con el menor, el programa detallado ayudará a localizar al menor;
- obtener una copia del programa o itinerario;
- asegurarse de que el padre y el menor tienen los números de teléfono de los servicios de apoyo, en caso de problemas surgidos en la visita.

5.16 Cooperar con la Autoridad Central requerida para asegurar el respeto de los acuerdos concluidos

Cuando las condiciones o las garantías se acompañan al ejercicio del derecho de visita o del derecho de custodia, tomar todas las medidas posibles para asegurar que las condiciones se respetarán.

Es necesario asegurar que el padre titular del derecho de visita comprende que no respetar las condiciones convenidas podrá probablemente tener la consecuencia de que el tribunal o el padre con el derecho de custodia rechacen visitas ulteriores.

B. PAPEL DE LA AUTORIDAD CENTRAL REQUERIDA

El artículo 21 precisa que la solicitud de derecho de visita puede dirigirse a la Autoridad central requerida de la misma forma que una solicitud de retorno. Es evidente de las nociones generales de los procedimientos en el Resumen al principio de este capítulo que, desde un punto de vista administrativo, hay pocas diferencias entra el tratamiento de una solicitud de retorno del tratamiento de una solicitud de derecho de visita hasta el momento de aceptación de la solicitud.

Los apartados 5.17 a 5.20 son similares a los procedimientos en caso de sustracción de los apartados 4.1 a 4.4. Estos capítulos han sido descritos en detalle en el capítulo 4 y no es necesario repetir aquí aquella información.

5.17 Fijar los plazos para tratar las solicitudes

5.18 Las solicitudes se pueden recibir por correo, por fax o por correo electrónico

5.19 Registrar la solicitud en un registro interno

5.20 Acusar recibo de la solicitud

5.21 Verificar que la solicitud responde a las condiciones exigidas por el Convenio

Las indicaciones de buenas prácticas aplicables a la verificación y al tratamiento de las solicitudes de retorno se aplican de igual forma a las solicitudes de derecho de visita.

Los principios básicos comúnmente reconocidos a respetar son los siguientes:

- el menor reside habitualmente en un Estado parte; y
- el menor tiene menos de 16 años.

Los modelos de listas figuran en los anexos 3.7 y 3.8. Sin embargo, cualquier lista debe reflejar los diferentes principios y enfoques de los Estados partes.

Tras la aceptación de la solicitud y tras informar a la Autoridad central requirente sobre el procedimiento o los pasos jurídicos a seguir, la práctica difiere considerablemente entre Estados en cuanto al tratamiento de una solicitud de derecho de visita.

Los apartados siguientes 5.22 a 5.26 son similares a los apartados 4.6, 4.9 a 4.11 sobre los procedimientos en caso de sustracción. Estos apartados fueron descritos de forma detallada en el capítulo 4 y por lo tanto no es necesario repetir aquí aquella información. En el anexo 4.5 figura un modelo de carta para un retorno voluntario.

5.22 Si se requiere información adicional, informar a la Autoridad central requirente en la carta o el correo electrónico que acusa recibo de la solicitud o en un futuro correo, electrónico o no

5.23 Si la Autoridad central decide no recibir la solicitud, informar a la Autoridad central requirente de los motivos

5.24 Tomar las medidas apropiadas para localizar al menor y confirmar que se encuentra en el país requerido

5.25 Si el menor no ha sido localizado, devolver la solicitud

5.26 Si la solicitud es conforme a las condiciones exigidas por el Convenio, examinar si es apropiado y factible un acuerdo amistoso relativo al derecho de visita

5.27 Organizar una representación jurídica para el solicitante o ayudarle a obtenerla

Las Autoridades centrales deben tomar todas las medidas disponibles para aportar o facilitar asistencia judicial y jurídica al padre titular del derecho de visita.

El papel de las Autoridades centrales para acordar o facilitar la obtención de una asistencia judicial y jurídica varía considerablemente. Muchos Estados exigen que el solicitante efectúe una solicitud de asistencia judicial y jurídica, en las mismas condiciones que un residente o un ciudadano de ese Estado. Otras Autoridades centrales, por lo que respecta a la representación legal del demandante, tratarán una demanda de derecho de visita en las mismas condiciones que una demanda de retorno, en otras palabras, el demandante tendrá que soportar todos los costos o ninguna en función del Estado en cuestión.

Las diversas prácticas de las Autoridades centrales en materia de asistencia judicial para las solicitudes de derecho de visita incluyen:

- aportar información sobre los medios de obtención de una asistencia judicial y jurídica, y las diferentes opciones de asistencia;
- facilitar las solicitudes de asistencia judicial;
- reenviar al solicitante a un abogado con honorarios reducidos o gratuito;
- representación por las propias Autoridades centrales o por abogados del Estado;
- asegurar la gratuidad del procedimiento relativo al derecho de visita;
- los costos los sufragará la Autoridad central o la oficina de asistencia judicial.

5.28 Aportar información de seguimiento

Los comentarios del apartado 4.14 se aplican al apartado 5.28.

5.29 Asegurarse de que los procedimientos autorizados por el sistema administrativo y judicial del Estado requerido sean respetados

Las indicaciones de los apartados 4.15 y 4.17 se aplican a los apartados 5.30 y 5.31.

5.30 Tomar las medidas necesarias para evitar que el menor o las demás personas implicadas no sufran perjuicios, si se cree apropiado y factible

5.31 La presencia de los solicitantes en las audiencias en el país requerido dependerá de las circunstancias particulares del caso

5.32 Seguir la evolución de la solicitud

Un control sobre el derecho de visita en cuanto a plazos fijados puede ser difícil. Como para los casos de derecho de visita a nivel nacional, los litigios transfronterizos tienen dificultades particulares:

- pueden prolongarse largos periodos;
- puede haber pequeños o ningún progreso en ese tiempo;
- el padre con el derecho de custodia puede fácilmente escapar de los acuerdos previstos para el derecho de visita (incluso confirmados por una decisión judicial);
- no cumplir los acuerdos o no respetar las decisiones judiciales es especialmente problemático cuando el padre con derecho de visita viene del extranjero para visitar a su hijo en el país donde se encuentre y sólo dispone de un tiempo limitado allí;
- el padre con el derecho de custodia puede ejercer presión emocional, física y financiera sobre el padre titular del derecho de visita no respetando regularmente los acuerdos concluidos.

5.33 Aportar su asistencia en la aplicación o en la ejecución de las decisiones que acuerden un derecho de visita

La amplitud de la asistencia de la Autoridad central requerida en la aplicación o en la ejecución de las decisiones que acuerdan un derecho de visita varía de un país a otro.

Algunas de las medidas de asistencia ofrecidas por las diferentes Autoridades centrales incluyen:

- apoyo de los servicios sociales de protección de la infancia, por ejemplo cuando el derecho de visita debe controlarse;
- apoyo de los servicios sociales de protección a la infancia cuando son necesarias medidas para acostumar al menor a un contacto tras un largo periodo de separación;
- contactar al Servicio Social Internacional (SSI) para asistencia;
- recurrir a centros supervisados de visita;
- organizar y financiar un derecho de visita supervisado en los casos que presentan dificultades;
- organizar y financiar un contacto por teléfono;
- actuar como apartado de correos cuando la dirección del menor no pueda ser revelada.

INFORMACIÓN Y DOCUMENTOS DISPONIBLES EN EL SITIO WEB DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. < www.hcch.net >.

Sección sobre Sustracción de Niños

Sección sobre Sustracción de Niños del sitio web de la Conferencia de La Haya: < www.hcch.net >, en “Sección Sustracción de Niños”.

INCADAT

Base de datos sobre sustracción internacional de niños (INCADAT): < www.incadat.com >.

El texto de los Convenios

El texto del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*: < www.hcch.net > en “Convenios”, y luego en “Convenio N° 28”.

El texto del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* < www.hcch.net > en “Convenios”, y luego en “Convenio N° 34”.

Los Informes Explicativos

E. Pérez-Vera, “Informe Explicativo del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”: < www.hcch.net >, en “Sección Sustracción de Niños”, “Documentos explicativos” y luego en “Informe Explicativo”.

P. Lagarde, “Informe explicativo del Convenio sobre la Protección de los Niños de 1996”: < www.hcch.net > en “Publicaciones”, y luego en “Informe Explicativo”.

Comisión Especial

Todos los documentos relativos a la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y la implementación práctica del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* pueden consultarse en: < www.hcch.net >, en “Sección Sustracción de Niños” y luego en “Comisiones Especiales”.

Entre los documentos disponibles están los siguientes:

Conclusiones y Recomendaciones

- “Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (22–28 de marzo de 2001)”, preparado por la Oficina Permanente.
- “Informe y Conclusiones de la Comisión Especial sobre el *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (27 septiembre-1 octubre 2002)”, preparado por la Oficina Permanente en marzo de 2003 [disponible únicamente en inglés y francés]
- “Conclusiones y recomendaciones de la Quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y la implementación práctica del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (30 de octubre-9 de noviembre de 2006)”, adoptado por la Comisión Especial en noviembre de 2006.

Informes

- “Informe sobre la Quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y la implementación práctica del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (30 de octubre-9 de noviembre de 2006)”, preparado por la Oficina Permanente en marzo de 2007 [disponible únicamente en inglés y francés].

Documentos preliminares

- W. Duncan, “Transfrontier Access / Contact and the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. A Preliminary Report” (“Derecho de visita transfronterizo y el *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Informe Preliminar”), Doc. Prel. N° 4 de febrero de 2001 a la atención de la Comisión Especial de marzo de 2001 [disponible únicamente en inglés y francés].
- W. Duncan, “Consultation Paper on Transfrontier Acces / Contact” (“Documento de Consulta sobre derecho de visita transfronterizo”), Doc. Prel. N° 1 de enero de 2002 a la atención de la Comisión Especial de septiembre / octubre de 2002 [disponible únicamente en inglés y francés].

- W. Duncan, “El derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo y el *Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores – Informe Final*”, Doc. Prel. N° 5 de julio de 2002 elaborado para la atención de la Comisión Especial de septiembre / octubre de 2002.
- W. Duncan, “Derecho de visita transfronterizo – Principios Generales y Buenas Prácticas”, Doc. Prel. N° 4 de octubre de 2006 a la atención de la Quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* de octubre / noviembre de 2002.
- N. Lowe, E. Atkinson, K. Horosova, S. Patterson, “Estudio estadístico de las solicitudes efectuadas en el 2003 en el marco del *Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, Doc. Prel. N° 3, Parte I, de octubre de 2006 a la atención de la Quinta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (La Haya, 30 de octubre – 9 de noviembre de 2006).
- P. Lortie, “Informe sobre las comunicaciones judiciales en el contexto de la protección internacional de menores”, Doc. Prel. N° 8 de octubre de 2006 para la atención de la Quinta Reunión de la Comisión especial respecto del funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (30 de octubre – 9 de noviembre de 2006).
- A. Schulz, “Enforcement of Orders made under the 1980 Convention – A Comparative Legal Study”, Doc. Prel. N° 6 de octubre de 2006 a la atención de la Quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (30 de octubre – 9 de noviembre de 2006) [disponible únicamente en inglés y francés].
- A. Schulz, “Ejecución de las órdenes fundadas en el Convenio de La Haya de 1980 - Hacia principios de buenas prácticas”, Doc. Prel. N° 7 de octubre de 2006 a la atención de la Quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (La Haya, 30 de octubre – 9 de noviembre de 2006).
- S. Vigers, “Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares para facilitar soluciones acordadas en litigios familiares transfronterizos relativas a menores especialmente en el contexto del Convenio de La Haya de 1980”, Doc. Prel. N° 5 de octubre de 2006 a la atención de la Quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (30 de octubre – 9 de noviembre de 2006).

Guías de Buenas Prácticas

Las siguientes partes de la Guía de Buenas Prácticas en virtud del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* pueden consultarse en: < www.hcch.net >, en “Sección Sustracción de Niños” y luego en “Guías de Buenas Prácticas”:

- *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Primera Parte – Práctica de las Autoridades Centrales*, Jordan Publishing, 2003.
- *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Segunda Parte – Medidas de aplicación*, Jordan Publishing, 2003.
- *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Tercera Parte – Medidas de Prevención*, Jordan Publishing, 2005.

Cuestionarios y respuestas

Pueden consultarse los cuestionarios distribuidos por la Oficina Permanente en relación con la implementación y el funcionamiento de ambos Convenios, así como las respuestas remitidas por los Estados, en: < www.hcch.net >, en “Sección Sustracción de Niños” y luego en “Cuestionarios y Respuestas”.

El Boletín de los Jueces sobre Protección Internacional del Menor

Pueden consultarse todos los tomos del Boletín de los Jueces en: < www.hcch.net >, en “Sección Sustracción de Niños” y luego en “El Boletín de los Jueces sobre la Protección Internacional del Niño” [nota: desde 2004 los ejemplares están disponibles en español].

Seminarios Judiciales sobre la Protección Internacional de los Niños

Pueden consultarse las Conclusiones y Recomendaciones de los Seminarios Judiciales sobre la Protección Internacional de los Niños organizados por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en: < www.hcch.net >, en “Sección Sustracción de Niños” y luego en “Seminarios Judiciales sobre la Protección Internacional de los Niños”.

Entre ellos se encuentran los siguientes:

- El “Proceso de Malta”:
 - Tercera Conferencia judicial sobre cuestiones transfronterizas del Derecho de familia, San Julián, 24-26 de marzo de 2009 [disponible en inglés, francés y árabe]

- Segunda Conferencia judicial sobre cuestiones transfronterizas del Derecho de familia, San Julián, Malta, 19-22 de marzo de 2006 [disponible en inglés, francés y árabe]
- Conferencia judicial sobre cuestiones transfronterizas del Derecho de familia relacionadas con algunos Estados del mundo islámico Miembros y no Miembros del Convenio de La Haya, San Julián, Malta, 14-17 de marzo de 2004 [versión disponible en español -no oficial-].
- Seminario Judicial sobre el papel de los Convenios de La Haya en materia de Protección del Niño en la implementación práctica del CNUDN y la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, que tuvo lugar en La Haya del 3 al 6 de septiembre de 2006 [disponible únicamente en inglés y francés].