Doc. prel. No 5
julio de 2002

EL DERECHO DE VISITA / DERECHO DE TENER UN CONTACTO TRANSFRONTERIZO
y el Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

Informe final

realizado por William Duncan, Secretario General adjunto

Documento preliminar No 5 de julio de 2002
en la atención de la Comisión especial de septiembre / octubre de 2002

Buró Permanente de la Conferencia . Scheveningseweg 6 . 2517 KT La Haya . Países Bajos

INDICE

INTRODUCCIÓN 4

a Antecedentes 4

b Fuentes y terminología 7

CAPITULO I – CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
CASOS TIPICOS, PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y OBJETIVOS GENERALES 8

a La dinámica del problema 8

b Principios fundamentales 9

c Objetivos generales del marco internacional.....10

CAPITULO II – DERECHO DE VISITA. LEGISLACIÓN Y PROCEDIMIENTOS DEL CONVENIO DE 1980 11

a Objetivos del Convenio de 1980 y provisiones del derecho de visita. ....11.

b El papel de la Autoridad central en el Convenio 12

c El artículo 21 y el papel de los tribunales 13

d Las solicitudes de derecho de visita en el contexto de los procedimientos de retorno.....15

e Provisión para asistencia legal, ayuda o asesoría 16

f Diferencia entre derecho de visita y derecho de custodia 17

g Estadísticas.....19

CAPITULO III – ELEMENTOS DEL MARCO PARA RESOLVER DISPUTAS INTERNACIONALES
DE DERECHO DE VISITA / DERECHO DE TENER UN CONTACTO TRANSFRONTERIZO 21

a Introducción 21

b Aspectos jurídicos.....21

c Asesoría a los solicitantes extranjeros 26

d Reconocimiento y aplicación.....27

e Retención ilegal.....30

f Cooperación entre las Autoridades 31

g Promoción de acuerdos y mediaciones.....34

h Legislaciones nacionales y procedimientos 35

i Rapididad y retrasos 37

j Garantías previas y salvaguardias.....39

k Aplicación de acuerdo a las leyes nacionales 40

CAPITULO IV – MIRANDO HACIAL FUTURO 44

a Resumen de las deficiencias 44

b Estrategias posibles 44

(i) Instrumento obligatorio: un Protocolo al Convenio de 1980.....45
(ii) Recomendaciones 45
(iii) Guía de buenas prácticas 46
(iv) Acuerdos modelos.....47

c Respuestas del Documento de consulta 47

(i) Instrumento obligatorio: un Protocolo al Convenio de 1980.....48
(ii) Instrumento no obligatorio: Guía de buenas prácticas 48
(iii) Acuerdos modelos.....48
(iv) El Convenio de La Haya de 1996.....49
(v) Otras ideas 49

d Un programa de acción posible para la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado 49

(i) Guía de buenas prácticas 49
(ii) Principios generales relacionados con casos internacionales de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo 50
(iii) Educación jurídica y cooperación.....50
(iv) El Convenio de La Haya de 1996.....51
(v) Mediación 52
(vi) La idea de un Protocolo 52

INTRODUCCIÓN

a. Antecedentes

1 La Comisión especial de asuntos generales y políticos de la conferencia de La Haya de derecho internacional privado (8-12 de mayo de 2000), por sugerencia de las delegaciones de Australia, España, Estados Unidos y Reino Unido (Doc. Pre. No 3),[1] acordó solicitar al Buró Permanente:

> *"Que la Sesión Diplomática Decimonovena de la Conferencia de La Haya prepare un informe sobre la voluntad y la utilidad potencial de un Protocolo al Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, dicho Protocolo proveerá, de manera más satisfactoria y detallada que el artículo 21 del Convenio, el cumplimiento efectivo del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo que tienen los menores y los padres con o sin custodia, en el contexto de la sustracción internacional de menores y traslado parentales, y que sirva de alternativa para las solicitudes de retorno".*

2 El Documento preliminar declara,a manera de explicación futura de esta propuesta y de los aspectos que deberían ser considerados en el estudio que realizará el Buró Permanente:

> *"Creemos que el intento del artículo 21 de comenzar a tratar este tema en el Convenio de 1980 ofrece una justificación específica para encargar al Buró Permanente la tarea de examinar este problema con el propósito de mejorar el Convenio de 1980, así como también examinar los caminos y hasta que punto el Convenio[2] de 1996 podría ayudar a resolver dicho problema. Aunque el Convenio de 1980 y la aplicación se pueden mejorar de otras maneras, creemos que el estudio propuesto debe estar limitado al tema del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo y que no debe extenderse a otros temas, excepto cuando estén relacionados con el artículo 21. El estudio del Buró Permanente podría incluir evaluaciones de los casos jurídicos disponibles, comentarios de interpretación del artículo 21, discusiones de los problemas del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, los problemas jurídicos incluidos pero no mencionados, cómo manejaríal Protocolo al Convenio de 1980 estos problemas, la eficacia en el manejo de estos temas del Convenio de 1996, las ventajas del Protocolo al Convenio de 1980, y el efecto que tendría dicho Protocolo en la aprobación del Convenio de 1996."*

3 Durante el Cuarto encuentro de la Comisión especial de revisión del funcionamiento del *Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, que se llevó a cabo en La Haya del 22 al 28 de marzo de 2001 (en lo sucesivo la 'Cuarta comisión especial' o la 'Comisión especial de marzo de 2001'), hubo una discusión inicial sobre los temas relacionados con el derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo. William Duncan, Secretario General adjunto, había preparado especialmente para ese encuentro el Informe preliminar de derecho de visita / derecho de un contacto transfronterizo.[3] Este Informe preliminar hecho en parte con las respuestas de un cuestionario general sobre el funcionamiento del Convenio de 1980[4] y que había circulado antes del encuentro de marzo de 2001 entre los Estados miembros, los Estados partes del Convenio de 1980 y también entre organizaciones gubernamentales y no gubernamentales

---

[1] *Ver* Documento de trabajo No 3, Propuesta enviada por las delegaciones de Australia, España, Estados Unidos y Reino Unido a la Comisión especial de asuntos generales y políticos de la Conferencia (8–12 de mayo de 2000).

[2] El *Convenio de La Haya del 19 de octubre 1996 sobre jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento, aplicación y cooperación sobre la responsabilidad parental y las medidas para la protección de los menores* será denominada en este Informe como el 'Convenio de 1996'.

[3] *Ver* Doc. prel. No 4 de marzo de 2001 en atención a la Comisión especial de marzo de 2001, derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo y El *Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Informe preliminar, realizado por William Duncan, Secretario General adjunto. Este documento será denominado 'Informe prelimina' en este Informe.

[4] El *Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* será denominado en este Informe como 'el Convenio de 1980'.

importantes.[5] El Informe preliminar intentó delinear algunas áreas de interés y resumir algunos aspectos sobre el tema de políticas:

"(1) Hay necesidad de tener más orden y precisión en las reglas que determinan la jurisdicción de las Autoridades para emitir o modificar las órdenes de derecho de visita. Otra laguna seria en el sistema la ausencia de provisiones adecuadas paral reconocimiento y la aplicación de las órdenes de visita. El Convenio de La Haya de 1996 ofrece una solución posible para ambos problemas. Como se vio en las respuestas del cuestionario, un gran número de países está considerando la ratificación del Convenio. ¿Hay alguna razón para que esta no sea la solución adecuada? Si es cierto que algunos países no están seguros de ratificar el Convenio de 1996 porque tiene un alcance muy amplio (como fue planteado en la propuesta original de este estudio), ¿se debería tomar en consideración un Protocolo al Convenio de 1980 que incluya la jurisdicción, el reconocimiento y la aplicación de las provisiones del Convenio de 1996 únicamente a los problemas que caben dentro del Convenio de 1980 (o tal vez en un sentido más general a los problemas de derecho de custodia y derecho de visita)?

(2) Los obstáculos operativos que confronta un solicitante extranjero para garantizar efectivamente el derecho de tener un contacto con su hijo o hija pueden ser formidables. Hay diferencias sustanciales en los grados de apoyo que ofrecen los diferentes Estados contratantes del Convenio de 1980 a los solicitantes extranjeros. Generalmente, no hay reciprocidad. Esto se aplica también a la información que se encuentra disponible, al grado de apoyo dado a la solución final o a los arreglos acordados entre las partes, así como también a las herramientas prácticas que apoyan los acuerdos especiales del derecho contacto. La habilidad del solicitante para acceder al sistema jurídico es un punto clave y planteal problema de la provisión de asistencia legal gratuita y de consejería. El interrogante que surge es si los Estados están dispuestos a aceptar más obligaciones en estos aspectos. En particular, ¿se deben dar más obligaciones específicas y más poderes a las Autoridades centrales? ¿Se deben fortalecer las provisiones de asistencia legal?

(3) Los procedimientos legales para determinar las solicitudes de derecho de contacto pueden ser lentos y los procedimientos para aplicar las órdenes de derecho de contacto varían ampliamente. El interrogante es si se deberían aplicar, igual que se aplican a las solicitudes de retorno, los mismos requisitos (o similares) en el tiempo de expedición de los procedimientos con que se manejan las solicitudes internacionales de derecho de contacto. En este contexto, se deben dar ideas claras para lograr el equilibrio adecuado entre la duración del proceso y la necesidad de una solución acordada.

(4) ¿Qué resultados se pueden obtener con un acuerdo internacional respecto a los procedimientos de aplicación nacionales? Sin pretender unificar, ¿existen principios generales del procedimiento de aplicación que podrían ser los problemas del acuerdo?

(5) La cooperación es practicada de cierta manera pero tiende a no estar estructurada, por ejemplo con las Autoridades centrales en el intercambio de información de casos de derecho de visita. Las provisiones del Convenio de La Haya de 1996, más explicitas y especialmente las contenidas en el artículo 35, ayudan a llenar esta laguna.

(6) A la luz de las propuestas que actualmente están siendo discutidas por la Unión europea respecto a los casos de retención ilegal después de un periodo de derecho de contacto, el interrogante que surge es si las provisiones del

[5] *Ver* Doc. prel. No 1 de octubre de 2000 en la atención de la Comisión especial de marzo de 2001, información de la agenda y organización de la Comisión especial y el Cuestionario del funcionamiento operativo del Convenio y comentarios sobre recomendaciones posibles, realizado por William Duncan, Secretario General adjunto.

Convenio de 1980 son satisfactorias o si necesitan ser restringidas, especialmente en lo que concierne las defensas disponibles actualmente.

Finalmente, es importante tener en cuenta, considerando las mejoras que debe realizar la Conferencia de La Haya, el trabajo importante que están llevando a cabo otras organizaciones internacionales y regionales, así como también la Organización de Estados americanos, el Consejo de Europa y la Unión europea. El objetivo debe ser evitar conflictos y duplicaciones innecesarias".[6]

4 Durante las discusiones del Encuentro de marzo de 2001 de la Comisión especial, varias delegaciones hicieron énfasis en la seriedad de los problemas que circundan al derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo y la necesidad de tener una respuesta urgente. La conclusión formal de la discusión fue la siguiente:

"La Comisión especial reconoce las deficiencias del Convenio para garantizar la protección del derecho de visita en situaciones transfronterizas, deficiencias que los Estados contratantes ven como un problema serio que requiere atención urgente, para beneficio de los menores y de los padres afectados".[7]

5 Después del Encuentro de la Comisión especial en marzo de 2001, el Buró Permanente continuó el proceso de consultas y, en enero de 2002, puso en circulación un Documento de consulta sobre el derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo entre los Estados miembros, los Estados partes del Convenio de 1980 y entre organizaciones gubernamentales y no gubernamentales importantes.[8] Parte del propósito de este Documento de consulta era obtener puntos de vista preliminares sobre los enfoques y las técnicas que según los participantes podrían ofrecer soluciones efectivas a los problemas más preocupantes del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo. El Documento de consulta realizó una lista de varios enfoques o técnicas posibles (un protocolo, recomendaciones, una guía de buenas prácticas, acuerdos modelos) y discutió algunas de sus implicaciones.

6 La Comisión I de asuntos generales y políticas de la Sesión decimonovena de la Conferencia de La Haya, que tuvo lugar en La Haya entre el 22 y el 24 de abril de 2002, decidió que debería realizarse un encuentro de la Comisión especial entre septiembre y octubre de 2002 y continuar con los temas que se plantearon en el Cuarto encuentro de la Comisión especial de revisión del funcionamiento del Convenio de 1980 y que en ese encuentro, que se llevará a cabo del 27 septiembre al 1 octubre de 2002, debe estar en la agenda, entre otros temas, una discusión inicial del Informe final de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo.

---

[6] Doc. prel. No 4, *supra* nota 3, en el parágrafo 61.

[7] Conclusión 6.1, Conclusiones y Recomendaciones del Cuarto encuentro de la Comisión especial de Revisión del funcionamiento del *Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* (22–28 de marzo de 2001) realizado por el Buró Permanente, en abril de 2001, (en lo sucesivo 'Conclusiones y Recomendaciones'), disponible en <www.hcch.net/e/conventions/expl28e.html>.

[8] Doc. prel. No 1 de enero 2002 en la atención de la Comisión especial de septiembre / octubre de 2002, Documento de consulta del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, realizado por William Duncan, Secretario General adjunto. Este Documento será denominado 'Documento de consulta' a través de este Informe.

b. Fuentes y terminología

7 Entre las fuentes consultadas paralaborar este Informe se incluyen las respuestas[9] del Cuestionario sobre la operatividad del Convenio de 1980[10] (en lo sucesivo 'el Cuestionario') y las respuestas[11] del Documento de consulta del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo[12] (en lo sucesivo 'Documento de consulta'). Se deben agradecer a las Autoridades nacionales, incluyendo a las Autoridades centrales, y a las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales por la contribución valiosas que hicieron en tan poco tiempo. Mis colegas del Buró permanente y yo también tuvimos la oportunidad de hacer consultas y tener conversaciones con autoridades nacionales de diversa índole y organizaciones internacionales, así como también con muchos de los individuos afectados por los problemas que se discuten en este Informe. Les tenemos a todos ellos una deuda de gratitud especial.

8 Se debe aclarar que en este Informe, así como también en otros documentos preliminares, el término compuesto "derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo" ha sido usado en un sentido amplio para incluir varias modalidades de relación entre el padre sin custodia y el menor (y algunas veces con otro pariente o amigo cercano), ya sea a través de visitas periódicas, derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, comunicación a distancia o de otros medios. Se ha dicho que el uso de la palabra "visita" (mejor que la palabra "acceso") refleja una visión centrada en el menor y está más en línea con conceptos modernos como el de "responsabilidad parental" o "responsabilidades parentales".[13]

9 Aunque en este Informe se usa frecuentemente la diferencia entre derecho de visita y derecho de custodia, es importante anotar que la diferencia entre los dos conceptos no es siempre clara. Tampoco encaja con facilidad en aquellos sistemas nacionales que han movido el concepto de derecho de custodia hacial concepto de responsabilidad parental. Por razones prácticas, excepto donde el contexto de otra manera lo indica, el término "padre con custodia" no debe leerse como una palabra técnica cuando se refiere al padre con el que el menor vive habitualmente. Se presentarán, por supuesto, casos en los que el derecho de residencia o de custodia están tan intrínsecamente compartidos que la distinción entre ellos se pierde. También, se presentarán casos donde el padre o la madre con custodia quiere ejercer el derecho detener un contacto transfronterizo, por ejemplo cuando el menor disfruta de una estadía prolongada con el padre sin custodia. Finalmente, se debe recalcar que las herramientas internacionales existentes deben tener definiciones especificas de derecho de custodia y derecho de visita o de contacto, como es el caso con el *Convenio de La Haya del 25 octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*.[14]

---

[9] Las respuestas del Cuestionario están disponibles en el Doc. prel. No 2 en la atención de la Comisión especial de marzo de 2001. Se recibieron 45 respuestas de los siguientes países: Alemani, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Canadá, Chile, China (Hong Kong Región Especial Administrativa y Macao Región Especial Administrativa), Chipre, Croacia, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Paises Bajos, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia Luxemburgo, Mauricio, Méjico, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Polonia, Portugal, Reino Unido (Escocia, Gales, Inglaterra, Irlanda del Norte, Montserrat), República Checa, Suecia, Suiza, Suráfrica, el Consejo de Europa, el Centro internacional para los menores prdidos y eplotados (ICMEC) y Reunite /ENPCA.

[10] Doc. prel. No 2 de febrero de 2001, Respuestas al Cuestionario sobre el funcionamiento operativo del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

[11] Las respuestas al Documento de consulta serán incluidas en el Doc. prel. No 8 en la atención de la Comisión especial de septiembre / octubre de 2002. Se recibieron respuestas de 22 países y organizaciones: Alemania, Argentina, Austria, Bosnia y Herzegovina, Canadá, Chile, China (Hong Kong Región Administrativa Especial), Dinamarca, Estados Unidos, Francia, Paises Bajos, Islandia, Italia, Reino Unido (Escocia, Gales, Inglaterra, Irlanda del Norte), República Checa, Suecia, Suiza, Centro internacional para los menores perdidos y explotados (ICMEC), Defensa internacional para los menores (DCI) y Reunite.

[12] *Ver supra*, nota 8.

[13] *Ver* el Informe explicativo del Convenio sobre el Informe preliminar del Consejo de Europa de derecho de visita a los menores, aprobado por el Buró europeo de cooperación legal (CD-CJ) del Consejo de Europa, 4 al 7 de diciembre de 2001, CD-CJ (2001) 33 addendum, en el parágrafo 6 (disponible en <www.conventions.coe.int/treaty/EN/projects/enfants>.

[14] El Convenio de 1980, en el artículo 5, define que el derecho de custodia incluye no solo "los derechos relacionados con el cuidado de la persona del menor", sino también "el derecho a determinar el lugar de residencia del menor". Existen divergencias en el derecho de casos respecto a la definición precisa de derecho de custodia en este contexto.

CAPÍTULO I – CONSIDERACIONES PRELIMINARES. CASOS TÍPICOS, PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y OBJETIVOS GENERALES[15]

a. La dinámica del problema

10 El problema del derecho de contacto surge generalmente cuando el matrimonio, o cualquier otro tipo de relación entre los padres, concluye. En el contexto internacional los padres suelen tener a menudo nacionalidades diferentes. Se debe considerar el tema del derecho de contacto a la luz de los problemas que resultan de la separación. Por ejemplo, el padre con custodia debe aplicar a la corte para obtener un permiso de traslado a otro país (generalmente su país de origen),[16] esto es más frecuente en el *Common Law* que en el derecho civil.[17] En otra jurisdicción se podría discutir que uno de los padres habría sustraído o retenido ilícitamente al menor. Se alegaría violencia o abuso del menor o del otro padre. La situación de los padres está sujeta a cambios rápidos e inesperados después de la separación del matrimonio o de otro tipo de relación.

11 Sería de gran ayuda empezar este conteo preliminar con una corta descripción de situaciones típicas y reales que originan las dificultades, en el contexto internacional, del ejercicio del derecho de visita.

(a) En el contexto de solicitudes de retorno de un menor, el solicitante establece el derecho de tener un contacto transfronterizo con el menor dependiendo de la decisión de retorno y conforme al Convenio de 1980. Parece que en el caso de que se presenten retrasos para determinar una solicitud de retorno, la negación del derecho de tener un contacto al padre solicitante puede contribuir a la alienación del menor por parte de ese padre e incrementaría la posibilidad de que la defensa del artículo 13 *b)* tenga éxito.[18] De todas maneras, el conservar la continuidad de la relación del menor con el padre solicitante requiere que el problema de derecho de tener un contacto sea tratado tan pronto como sea posible.

(b) Cuando la solicitud de retorno es rechazada, por ejemplo con base en la defensa del artículo 13, surge inmediatamente el problema de los acuerdos apropiados de derecho de tener un contacto entre el menor y el padre que quedó atrás.

(c) Hay casos, fuera del contexto de una sustracción, en que uno de los padres solicita desdel exterior la aplicación de una orden de derecho de tener un cpntacto emitida en otra jurisdicción. El caso típico es cuando el tribunal del país donde el menor tuvo el permiso previo de residencia habitual permite al padre, que es el cuidador primario, trasladarse junto con el menor a otra jurisdicción, pero al mismo tiempo emite una orden de derecho de visita paral padre que quedó atrás. Hay conexión entre este tipo de casos y el fenómeno de la sustracción. El incumplimiento en el exterior de las órdenes de derecho de tener un contacto, emitidas en el contexto de órdenes de traslado, influye en la decisión de los jueces de permitir el traslado; si los jueces no permiten el traslado, se podrían precipitar sustracciones por parte de los cuidadores primarios.

(d) Hay casos en que el padre solicita de nuevo una orden de derecho de tener un contacto, desdel exterior, a las Autoridades del país donde vive el menor. La importancia de facilitar la solicitud se deriva principalmente del interés del menor en mantener vínculos beneficiosos con ambos padres. Además, como lo reconocieron los participantes del Convenio de 1980, la falta de apoyo del padre sin custodia a una solicitud razonable de

---

Ver, *infra,* parágrafos 12, 38-41.

[15] Algunos de los términos usados en este capítulo son tomados del "Informe de derecho internacional de visita a los menores" que fue presentado por el Buró de derecho internacional de familia (Director, Jun Yokoyama; Relator, William Duncan) de la Asociación de derecho internacional en la Conferencia de la asociación internacional de derecho de Nueva Delhi, llevada a cabo en abril de 2002. El Informe está disponible en el sitio Internet de la ILA: <www.ila-hq.org>.

[16] Por ejemplo, cuando la madre solicita a un tribunal un permiso para llevarse al menor fuera de la jurisdicción en contra de las objeciones del padre cuyos derechos (ya sea por la aplicación de la ley o por una orden de un tribunal) incluyen el veto al traslado del menor.

[17] En países de derecho civil, como Alemania o Austria, las solicitudes de traslado son poco frecuentes porque el padre con custodia generalmente tiene el derecho, debido a la custodia, a trasladar al menor a otro país.

[18] *Ver* Documento de trabajo No 3, supra nota 1.

derecho de tener un contacto podría ser leña para encender la tentación de la sustracción.

(e) En algunos casos el padre con custodia o el padre que ejerce el derecho de tener un contacto busca como modificar los acuerdos previos del derecho internacional de visita. Estos casos pueden variar, desde la búsqueda de la modificación para restringir o para terminar el ejercicio del derecho de tener un contacto, hasta los casos en que los cambios en las circunstancias requieren ajustes prácticos para los acuerdos de derecho de tener un contacto.

(f) Hay casos en que el padre con custodia o el padre sin custodia reclama que los términos del derecho de tener un contacto transfronterizo han sido incumplidos y busca una orden para restaurar el status quo. El caso extremo es la retención ilegal, en la que el padre sin custodia rechaza devolver al menor después de un periodo de derecho de tener un contacto transfronterizo. El incumplimiento alegado puede ser menos dramático. El padre que ejerce el derecho de tener un contacto puede unilateralmente cambiar los términos del derecho de tener un contacto que se habían acordado u ordenado. Por ejemplo, puede prolongar el periodo del derecho de visita unilateralmente o puede dejar de suministrar detalles de los movimientos del menor, como había sido acordado. De la misma manera, el padre con custodia puede poner obstáculos a la forma acordada de derecho de visita, por ejemplo, al no permitir el acceso al teléfono, al no entregar la correspondencia, etc.

(g) Hay casos en que el derecho de visita está por suceder. Por ejemplo, el menor está próximo a viajar para pasar las vacaciones escolares con el padre sin custodia o el padre sin custodia va a recorrer una gran distancia para visitar al menor. El padre con custodia levanta una objeción en el último minuto, basado tal vez en el temor de que los términos del derecho de visita serán incumplidos. El padre sin custodia necesita, en este caso, que la solicitud sea tratada como caso de emergencia para que el derecho de visita continúe como se había pactado.

12 En los ejemplos anteriores se usan los términos padre con "custodia" y "sin custodia". Sin duda, los casos serán más complicados cuando esta distinción no aplica, por ejemplo, en algunos casos de custodia conjunta puede ocurrir un problema inicial al determinar si los derechos en cuestión son derechos de visita o derechos de custodia. El Convenio de 1980, en el artículo 5, que define los derechos de custodia, incluye no solo los "derechos relacionados con el cuidado de la persona del menor", sino también "el derecho a determinar el lugar de residencia del menor".[19]

b. Principios fundamentales

13 Es casi norma universal en estos momentos el derecho del menor de mantener relaciones personales con ambos padres, aun cuando los padres vivan en diferentes países.[20] Otros de los principios importantes que aparecen en los instrumentos internacionales son los siguientes:

(a) El derecho del menor, que es capaz de crear sus propios puntos de vista y expresarlos libremente, puntos de vista que están de acuerdo con la edad y madurez del menor.[21]

(b) El derecho de todos los miembros de la familia de tener relaciones familiares respectadas por la ley.[22]

(c) El derecho del menor de protección en caso de disolución del matrimonio de los padres.[23]

---

[19] Artículo 5. *Ver*, *infra,* parágrafos 38-41.

[20] *Ver* el artículo 10(2) del Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del menor (implementado y abierto para firma, ratificación y acceso por resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 de la Asamblea General. Entró en efecto el 2 de septiembre de 1990, de acuerdo al artículo 49) [en lo sucesivo el 'CRC']. El CRC cuenta con 181 Estados partes.

[21] Id., artículo 12(1).

[22] *Ver*, por ejemplo, el artículo 8 del Convenio europeo de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (abierto para firma por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1959; entró en vigencia el 3 de septiembre de 1953), y las decisiones de la Corte europea de derechos humanos, infra, en la nota 164. *Ver también* el artículo 10 del Convenio Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (implementado y abierto para firma, ratificación, y acceso por la resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Entró en vigencia el 3 de enero de 1976, de acuerdo con el artículo 27).

[23] Artículo 23(4), del Convenio internacional de derechos civiles y políticos (adoptado y abierto para firma, ratificación

(d) El derecho de todas las personas, especialmente los menores, de ser protegidos del abuso físico o de cualquier otro tipo.[24]
(e) La responsabilidad conjunta de padres y madres en la crianza y desarrollo de los hijos, y se sobrentiende que el bienestar del menor es la consideración primordial en todos los casos.[25]

c. Objetivos generales del marco internacional

14 A manera de prologo, se debe resaltar que los problemas que acompañan al derecho de tener un contacto en el ámbito nacional, en ausencia de un acuerdo entre las personas interesadas, son difíciles de resolver y están sujetos a las visiones diversas de las legislaciones locales, y a menudo son la causa de litigios crónicos. Las dificultades se multiplican en el ámbito internacional debido a la distancia geográfica y a las diferencias jurídicas, lingüísticas y culturales. No se puede esperar tener mayores resultados en el ámbito internacional de los que se pueden obtener en los sistemas nacionales.

15 La ley puede ser un instrumento un poco duro en lo que se refiere al cultivo de las relaciones humanas a largo plazo. En el área de derecho de tener un contacto entre el padre y el menor, una de las funciones primordiales es proveer un marco que estimule y apoye las soluciones pactadas. Disputas en los términos de derecho de tener un contacto tienden a ocurrir frecuentemente y ocasionan litigios ineficaces y costosos, a menos que los padres puedan lograr un grado mínimo de cooperación. Lo que nos presenta otra consideración preliminar, el costo. Proveer servicios, tanto jurídicos como administrativos, para ayudar a resolver disputas constantes de derecho internacional de visita puede ser extremadamente costoso.

16 Mientras que la ley no puede garantizar por si solal éxito en el desenvolvimiento de las relaciones humanas a largo plazo, como las de padres e hijos, debe ser capaz de presentar un marco jurídico sólido que:

(a) promueva arreglos entre los padres relacionados con los acuerdos de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo y que apoye dichos arreglos una vez sean establecidos;
(b) desaliente litigios vejatorios o repetitivos de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo;
(c) provea antecedentes jurídicos firmes para que el padre con custodia se sienta seguro al entrega al menor en caso de derecho transfronterizo de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, por ejemplo con un grado de confianza tal que las condiciones de derecho de visita se van a cumplir y que el menor será devuelto después de que termine el periodo de visita;
(d) provea un marco en el que el padre sin custodia puede esperar con confianza que el padre con custodia respetará los arreglos hechos del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo;
(e) impida que uno de los padres designados pueda lastimar la satisfacción de tener el derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo o que rompa las condiciones del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo;
(f) ofrezca asistencia razonable a los padres extranjeros que buscan la aplicación, en un sistema legal que es desconocido, del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo; y
(g) ofrezca facilidades razonables para la supervisión del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, u otras medidas de protección apropiadas cuando se presentan casos sin supervisión de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo y que perjudican el bienestar del menor.

---

y acceso por la Asamblea General de la Naciones Unidas, resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966. Entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, de acuerdo al artículo 49).

[24] *Ver* Artículo 19 del CRC, supra nota 20.

[25] Artículo 5b del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (adoptado y abierto para firma, ratificación y acceso por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979. Entró en vigencia el 3 de septiembre de 1981, de acuerdo al artículo 27(1)).

CAPÍTULO II – EL DERECHO DE VISITA. LEGISLACIÓN Y PROCEDIMIENTOS DEL CONVENIO DE 1980

a. Objetivos del Convenio de 1980 y provisiones del derecho de visita

17 El objetivo primordial del Convenio de 1980 es garantizar la pronta devolución del menor retirado o retenido ilegalmente a través de las fronteras internacionales. El Preámbulo y el artículo 1 del Convenio establecen claramente que los objetivos del Convenio incluyen garantizar la "protección del derecho de visita"[26] (por ejemplo en situaciones internacionales),[27] y el "respeto efectivo"[28] de tales derechos". Los redactores del Convenio reconocieron el vínculo cercano entre los problemas de derecho internacional de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo y el fenómeno del secuestro. Se pensaba que los secuestros podrían ser reducidos si se asesoraba a los padres para que ganaran el derecho justo de visita a sus hijos.[29] Al mismo tiempo, los acuerdos paral derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo son más probables y más respectados cuando existen provisiones sólidas contra la retención ilegal de un menor por el padre en ejercicio del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo.

18 El Informe explicativo Pérez-Vera[30] aclara que el artículo 21, único artículo del Capitulo IV del Convenio que otorgal "derecho de visita", tiene limites.

> *"Sobre todo, se debe reconocer que el Convenio no busca regular el derecho de visita de manera exhaustiva; lo que indudablemente estaría por fuera de las posibilidades del Convenio. En efecto, aun si la atención que se le ha dado al derecho de visita resulta de la creencia de que él es el corolario normal del derecho de custodia, fue suficiente en el ámbito del Convenio simplemente garantizar la cooperación de las Autoridades centrales en la organización o la protección de su ejecución real. El mejor indicador del alto grado de acuerdo alcanzado en el derecho de visita es la poca cantidad de tiempo que la Comisión primera le ha dedicado."*[31]

El Convenio, particularmente en lo que respecta a la responsabilidad de las Autoridades centrales en el artículo 7f), deja gran parte a discreción de los Estados contratantes y es mayor en el caso de los tribunales. Es más, se reconoce generalmente que por la amplitud del texto, el artículo 21 en el Capítulo IV del Convenio de 1980, no ha proporcionado prácticamente medios efectivos para establecer, proteger y regular el derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo. Mientras que el artículo 21 ofrece una estructura básica y el potencial para mejorar el ejercicio efectivo del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, la falta de precisión y de detalles disminuye la aplicación efectiva en muchos países y conduce a múltiples diferencias en su interpretación.[32]

---

[26] Artículo 1(3).

[27] *Ver* el Informe explicativo del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, E. Pérez-Vera, Actos y Documentos de la Sesión XIV, Volumen III, 1982, 426, disponible en <www.hcch.net/e/conventions/expl28e.html> (en lo sucesivo el Informe 'Pérez-Vera'), en los parágrafos 56-60.

[28] Artículo 1(b).

[29] *Ver* el Informe Pérez-Vera, supra nota 27, en el parágrafo 17.

[30] *Ver, supra,* nota 27.

[31] Id. en el parágrafo 125.

[32] *Ver* por ejemplo, el Informe de la Segunda Comisión especial del encuentro sobre la revisión del funcionamiento del *Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* (junio de 1993) en la pregunta 32: "La pregunta 32: ¿Se han presentado solicitudes bajo el artículo 21? ¿Cuáles fueron los resultados? Se notó que aunque el artículo 21 reconoce el derecho de visita, no tiene provisiones legales firmes para hacerlos cumplir. Un número considerado de expertos piensa que sería un problema mayor porque las Autoridades centrales no actuarían a menos que se presenten exigencias legales firmes y que los jueces no le atribuyan tanto peso a este derecho. Muchos no estuvieron de acuerdo, señalaron que las Autoridades centrales pueden ayudar a hacer cumplir las provisiones del derecho de visita, o al menos suministrar asesoría administrativa para presentar el caso ante el tribunal. Argumentaron que un juez debe pronunciar la sentencia final del derecho de visita. Dos expertos señalaron que el derecho de visita es Primera partemportante de la custodia y que sería más positivo que se reconociera al derecho de visita como interés legítimo de la custodia. Un experto explicó que, en muchos casos, el problema era más de tipo

b. El papel de las Autoridades centrales en el Convenio

19 El artículo 21 estipula que la solicitud que será remitida a las Autoridades centrales "debe incluir los acuerdos necesarios para organizar o garantizar la aplicación efectiva del derecho de visita".[33] Se asemeja al artículo 7f) el cual, sin embargo, acredita la obligación de la Autoridad central para que pueda realizar tales acuerdos, pero la limita a la toma de "todas las medidas necesarias" y "en el momento adecuado". La Autoridad central está atada, bajo el artículo 7, a la obligación de cooperar "para promover el goce pleno de derecho de visita y hacer cumplir las condiciones a las que esté sujeto el ejercicio de este derecho". La Autoridad central está obligada a tomar los pasos necesarios "para remover, tan lejos como sea posible, todos los obstáculos que impidan tales derechos",[34] y también deberá, directa o indirectamente, iniciar o ayudar a institucionalizar los procedimientos "con miras a organizar o proteger dichos derechos y garantizar el respeto de las condiciones a las que esté sujeto el ejercicio de este derecho".[35]

20 Como lo señalal Informe Pérez-Vera, la manera precisa en que las Autoridades centrales, bajo el artículo 21 (a excepción de retirar los obstáculos tan lejos como sea posible), deben cooperar para garantizar el ejercicio del derecho de visita, "se deja a discreción de las Autoridades centrales". Las medidas específicas que las Autoridades centrales deberán tomar "dependerán de las circunstancias de cada caso y de la capacidad de trabajar a gusto con la Autoridad central".[36] 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 secuestro, 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 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 familia.[37] La mayoría de las Autoridades centrales usan websites para suministrar información relevante.[38] 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 acostumbrar 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 Australia[39] donde la Autoridad central tiene organizado y financiado, para ciertos casos difíciles, el

---

financiero que legal. Finalmente, se recomendó que la Autoridad central debe informar a su contraparte de la ayuda exacta que puede proveer a los que apliquen al derecho de visita. (*Ver* el documento entregado a la Autoridad central de Inglaterra y Gales, luego agregado como un anexo a la Circular No 2(93) del Buró Permanente dirigido a las Autoridades centrales.)"

[33] Artículo 21(1).

[34] Artículo 21(2).

[35] Artículo 21(3).

[36] *Ver* el Informe Pérez-Vera, *supra* nota 27, en el parágrafo 127.

[37] "Derecho de familia en Manitoba, 2002".

[38] El sitio Internet de la Conferencia de La Haya suministra vínculos con sitio Internets de la mayoría de las Autoridades centrales designadas bajo el Convenio de 1980. *Ver*: <www.hcch.net/e/conventions/links28e.html>.

[39] Las fuentes consultadas sobre el enfoque australiano del artículo 21, incluyen a Jennifer Degeling, "Provisiones de derecho de visita y el Convenio de La Haya". "Puntos de vista australianos", documento presentado en la Conferencia sobre la sustracción internacional del menor en Edimburgo (Escocia), el 18 de junio de 2002, organizada por la Sociedad Escocesa de Derecho y el Ejecutivo Escocés; Murray Green, "Convenio de La Haya de aplicación de derecho de visita de los menores residentes en australia," un documento preparado por la Conferencia Semestral de 1999 para los Estados y las Autoridades centrales de la Commonwealth, el 28 de octubre de 1999; y del mismo autor, "El papel de las Autoridades centrales australianas en las solicitudes de La Haya de derecho de visita. Información actualizada", cita venidera.

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 mezcolanza natural en la información y en los servicios que hay disponibles para los solicitantes extranjeros.

c. El artículo 21 y el papel de los tribunales

22 Los tribunales de los Estados contratantes tienen diversos puntos de vista del artículo 21, ya sea a través de su propia interpretación de la importancia de crear legislación o del artículo 21 del Convenio. Los Estados contratantes y con sistema jurídico de *Common Law* no están de acuerdo con la posibilidad de que el tribunal considere la solicitud de derecho de visita bajo el artículo 21. Algunos de los países lo aceptan pero lo limitan a los casos en los que previamente se ha establecido el derecho de visita por medio de una orden del tribunal. Por otra parte, en países donde funcional derecho civil como en Alemania, ni siquiera se plantea la posibilidad de que el artículo 21 pueda ser causa de acción. Son factibles los procedimientos en el caso de que el solicitante busque obtener un derecho sustantivo.

23 Algunos países disponen de procesos expeditos, similares a aquellos que aplican para las solicitudes de retorno. En otros, tales procesos no se encuentran a disposición. En algunos países, la asistencia legal disponible tiene la misma base jurídica que en los casos de retorno. En otros, no sucede lo mismo. El siguiente es un análisis más detallado de algunos casos seleccionados que dan una idea del rango de diversidad en los enfoques.

24 En Inglaterra y Gales el Tribunal de apelación decidió en el caso de *Re. G* (un menor)[40] que el artículo 21 no confiere jurisdicción a los tribunales para determinar problemas relacionados con el derecho de visita o para reconocer o implementar órdenes extranjeras de derecho de visita. El Tribunal de apelación notó que el artículo 21 no estaba dirigido hacia los tribunales sino hacia las Autoridades centrales que debían ayudar al solicitante, por ejemplo presentándole a un abogado. Cualquier solicitud de derecho de visita a los tribunales debía entonces proceder, no bajo el artículo 21, sino bajo las leyes locales.[41] En *Re. G* el menor vivía habitualmente en Ontario y el tribual le concedió la custodia a la madre y el derecho de visita al padre, además le permitió a la madre vivir con el menor en Inglaterra, que se convirtió en el país de residencia habitual del menor. El Tribunal de apelación estipuló que el tribunal inglés eral más apropiado para determinar los problemas relativos al derecho de visita. El padre argumentó sin éxito que el tribunal ingles estaba obligado a hacer cumplir la orden de Ontario. Sin embargo, la última orden emitida por el tribunal inglés fue redactada en términos similares a la de Ontario. Se ha comentado que los resultados en *Re. G* reflejan "una fusión de la comunidad internacional y el bienestar del menor, a pesar de que la determinación que la jurisdicción inglesa no tenía trabas."[42]

25 En Estados Unidos se ha adoptado de manera amplia una visión similar. En *Bromley v. Bromley*[43] una corte del distrito federal proclamó no tener jurisdicción, bajo el artículo 21, para considerar una demanda por incumplimiento del derecho de visita. El artículo 21 autoriza que solo se aplique a las Autoridades centrales para hacer acuerdos. El Convenio no establece remedios jurídicos paral incumplimiento al derecho de visita. Este enfoque fue tomado en cuenta en el caso de *Teijeiro Fernández v. Yeager*,[44] el cual confirmó que el artículo 21 no concede a los tribunales autoridad independiente para hacer cumplir el derecho de visita de los menores que no han sido trasladados ilegalmente.

---

[40] *Re. G (un menor) (*Aplicación del derecho de visita en el exterior) [1993] Fam. 216. (Tribunal inglés de apelaciones, 1992) [INCADAT cita: HC/E/UKe 110].

[41] En la Sección 8 del Acta de los menores, 1989 (Inglaterra y Gales).

[42] Por Adam J. en *Gumbrell v. Jones* [2001] NZFLR 593 (Tribunal de Familia de Nueva Zelanda (Papakura), 2001). [INCADAT cita: HC/E/NZ 446].

[43] 30 F. Supp. 2d 857 (E.D. Pa. 1998) (Corte Federal del Distrito paral Distrito Este de Pennsylvania, 1998). [INCADAT cita: HC/E/USf 223].

[44] 121 F. Supp. 2d 1118 (W.D. Mich. 2000) (Corte Federal del Distrito paral Distrito Oeste de Michigan, 2000).

26 Caso contrario, en Australia, Escocia y Nueva Zelanda, el artículo 21 puede ser usado como base legal para los procedimientos de la corte. Tomemos primero el caso de Australia, la Autoridad federal central, que a través de las Autoridades estatales centrales actúa en nombre de los solicitantes de derecho de retorno o derecho de visita bajo el Convenio, adoptó a comienzos de los años 1990 una interpretación amplia de las provisiones del Convenio y permitió que se emitieran solicitudes de derecho de visita, bajo cualquier circunstancia acorde con el Convenio, y aceptó solicitudes para establecer o garantizar el derecho de visita en Australia, sin importar si el solicitante teníal derecho de visita por orden de la corte o por un estatuto. Sin embargo, en 1997 la Corte en pleno del tribunal de familia de Australia en el caso *Policía del Comisionado de Australia del Sur* v. *Castell*,[45] restringió la política liberal de la Autoridad central al limitar las solicitudes bajo el artículo 21 a los casos en que el derecho de visita en cuestión "ya esté establecido en otro Convenio o país ya sea por aplicación de la ley, como consecuencia de una decisión jurídica o administrativa o debido a que existe un acuerdo vigente…".[46] La corte opinó que el propósito del Convenio era garantizar que el derecho extranjero de visita fuera respetado. En las regulaciones preliminares hechas bajo el Acta de enmienda de derecho de familia de Australia de 2000[47] se pretenden revertir algunos de los efectos de la decisión en *Castell* para que los futuros solicitantes no necesiten probar que ya tienen establecido el derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo en otro país, como prerrequisito para una solicitud de acuerdo a los procedimientos de La Haya.

27 En Escocial artículo 21 puede ser usado como base jurídica para demandar en la corte. Además, se aplica un proceso expedito. Sin embargo, la decisión de la División extra del *Inner House* de la Corte en sesión en el caso de *Donderio* v. *Burrell*[48] estipula ciertas limitaciones que sugieren que las provisiones del Convenio están dirigidas a apoyar únicamente al derecho de visita existente y que el artículo 21 debería ser usado solo cuando una acción urgente después del incumplimiento al derecho de visita lo requiera y también para mantener el status quo en un plazo relativamente corto. En otros casos sería más apropiado paral demandante llevar una acción familiar común, por ejemplo no bajo los procedimientos del artículo 21. La sentencia del tribunal, de la cual depende ahora y que es obligatoria a partir del 18 de septiembre de 2001 de acuerdo con la sentencia en *Donderio* v. *Burrell*, se presenta a continuación:

> *"La solicitud para organizar o proteger el derecho de visita concedido por un tribunal o Parte contratante del Convenio de La Haya o para garantizar el respeto de las condiciones del ejercicio a que está sujeto el derecho de visita se debe hacer por petición…".*[49]

El proceso expedito ha sido reservado para casos que aparezcan relacionados con el artículo 21. Sin embargo, se debe resaltar que los criterios para emitir una orden son los mismos, ya sea que la acción tome lugar bajo procedimientos del artículo 21 o como una acción familiar y local.[50]

28 Se hizo jurisprudencia en Nueva Zelanda con el caso de *Gumbrell* v. *Jones*[51] cuando se le permitió a la Autoridad central solicitar una orden de derecho de visita a un tribunal. En esta sentencia influyó el hecho de que el estatuto que abarcal Convenio de 1980 es parte del mismo estatuto que provee jurisdicción para solicitar una orden de derecho de visita para casos locales.[52] En el caso de *Gumbrell* v. *Jones*, dos menores se habían mudado con su madre de Inglaterra a Nueva Zelanda con una orden de la Corte inglesa con acuerdos minuciosos para garantizar la continuidad del derecho de visita del padre. La madre no se adhirió a todos los arreglos. La Corte de Nueva Zelanda emitió una orden para hacer cumplir la orden inglesa.

---

[45] [1997] FLC 92-752 (Tribunal de Familia de Australia (Adelaida), 1997). [INCADAT cita: HC/E/AU 211].

[46] *Id.*

[47] Regulación preliminar para enmendar el derecho de familia 2001 (No.), en el Acta de enmienda de derecho de familia (No 143 de 2000).

[48] 2000 SLT 1051. 2000 SCLR 465, 1999 Fam. LR 141 (División Extra Escocesa del Inner House del tribunal de sesión, 1999). [INCADAT cita: HC/E/UKs 349].

[49] Reglas enmendadas de la Corte de sesión (Escocia), Regla 70.5(2).

[50] En el Acta de los menores (Escocia) 1995, Sección 11(7).

[51] *Ver, supra,* nota 42.

[52] Acta de custodia 1968, que fue enmendado en 1991 para adaptarse al Convenio de 1980.

Durante el proceso de decisión, Adam J. dijo que las solicitudes que entran bajo el alcance del Convenio y que incluyen obligaciones internacionales, deberían ser rastreadas rápidamente. El también opinó que aunque la ultima orden fue la de la Corte de Nueva Zelanda, ya que los menores residen habitualmente en Nueva Zelanda, se debe hacer cumplir la orden extranjera de derecho de visita emitida por el Estado donde los menores residían anteriormente. En general, se podría asumir que tales órdenes velan por el bienestar del menor desde que fueron emitidas. El bienestar del menor continúa siendo la consideración principal y se puede modificar una orden extranjera, cuando se considere apropiado, o no se emite definitivamente ninguna orden.

29 En resumen, no hay opiniones uniformes entre los Estados contratantes en las respuestas a las siguientes preguntas:

(a) ¿El artículo 21 ofrece alguna base jurídica para pedir que una corte o que un tribunal administrativo garantice el derecho de visita? (preocupación mayor en las jurisdicciones de *Common Law*).
(b) Si el artículo 21 ofrece dicha base jurídica, ¿Cuáles son los límites? En particular, ¿Los procedimientos bajo el artículo 21 deberían estar limitados a los casos en los que el derecho de visita ya ha sido establecido en otro país del Convenio? ¿Deben haber pruebas del incumplimiento del derecho de visita? ¿Están los procedimientos limitados a los casos de urgencia?
(c) Si el artículo 21 ofrece una base jurídica para procedimientos legales, ¿Cuáles procedimientos son apropiados? En particular, ¿Se usan en las solicitudes, bajo el artículo 21, los procedimientos expeditos que se usan en las demandas de retorno? ¿El derecho de asistencia legal o ayuda dada a los solicitantes de una orden de retorno debe aplicar también a los solicitantes bajo el artículo 21?
(d) ¿Qué criterios sustantivos se deben aplicar para resolver solicitudes de derecho de visita bajo el artículo 21? ¿Deben ser los mismos que se aplican a las solicitudes locales de derecho de visita?

30 Esta visión general del artículo 21 parece ampliamente aceptada, así ofrezca o no la base jurídica para los procedimientos de la corte, no crea ninguna obligación de reconocer, en el estricto sentido de la palabra, o de hacer cumplir una orden extranjera de derecho de visita. Por otra parte, los principios generales del Buró así como las consideraciones del bienestar del menor han sido tomadas algunas veces para sugerir que se debe dar respecto considerable a las órdenes emitidas por el tribunal del país de residencia habitual del menor.[53]

31 Finalmente se debe resaltar que en los países, donde los solicitantes no están obligados a proceder ante la corte para una solicitud de derecho de visita bajo el artículo 21, tienen generalmente un proceso alterno local a disposición y este podría ser el caso en el que el menor tiene su residencia habitual en el país en que se hizo la solicitud.[54] La dificultad paral solicitante, por lo tanto, no reside en el hecho de que los procedimientos no estén contenidos en el artículo 21 sino en la posibilidad de que si ya se han usado procedimientos locales, estos podrían tener desventajas, tales como la falta de apoyo al papel de la Autoridad central, procedimientos más lentos o provisiones menos favorables para asistencia legal, ayuda o asesoría.

d. Las solicitudes de derecho de visita en el contexto de los procedimientos de retorno

32 Un problema particular, que no los recordó el Convenio de 1980, ha surgido en el contexto del procedimiento de retorno. El padre que quedó atrás debe, además de buscar el

---

[53] *Ver*, por ejemplo, *Re. G (un menor)* (Inglaterra y Gales), *supra* nota 40, en la que Butler-Sloss LJ declaró: "La existencia de una orden de la Corte donde el menor era residente habitual es … de crucial importancia y es el factor al que se le debe dar el mayor peso posible, de acuerdo a la obligación de considera al bienestar como primordial". *Id.* en 676. *Ver también* Director General, Departamento de Familia, Juventud y Cuidado Comunitario v Reissner [1999] 25 Fam LR 330 (Tribunal de Derecho de Familia (Brisbane), 1999) [INCADAT cita: HC/E/AU 278] en el que Lindenmager J del Tribunal de Familia de Australia se refirió a la necesidad de "tener consideración a la decencia relativa y las circunstancias con que se emiten las órdenes de [derecho extranjero de visita]…". *Id.* en 17.

[54] Por ejemplo, en Inglaterra y Gales.

retorno del menor, solicitar a la corte el derecho temporal de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, que depende de la sentencia de retorno y resulta muy importante en caso de retrasos en determinar la solicitud de retorno. En varios de los Estados contratantes se tiene jurisdicción para emitir una orden temporal de derecho de visita que depende de la sentencia de la solicitud de retorno. En algunos países, la autoridad parallo se deriva del artículo 21 del Convenio.[55] El implementar la legislación incluye en algunos países darle poder general a la corte para ofrecer directrices temporales, que dependen de la sentencia de retorno, con el propósito de garantizar el bienestar del menor o prevenir perjuicios contra una de las partes interesadas.[56] Sin embargo, en otros países no hay solicitudes temporales y un país[57] lo interpreta, bajo el artículo 16 del Convenio, como una exclusión a esta posibilidad.

33 Parece que un país[58] podría aceptar que la corte tiene jurisdicción para emitir órdenes de derecho de visita cuando se retira una solicitud de retorno aludiendo que de común acuerdo entre las partes el menor permanece en la jurisdicción pero que continúa sujeto a los acuerdo de derecho de visita. Se podría discutir que es razonable a la luz del artículo 4, artículo 7, parágrafo 2c), artículo 21y artículo 26, parágrafo 4.

34 El problema que surge cuando se rechaza una solicitud de retorno es si el solicitante debe recurrir al artículo 21 para obtener el derecho de visita que ya ha sido establecido o reconocido. De nuevo, no hay procedimientos consistentes. En este contexto es válido anotar que las Regulaciones preliminares en Australia dan a la Autoridad central poder expreso para solicitar a la corte una orden de derecho de visita cuando la orden de retorno ha sido rechazada.[59]

e. Provisión para asistencia legal, ayuda o asesoría

35 Tal vez, el problema más importante es la posibilidad real que tiene el solicitante de acceder a un procedimiento legal en el país que lo solicita. ¿Qué significa paral Convenio "facilitar la institucionalización de procedimientos" dada la diferencia de opinión en los Estados contratantes? ¿Qué provisiones existen para la asesoría legal, ayuda y representación? Australia es un ejemplo del amplísimo rango de posibilidades, En dicho país las Autoridades centrales pueden solicitar al tribunal una variedad de órdenes para garantizar el cumplimiento efectivo del derecho de visita.[60] Las solicitudes de retorno en Australia tienen requisitos delegibilidad para las personas que solicitan asistencia legal. Se debe resaltarse que, como es el caso con las solicitudes de retorno, la Autoridad central estatal establece procedimientos en nombre de la Autoridad central de la Commonwealth y los abogados no reciben órdenes directas del padre que quedó atrás, aunque toman en cuenta los puntos de vista del padre. A continuación, hay un número sustancial de países donde la Autoridad central no quiere estar incluida en los procedimientos, pero hará los acuerdos necesarios para que el solicitante tenga un abogado que lo represente y asesore. En muchos de estos países se dispone de asistencia legal gratuita. Generalmente hablando, la provisión de asistencia legal está sujeta a los medios y/o a las evaluaciones de los méritos.[61] Lo que contrasta con las solicitudes de retorno ya que en un número reducido de países la asistencia legal está disponible sin evaluación.[62] La solicitud de una evaluación de medios y méritos resulta, algunas veces, en un procedimiento largo de la solicitud de asistencia legal que conlleva a retrasos.

---

[55] Por ejemplo, Alemania.
[56] Por ejemplo, Escocia e Irlanda.
[57] Suecia.
[58] Por ejemplo, Alemania.
[59] Regulación preliminar de enmienda del derecho de familia 2001, *supra* nota 47, Reg. 25A.
[60] *Ver* Parte 4 del derecho de familia (Convenio sobre la sustracción del menor) Regulaciones 1986, autoridad dada por el Acta de derecho de familia 1975 (Cth) S11B (Australia).
[61] *Ver* Doc. prel. No 3 de septiembre / octubre 2002, Guía de buenas prácticas bajo el *Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* – Primera parte – Prácticas de la Autoridad central, realizado por el Buró Permanente.
[62] Por ejemplo, Irlanda y Reino Unido.

36 Hay una serie de países, tipificados por Estados Unidos, que no proporcionan asistencia legal gratuita pero tratan de conseguir un abogado privado para que lleve los casos, con reducción de los costos totales, tarifas más económicas o con un *pro bono*. Como se señala en la respuesta de Estados Unidos, el proceso de conseguir un abogado privado puede ser bien difícil para los casos de derecho de visita, que se demoran mucho, y para los casos que incluyen modificaciones o la emisión de una orden de derecho de visita más que para los casos de una simple aplicación de una orden existente. Esto puede ser una gran obstáculo paral solicitante.

37 Obviamente, se presenta variedad en los ejemplos comunes. En Suecia, por ejemplo, la asistencia legal es concedida a ciudadanos extranjeros no residentes en casos de derecho de visita solo si se presentan "razones especiales". En Alemania la Autoridad central hace los arreglos necesarios para que un abogado represente al solicitante o, dado el caso, para asistencia legal. La Autoridad central misma establece procedimientos legales y solicita que le asignen el caso. En Manitoba, Canadá, la Autoridad central, a pesar de no representar al solicitante, debe monitorear el progreso de los procesos de la corte y aparecer en el papel de *amicus curiae*. Los servicios varían, claro está, de estado a estado, dentro de los sistemas federales. Por ejemplo, la mayoría de las provincias en Canadá tienen a disposición asistencia jurídica en casos de derecho de visita, excepto Ontario.

f. Diferencia entre derecho de visita y derecho de custodia

38 En la introducción se hicieron algunas observaciones preliminares sobre la terminología que se usa en este Informe, especialmente en el uso de términos como derecho de visita, visita, derecho de custodia y responsabilidad parental.[63]

39 La distinción entre derecho de visita y derecho de custodia es crucial, bajo el Convenio de 1980, ya que una orden de retorno puede ser emitida únicamente en caso de incumplimiento del derecho de custodia,[64] y no en el caso de incumplimiento del derecho de visita. La definición de los dos conceptos, que no es exhaustiva, aparece en el artículo 5 del Convenio:

> "*A los efectos del presente Convenio–*
>
> a) *'el derecho de custodia' comprenderá los derechos relacionados con el cuidado de la persona del menor y, particularmente, el derecho a determinar el lugar de residencia del menor*
> 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.*

La mayoría de los casos de la ley se refiere a la definición de derecho de custodia más que al derecho de visita porque el principal remedio que presental Convenio, la orden de retorno, solo está a disposición en caso de incumplimiento del derecho de custodia. Sin embargo, la definición de derecho de custodia debería considerar en sí misma, algunas veces, el derecho de visita. El artículo 5 del Convenio define el derecho de custodia que, además, incluye no solo los "derechos relacionados con el cuidado de la persona del menor", sino también "el derecho a determinar el lugar de residencia del menor". Se presentaron muchos casos en que los padres sin custodia (en el sentido de padre que no es el cuidador primario) emplearon el remedio de la orden de retorno para reivindicar el derecho de visita. El ejemplo clásico es cuando el derecho de visita está en combinación con una orden del tribunal (una orden *ne exeat*) que prohíbe al padre con custodia salir de la jurisdicción con el menor sin el consentimiento del otro padre o sin el permiso del tribunal. La preponderancia del caso legal es acorde con que una orden *ne exeat* sea capaz delevar el "derecho de visita" al estatus de "derecho de custodia".[65] En otras palabras, el padre que quedó atrás y que disfruta del derecho de visita

---

[63] *Ver, supra,* parágrafos 7 y 12.

[64] Artículo 3(a).

[65] *Ver*, por ejemplo, C. c. C. [1989] 2 Todos E.R. 465 (Tribunal Inglés de Apelación, 1988) [INCADAT cita: HC/E/UKe 34]; Foxman c. Foxman, c.a. 5271/92 (Corte Suprema de Israel, 1992); varios casos de Estados Unidos antes de la sentencia en Croll c. Croll (infra nota 66), incluye por ejemplo, *David S.* c. *Zamira S.*, 151 Misc. 2d 630, 574 N.Y.S. 2d

únicamente puede, debido a la existencia de una orden *ne exeat*, emplear el Convenio para traer de vuelta al menor al país de residencia habitual. El punto de vista contrario[66] declara que esto constituye un uso inadecuado de la orden de retorno, la cual no estaba destinada a ofrecer mecanismos para apoyar el derecho de visita. Una discusión completa de este problema, que ya ocasionó un debate importante, está más allá del alcance de este documento.[67] Sin embargo, quizás es justo comentar que debido a que el Convenio de 1980 no ofrece medios efectivos para garantizar el derecho de visita en situaciones internacionales ha alentado, tal vez, el uso del procedimiento de retorno para este propósito[68] y puede, indirectamente, haber reforzado la tendencia jurídica usual de ofrecer un rango amplio de posibilidades al concepto de derecho de custodia.

40 Este tema ha planteado también la existencia de una superposición en la definición de derecho de custodia y derecho de visita. ¿Es implícito paral padre que tiene el derecho de custodia tener también el derecho de visita? En el caso australiano del *Director General, Departamento de NGS de Servicios Comunitarios v. O*,[69] una corte italiana le había concedido la custodia del menor al padre. Varios años más tarde, la madre que teníal derecho de visita se llevó el menor a Australia y se negó a devolverlo. El padre, sin tener éxito en la solicitud de una orden de retorno, aplicó al derecho de visita bajo el Convenio. Como se explicó anteriormente, este procedimiento del artículo 21 está disponible en Australia solo en caso de que haya un derecho existente de visita. El problema, por lo tanto, era si la orden de custodia italiana también implicaba que el padre tenía derecho de visita. El juez australiano rechazó este supuesto y señaló que el derecho de custodia y el derecho de visita son conceptos discretos bajo el Convenio. Si la corte aceptaba que la orden de custodia italiana podía ser considerada como una especie de orden de derecho de visita, la corte australiana tenía que considerar entonces el tipo de derecho de visita a que tendría derecho el padre. Lo que podría ser inconsistente con la posición australiana de que el artículo 21 no se debe usar para obtener una orden que definal derecho de visita.

41 Si la enmienda propuesta a la ley australiana entrara en efecto, se evitaríal problema de definir el derecho de visita como sucedió en el caso *O*, ya que se podría usar el procedimiento del artículo 21 para establecer el derecho de visita *de novo.*[70] Se debe señalar que el problema mencionado puede darse en otro contexto, por ejemplo cuando una orden de retorno ha sido rechazada. Un padre con custodia puede, por ejemplo, desear el derecho de visita / derecho de

---

429 (Tribunal de Familia de Nueva York, 1991) [INCADAT cita: HC/E/USs 208]. El enfoque amplio fue seguido también por los delegados al Segundo encuentro de la Comisión especial de revisión del funcionamiento del *Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, realizada en La Haya en 1993. El Informe de ese encuentro está disponible en el sitio Internet de la Conferencia de La Haya en: <www.hcch.net/e/conventions/Informes28e.html>.

[66] *Ver Croll* c. *Croll* 229 F.3d 133 (2d Cir. 2000) (la Corte de apelación de Estados Unidos del circuito segundo, 2000) [INCADAT cita: HC/E/USf 313] rechazado como "contrario al peso de la autoridad en Sonderup c. Tondelli SA 2000 No CCT 53/00, una sentencia del tribunal Constitucional de Suráfrica." La posición contraria encuentra apoyo en la sentencia francesa en Ministerio Público c. Mme. Y., (19 de marzo de 1992) T.G.I. de Perigueux, D. 1992, en p. 315 y en las sentencias del Tribunal Supremo de Canadá en Thomson c. Thomson [1994] 119 D.L.R. (4th 253) [INCADAT cita: HC/E/CA 11] y D.S. c. C.W. [1996] 134 D.L.R. (4th) 481 [INCADAT cita: HC/E/CA 17]. Para un análisis detallado de los dos casos, ver Martha Bailey, "Derecho de custodia bajo el Convenio de La Haya", 11 B.Y.U.J. Pub. L. 33, 42-50 (1997). Si tiene dudas de si los casos del Convenio apoyan al enfoque en Croll c. Croll ver Linda Silberman, "Enmiendas al Convenio sobre la sustracción: un llamado para un nuevo protocolo internacional y una sugerencia para enmendar al ICARA", junio de 2002, publicado por el Journal de derecho internacional de Texas.

[67] Para mayor información y discusión de este tema ver, entre otros, la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, Actos y Documentos, Decimacuarta Sesión, Sustracción del Menor 266 (1982); A.E. Anton, "El Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores", 30 I.C.L.Q. 537 (1981); Eekelaar J.M., "sustracción Internacional de menores por los padres", 32 U. Toronto L.J. 281 (1982); P. Beaumont y POR EJEMPLO McEleavy, El Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores (Oxford University Press, 1999); Linda Silberman, "Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de Menores: Un Informe progresivo", 57 Derecho y problemas contemporáneos, 209 (1994), y por la misma autora "Enmiendas al Convenio sobre la sustracción: un llamado para un nuevo protocolo internacional y una sugerencia para enmendar al ICARA", *supra* nota 66; Merle H. Weiner, "Navegando en el camino entre la uniformidad y el progreso: la necesidad de un análisis progresivo del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", Colombia derechos humanos revisión de la Ley, Vol. 33, No 2 (primavera de 2002).

[68] *Ver* M. Freeman, "Temas contemporáneos sobre la sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya sobre la sustracción", publicado por Reunite (Londres 2002) en 158-160.

[69] 17 de marzo de 2000, Tribunal de familia de Australia, Juez Laurier sin reporte.

[70] *Ver, supra,* nota 47.

tener un contacto transfronterizo con el menor cuando este se encuentra en un periodo de visita largo al padre sin custodia.

g. Estadísticas

42 El análisis estadístico de las solicitudes hechas en 1999 en La Haya bajo el *Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles del secuestro internacional del menor*, realizado por Nigel Lowe, Sarah Armstrong y Anest Mathias para la Comisión especial de marzo de 2001,[71] ofrece datos útiles sobre la incidencia y los resultados de las solicitudes de derecho de visita recibidas en 25 Estados contratantes en 1999. Se revisaron 197 casos nuevos, que representaban un número considerable del total estimado de 220 solicitudes de derecho de visita, en todos los Estados contratantes en 1999. Aquí se presentan varios aspectos importantes del análisis estadístico.

43 El número de solicitudes de derecho de visita fue relativamente pequeño comparado con el número de solicitudes de retorno (17% : 83%).

44 Estas son las conclusiones que sacaron los autores del estudio con relación al resultado de las solicitudes:

> *"La conclusión principal es que el solicitante obtiene el derecho de visita al menor en el 43% de las solicitudes, sea por acuerdo voluntario o por una orden judicial. Comparado con el 50% de las solicitudes de retorno que terminan con la devolución del menor. La alta proporción de solicitudes de derecho de visita (13%) que todavía están pendientes, contrasta con el 9% de las solicitudes de retorno. Se debe anotar que este comportamiento era predecible porque generalmente toma más tiempo disponer de una solicitud de derecho de visita que de una solicitud de retorno. También, se debe anotar que en algunos casos donde se concedió derecho de visita legalmente o se rechazó, la sentencia fue acordadaen acuerdo al Convenio de La Haya, y en otros casos la sentencia se tomó de acuerdo a las leyes locales.*[72] *Este es un testimonio de las diferentes interpretaciones del artículo 21 del Convenio. De las 65 solicitudes que llegaron al tribunal, al 74% se le concedió el derecho de visita y al 26% se le rechazó. Sorprendentemente, esta proporción es la misma en las solicitudes de retorno. En contraste, más solicitudes de derecho de visita son retiradas que solicitudes de retorno (26% contral 14%), quizás es más predecible dada su naturaleza proactiva. De hecho las solicitudes retiradas totalizaron el mayor resultado."*[73]

45 Respecto a la rapidez con que las solicitudes de derecho de visita fueron procesadas, los autores señalan:

> *"Como el Cuestionario fue formulado de manera diferente en el tema del tiempo, contrario al retorno, solo es posible indicar amplios lapsos de tiempo en vez de días específicos. Las investigaciones anteriores encontraron que las solicitudes de derecho de visita toman considerablemente más tiempo que las solicitudes de retorno, se confirma con el 71% de los casos que van a la corte se retrasan seis meses. Las disposiciones en seis semanas eran relativamente escasas. Es interesante anotar que el 42% de los casos que llegaron a un acuerdo voluntario se retrasaron seis meses y*

---

[71] Doc. prel. No 3 de marzo de 2001 en la atención de la Comisión especial de marzo de 2001 (Versión revisada, noviembre de 2001), Un Análisis estadístico de las solicitudes hecho en 1999 bajo El Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, realizado por Nigel Lowe, Sarah Armstrong y Anest Mathias (disponible en el sitio Internet de la Conferencia de La Haya en: <www.hcch.ner/e/conventions/Informes28e.html>.

[72] "De las 48 solicitudes concedidas judicialmente, 12 fueron otorgadas bajo el Convenio y 25 bajo leyes nacionales. De 17 rechazos, 5 fueron hechos bajo el Convenio y 8 bajo las leyes nacionales. Lo que entendemos es que las solicitudes de derecho de visita, consideradas por los tribunales de Alemania, Inglaterra y Gales y Estados Unidos, se deciden bajo leyes nacionales". Doc. prel. No 3 de marzo de 2001 en atención a la Comisión especial de marzo de 2001 (Versión revisada, noviembre de 2001), *supra* nota 71, en el pie de página 46.

[73] *Id.* en 29.

el 18% de los casos que resultaron en acuerdo voluntario llegaron a una conclusión en menos de seis semanas.

Se evidencia con estas cifras que los casos de derecho de visita toman considerablemente más tiempo en ser resueltos que los casos de derecho de retorno. Por ejemplo, el 26% de los fallos de las solicitudes de retorno se decidieron en seis semanas, mientras que para las solicitudes de derecho de visita, la cifra fue de solo el 5%. Tomando en cuenta las solicitudes que se retrasaron seis meses en llegar a una solución, la diferencia es notoria, el 19% de las decisiones jurídicas en las solicitudes de retorno tomó más de seis meses comparado con el 71% de las sentencias en las solicitudes de derecho de visita. Las solicitudes de derecho de visita se demoraron también más en llegar a soluciones voluntarias, el 18% en seis semanas comparado con el 50% de las solicitudes de retorno. El 42% de los acuerdos voluntarios en las solicitudes de derecho de visita se retrasaron seis meses comparado con el 14% de los retornos voluntarios."[74]

46 En las observaciones finales, al comparar los retornos con las solicitudes de derecho de visita, los autores agregan:

"La necesidad de arreglar de manera expedital retorno del menor es evidente, entre más rápido vuelval menor al país de residencia habitual, menos problemas de adaptación tendrá con su nuevo entorno. La necesidad de tener un sistema de rastreo rápido para tratar las solicitudes de derecho de visita bajo el Convenio de La Haya no es tan clara. Aparte del hecho de que el solicitante está en una jurisdicción extranjera, no hay necesidad imperante de tratar la solicitud de manera diferente a cualquier solicitud local de derecho de visita."[75]

47 El Buró Permanente en cooperación con el gobierno canadiense está conformando una base de datos estadísticos (La Base de datos estadísticos sobre la sustracción internacional de menores - INCASTAT) que servirá para mantener información actualizada sobre las tendencias en las solicitudes de derecho de visita en el marco del Convenio. Se espera que la INCASTAT esté disponible en internet antes de finales de 2002.[76]

---

[74] *Id.* en 31.

[75] *Id.* en 36.

[76] *Ver* Doc. prel. No 10 de 2001 en atención a la Comisión especial de septiembre / octubre de 2002, Documento de información, con una descripción detallada de la INCASTAT. INCASTAT complementará la Base de datos sobre la sustracción internacional de menores (INCADAT), una base de datos del Convenio de casos legales importantes de todo el mundo. *Ver* Doc. prel. No 10, *Id.*, para más información. Disponible en <www.incadat.com>.

CAPÍTULO III – ELEMENTOS DEL MARCO PARA RESOLVER DISPUTAS INTERNACIONALES DE DERECHO DE VISITA / DERECHO DE TENER UN CONTACTO TRANSFRONTERIZO

a. Introducción

48 Este capítulo identifica e investiga los diferentes elementos que causan impacto en las resoluciones de los conflictos internacionales de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo. Los elementos investigados son diversos. Estos elementos cubren dos aspectos, la preocupación del derecho internacional privado (problemas de jurisdicción internacional, el reconocimiento, la aplicación y la cooperación entre las Autoridades en diferente países), así como aspectos de derecho nacional que incluyen aspectos sustanciales, el procedimiento y la aplicación. Si los intentos para mejorar el sistema van a ser efectivos, se necesita comprender y explicar el panorama general. La mayoría de los elementos están interrelacionados. La reforma de partes aisladas del sistema sin contemplar el contexto conlleva al riesgo de fracaso. Por ejemplo, las mejoras al sistema internacional paral reconocimiento y la aplicación de las sentencias de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo serán subestimadas si los procedimientos de aplicación nacionales son ineficaces. Los procesos locales y las reglas sustanciales necesitan ser revisadas desdel punto de vista del impacto que causan en los casos internacionales. Las mejoras en las facilidades, en los servicios de los solicitantes extranjeros y el acceso que tienen a los sistemas legales foráneos no servirán de nada si los procesos adoptados y las reglas sustanciales que aplican a los casos son insensibles a las características especiales, incluidos los problemas particulares de los casos internacionales, que surgen del tiempo, la distancia y el idioma.

b. Aspectos jurídicos

<u>La importancia de parámetros jurídicos acordados</u>

49 Se dice que mientras la ley por sí misma no puede garantizar el desarrollo fructuoso de las relaciones entre los hijos y los padres que se encuentran en países diferentes, debe ser capaz de todas formas de ofrecer un marco jurídico firme con el que se estimule hacer acuerdos, se eviten conflictos innecesarios y litigios, se garanticen acuerdos paral derecho internacional de visita y se impidan obstrucciones injustificadas al mencionado derecho.[77] Un elemento esencial en este marco jurídico estable es una serie de parámetros con el propósito de ejercer jurisdicción para emitir o modificar órdenes de derecho de visita en situaciones transfronterizas, así como son esenciales las provisiones paral reconocimiento y la ejecución de la orden de derecho de visita emitida de acuerdo con los parámetros acordados. Una serie de parámetros jurídicos, coherentes y universales es esencial por tres razones:

(a) Para evitar conflictos de jurisdicción cuando las solicitudes de derecho de visita son consideradas por primera vez. Cuando exista la posibilidad de que las Autoridades o los tribunales de varios países ejerzan jurisdicción. Cuando haya peligro de duplicación de litigios con los costos correspondientes que acarrean y la emisión de órdenes inconsistentes. Se evitan duplicaciones con el lema de "primer atendido, primer servido" (*lis pendins*), que podría ser un incentivo para que uno de los padres acudan rápidamente al foro más conveniente, una solución que contradice el principio de que los padres deben ser alentados para arreglar las diferencias que afectan a los hijos por medio de acuerdos y en lo posible, sin litigios.

(b) Para garantizar que existe jurisdicción apropiada para emitir órdenes de derecho de tener un contacto transfronterizo cuando sea conveniente paral menor. Existen lagunas que deben ser llenadas, por ejemplo cuando no hay jurisdicción para emitir órdenes temporales.

(c) Para circunscribir la jurisdicción en caso de modificaciones a la orden de derecho de tener un contacto tranfronterizo existente. Si una orden de derecho de tener un contacto transfronterizo existente puede ser fácilmente modificada por la autoridad del país en el

[77] *Ver, supra,* parágrafo 16.

que el menor vive temporalmente, en particular, con el propósito de ejercer el derecho de visita en dicho país, la situación de incertidumbre que surge estimulal litigio, promueve la emisión de órdenes conflictivas, pone en peligro posibles arreglos de derecho de visita acordados y sirve para desanimar al tribunal cuando tiene que considerar si debe otorgar la orden paral ejercicio del derecho de visita en el exterior.[78] Al mismo tiempo, es importante tener principios reales jurídicos y circunscritos, que inhabiliten los términos y las condiciones de derecho de visita los cuales deben ser modificados en situaciones de emergencia por la autoridad del país en el que el menor únicamente está presente.

50 Otros problemas más específicos que se deben solucionar por medios de parámetros jurídicos acordados están ilustrados en los ejemplos de casos que se presentaron anteriormente[79] que, además, incluyen:

(a) ¿La autoridad con la solicitud de retorno tiene jurisdicción para emitir órdenes temporales de derecho de visita?
(b) ¿La autoridad que ha rechazado una solicitud de retorno tiene competencia para determinar los problemas de derecho de visita entre el menor y el padre que quedó atrás? ¿Cómo se trata un conflicto potencial que surge del ejercicio de jurisdicción por la autoridad del Estado del padre que quedó atrás?
(c) En caso de una nueva solicitud de una orden de derecho de visita de un solicitante extranjero, ¿Qué parámetros jurídicos se aplicarían? ¿Se deben basar principalmente en la residencia habitual, en la presencia del menor o en otro fundamento?
(d) ¿Cuáles son los parámetros jurídicos que aplican a las solicitudes de modificación de una orden de derecho de visita? ¿Hasta que punto la autoridad que ha emitido la orden original debe retener la jurisdicción que sigue al cambio, por ejemplo del lugar de residencia habitual del menor?
(e) ¿La autoridad de un país, donde el menor visitará al padre sin custodia, tiene la jurisdicción para hacer una orden de antemano necesaria con el fin de ayudar a garantizar las condiciones de visita que se va a llevar a cabo (por ejemplo órdenes similares u órdenes paral reconocimiento de antemano de una orden de derecho de visita existente)?

El marco existente

51 Ya hemos visto que el Convenio de 1980 en sí mismo no contiene parámetros jurídicos explícitos, aunque está implícito que las Autoridades del Estado del lugar habitual de residencia del menor deberían ejercer la jurisdicción general respecto a las disputas relacionadas con el derecho de custodia. También se ha explicado que, aun en relación con las solicitudes de derecho de visita que están estrechamente conectadas con las solicites de retorno y que están diseñadas para la corte o para una autoridad encargada de las solicitudes de retorno (por ejemplo solicitudes de derecho de visita temporal o solicitudes de derecho de visita del solicitante que no tuvo éxito con una orden de retorno), hay puntos de vista divergentes sobre la jurisdicción de la Corte, bajo el Convenio. En general, los tribunales no han tratado al Convenio de 1980 como si fuera una jurisdicción definitiva. Las circunstancias exactas en que se puede usar el artículo 21 permanecen confusas, aun en los países que lo toman como la base para solicitar a la Corte la garantía del derecho de visita. Generalmente, en tales casos el menor en cuestión estará presente o residirá habitualmente en el país donde esta domiciliada la corte o la autoridad y será la base real paral ejercicio de la jurisdicción. Generalmente, esta es la base jurídica en los países donde la solicitud solo puede ser realizada por medio de procedimientos domésticos más que bajo el Convenio.

---

[78] Esta es la consideración que inspira la creación del artículo 15 del Convenio preliminar del Consejo de Europa sobre el derecho de contacto con los menores. *"Artículo 15 – Condiciones para implementar las órdenes de derecho de contacto transfronterizo: la autoridad judicial del Estado parte en la que implementará una orden de derecho de contacto transfronterizo emitida en otro Estado parte debe, cuando se reconozca o se declare obligatoria dicha orden o que en cualquier momento, fijar o adoptar las condiciones para la implementación, así como también las salvaguardias o garantías que sean necesarias para facilitar el ejercicio de esta orden dado que los elementos esenciales son respetados y tomados en cuenta, especialmente, el cambio de las circunstancias y los acuerdos hechos por los interesados. Bajo ninguna circunstancia se debe revisar la sustancia de la sentencia extranjera". Supra* nota 13.

[79] *Ver, supra,* parágrafo 11.

52 Más allá del Convenio de 1980, las reglas jurídicas del derecho internacional de visita divergen ampliamente de un país a otro. En varios países europeos (particularmente los que son Partes[80] *del Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 sobre los poderes del gobierno y el derecho aplicable a la protección de los menores*) la base principal de la jurisdicción es el lugar habitual de residencia del menor. La simple residencia del menor también puede ser la base en unos países, particularmente cuando el caso es urgente. La Regulación II de Bruselas otorga competencia limitada en asuntos de derecho de visita a la corte que ejerce la jurisdicción para conceder el divorcio, la separación jurídica o la nulidad del matrimonio bajo la Regulación.[81] La provisión fue inspirada por el Convenio y es casi idéntica a la contenida en *el Convenio de La Haya del 19 de octubre de 1996 sobre jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento, aplicación y cooperación respecto a la responsabilidad parental y medidas de protección para menores.*

53 En Estados Unidos la jurisdicción reside en el "Estado hogar",[82] por ejemplo el estado donde el menor ha vivido los últimos seis meses antes del registro inicial de la acción y donde vivía con un padre o con otra persona que servía como *loco parentis*. El Estado hogar retiene jurisdicción exclusiva, aun dado que el menor y el padre con custodia se han mudado permanentemente a otra jurisdicción por tanto tiempo que una de las partes (por ejemplo el padre sin custodia con derecho de tener un contacto transfronterizo) continúa viviendo allá. Este concepto de una jurisdicción de Estado hogar continua (se debe recordar que es desarrollada en el contexto de la jurisdicción federal múltiple del Estado bajo la Constitución) se opone directamente al principio aceptado por los Estados contratantes de que la jurisdicción sufre cambios en el lugar habitual de residencia del menor. Esto causal ejercicio de la jurisdicción competente por autoridades en dos Estados diferentes, particularmente en los casos donde se pide la modificación de una orden existente.

54 Finalmente, es materia de duda en algunas jurisdicciones el problema de la autoridad de un país al que el menor quiere entrar en el futuro, con el propósito de derecho de visita, pero en el que el menor no tiene en el momento un lugar de residencia habitual o ni siquiera está presente.[83]

55 Para resumir, se debe decir que el panorama internacional de la jurisdicción para emitir o modificar una orden de derecho de visita ha sido hasta ahora bien insatisfactorio. Se ha presentado mucha incertidumbre en algunos de los temas, como también en el potencial de las jurisdicciones competentes. En contra de este enfoque empezaron las negociaciones en 1994 en La Haya y de donde surgió *el Convenio de La Haya del 19 de octubre de 1996 sobre jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento, aplicación y cooperación respecto a la responsabilidad parental y medidas para la protección del menor.*

El Convenio de La Haya de 1996

56 Uno de los objetivos del Convenio de 1996, respecto a la protección del menor y en situaciones internacionales, es evitar conflictos entre los sistemas legales en lo que concierne a la jurisdicción. Lo que se puede lograr por medio de reglas que determinen "los Estados cuyas autoridades tienen jurisdicción para tomar medidas de protección de la persona o propiedad del menor".[84]

---

[80] Los Estados partes al Convenio de 1961: Alemania, Austria, China (Macao solo la Región Administrativa Especial), España, Francia, Paises Bajos, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Portugal, Suiza y Turquía.

[81] Regulación (EC) No 1347/2000 del 29 de mayo de 2000 sobre la jurisdicción y el reconocimiento y la aplicación de sentencias sobre asuntos matrimoniales y asuntos de responsabilidad parental para los hijos de ambos esposos, OJ No L160 de 30 de junio de 2000 [en lo sucesivo 'Bruselas II'].

[82] Jurisdicción unificada de custodia del menor y acta de aplicación § 201. UCCJEA § 201, 9 U.L.A. en 671. La Sección 105 del UCCJEA provee que una corte estadounidense debe tratar a la corte de un país extranjero como si fuera un estado de Estados Unidos con el propósito de aplicar las secciones de jurisdicción y cooperación del acta. Ver además Robert G. Spector, "Jurisdicción de la custodia internacional del menor y acta de aplicación", Journal de la Universidad de Nueva York de derecho internacional y políticas, Vol. 33, No 1 (otoño de 2000) en 251.

[83] *Ver* por ejemplo, *Re P (un menor)* (órdenes de menores) 2000 1 FLR 435 (Inglaterra y Gales), donde el menor del que se solicitaba una orden, ni vivía regularmente ni estaba físicamente presente en Inglaterra y Gales, en el momento que se emitió la orden. *Ver* además Juez Singer, "Ordenes Similares: algunas reflexiones", un documento presentado a la Conferencia de derecho de familia de Reino Unido, Londres, 8-9 de octubre de 2001.

[84] Artículo 1(1)(a).

57 Primero se debe explicar que el alcance del Convenio de 1996 incluye de manera clara las órdenes de visita. El Convenio más relacionada con todas las medidas encaminadas para proteger la persona o la propiedad del menor,[85] cubre específicamente el "derecho de derecho de visita, incluido el derecho a tener al menor por un periodo limitado de tiempo en un lugar diferente al sitio habitual de residencia del menor".[86] También cubre las medidas tomadas por "una autoridad" (jurídica o administrativa), que establece el derecho de visita o derecho de tener un contacto transfronterizo o que limita o anexa salvaguardias a su ejercicio. El término "derecho de visita" abarcal derecho autorizado que el padre tiene para mantener con el menor contactos a distancia, por medio de correspondencia, teléfono o cualquier otro medio.[87] Se aplica a los menores que tengan hasta 18 años.[88] No hay una definición y por lo tanto no hay una limitación explicita para las personas a las que se debe emitir una orden a favor de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo. El asunto se deja al derecho aplicable que es el usado generalmente en el foro.[89]

58 Con respecto a la jurisdicción, la regla primordial del Convenio es que las Autoridades administrativas o jurídicas del Estado del lugar habitual de residencia del menor tienen la jurisdicción para determinar los asuntos relacionados con el derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo.[90] Las Autoridades del Estado donde el menor está presente tienen la jurisdicción, en el caso de menores refugiados o de menores cuyo lugar de residencia habitual no pueda ser establecido.[91]

59 Generalmente, cuando cambial lugar de residencia habitual del menor, las Autoridades del nuevo lugar de residencia tienen la jurisdicción.[92]

> ***Ejemplo:*** *El señor X y la señora X obtienen el divorcio en Canadá, país de residencia de la pareja, después de haber terminado el matrimonio. Se concede la custodia del hijo a la señora X con derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo al señor X. La señora X se muda legalmente con el menor y se establece en Polonia.*
>
> *Las provisiones de derecho de visita ordenadas en Canadá, después del cambio de residencia habitual del menor a Polonia, seguirán siendo obligatorias (y se aplicaran en Polonia) hasta que las Autoridades polacas las modifiquen, reemplacen o terminen, (artículo 14).*

60 Sin embargo, si se establece un nuevo lugar de residencia después de la retención ilícita del menor, la jurisdicción permanecerá en las Autoridades del país del lugar habitual de residencia anterior hasta que se cumplan ciertas condiciones.[93] Al mismo tiempo, las Autoridades del nuevo lugar de residencia deben tomar únicamente medidas urgentes[94] o provisionales.[95]

> ***Ejemplo:*** *El señor X y la señora X tienen su hogar en Nueva York. El matrimonio se termina y, sin el consentimiento del señor X o sin el beneficio de una orden de un tribunal, la señora X se traslada con el menor a Suecia, país de su nacionalidad y donde residía anteriormente.*

---

[85] Artículo 1.
[86] Artículo 3(b).
[87] *Ver* el Informe explicativo del *Convenio del 19 de octubre de 1996 sobre jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento, aplicación y cooperación en la responsabilidad parental y medidas para la protección del menor*, P. Lagarde, Actos y Documentos de la Sesión XVIII , volumen III, 1998, 534-605, (en lo sucesivo 'Informe Lagarde'), en el parágrafo 20, disponible en <www.hcch.net/e/conventions/expl34e.html>.
[88] Artículo 2.
[89] *Ver* Capítulo III del Convenio de 1996.
[90] Artículo 5.
[91] Artículo 6.
[92] Artículo 5(2).
[93] Artículo 7.
[94] Artículo 11.
[95] Artículo 12.

*Las Autoridades de Nueva York continuarán con la jurisdicción para estatuar sobre el derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, a menos que el señor X consiental traslado (artículo 7, parágrafo 1*a*), o después de que haya pasado un año y no haya solicitudes pendientes de retorno del menor y el menor ya se ha establecido en su nuevo entorno (artículo 7, parágrafo 1b). En el periodo temporal, las Autoridades suecas pueden tomar medidas necesarias que sean urgentes, pero dichas medidas pierden vigencia tan pronto como las Autoridades de Nueva York tomen las medidas requeridas para la situación.*

61 En circunstancias excepcionales, y cuando se benefician primordialmente los intereses del menor, se debe transferir con el consentimiento de las Autoridades del lugar de residencia habitual de menor, la jurisdicción de los casos de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo a las Autoridades de otro país, por ejemplo el de la nacionalidad del menor, o a cualquier otro Estado con el que el menor tenga un vínculo especial.[96]

Ejemplo: *el señor X tiene su lugar habitual de residencia en Francia y su esposa tiene el lugar habitual de residencia en Paises Bajos. La señora X tiene la custodia del menor de 11 años que habitualmente reside en Paises Bajos, pero que asiste a un internado en Francia. Una orden emitida por las Autoridades en Paises Bajos le otorga al señor X derecho limitado de visita a su hijo. El señor X desea solicitar, con el consentimiento de su esposa, a las Autoridades francesas un acuerdo donde se pueda prolongar el derecho de visita. Los tribunales holandeses opinan que las Autoridades francesas están en posición de pronunciar el mejor fallo para dicho acuerdo particular.*

En estas circunstancias, las Autoridades holandesas deben dar su consentimiento para transferir la jurisdicción que se hace, ya sea por solicitud propia suponiendo también que las Autoridades francesas consideran que es lo mejor paral bienestar del menor (artículo 8) o por solicitud de las Autoridades francesas (artículo 9). Estas provisiones ofrecen una estructura para la cooperación jurídica que debe ser útil en otros contextos.

Ejemplo: *Un tribunal en Argentina está tomando en consideración emitir una orden que permita al menor, que habitualmente reside con su madre en Argentina, viajar durante las vacaciones escolares a Brasil, donde vive el padre. El tribunal está preocupado de que el padre pueda usar esta oportunidad para sustrajar al menor y llevarlo a un tercer país. El tribunal está preparado para emitir la orden de derecho de visita, pero solo si los tribunales brasileros toman ciertas medidas de protección de antemano.*

El artículo 8 ofrece el mecanismo para lograrlo y para establecer la jurisdicción de la corte brasilera a pesar del hecho de que el menor no reside habitualmente o que ni siquiera está presente en Brasil.

62 Las Autoridades de un Estado que ejerce la jurisdicción para decidir sobre el divorcio (o la separación legal o nulidad del matrimonio) de los padres de un menor deben, con el consentimiento de los padres, determinar los problemas de la custodia y de derecho de visita, con tal de que uno de los padres tenga su lugar de residencia habitual en ese Estado cuando empezaron los procedimientos y con tal de que uno de los padres tenga responsabilidad parental del menor afectado en ese momento.

Ejemplo: *El señor X y la señora X tienen dos hijos, un niño de 12 años y una niña de 6 años. Después de haber terminado el matrimonio, y por acuerdo, el señor X vive con el niño en Alemania y la señora X vive con la niña en Dinamarca. La señora X aplicó a los tribunales daneses para un divorcio de consentimiento y los padres acordaron solicitarle a la corte danesa que determine los aspectos de la custodia y del derecho de visita a los dos hijos.*

---

[96] Artículos 8 y 9.

63 Las Autoridades del Estado donde está presente el menor tienen jurisdicción para tomar las medidas necesarias en casos de urgencia[97] o para tomar medidas temporales con nuevos limites territoriales.[98] Se dio un ejemplo anteriormente en el parágrafo 60.

> ***Ejemplo:*** *El señor X y la señora X estaban viviendo en Noruega. La señora X sustrajo a su hijo de 6 años y lo llevó a Nueva Gales del Sur, donde viven ahora. El señor X solicitó una orden de retorno. El señor X viajó hasta Nueva Gales del Sur con este propósito y de acuerdo a los resultados de estos procedimientos, solicitó al tribunal local una orden temporal de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo.*
>
> *Las Autoridades de Nueva Gales del Sur tienen la jurisdicción para emitir dicha orden en caso de urgencia, pero cualquier orden emitida se caerá tan pronto como las Autoridades noruegas hayan tomado las medidas necesarias para la situación.*

c. Asesoría a los solicitantes extranjeros

64 Un solicitante extranjero que pide la ejecución de una orden existente de derecho de visita o que solicita una orden de derecho de visita *de novo*, sea bajo el alcance del Convenio de 1980 o no, enfrenta múltiples dificultades sobretodo las que enfrentan los casos locales. Las dificultades surgen de la distancia, de la falta de familiaridad con el idioma, con el sistema jurídico y con otros servicios importantes, y de la posible falta de apoyo personal o lazos familiares en el país extranjero. La batalla de un solicitante para obtener el derecho internacional de visita sin apoyo apropiado puede ser muy costosa y abrumadora. El problema entonces aparece en el ámbito de los servicios ya que las Autoridades deberían poner a disposición, teniendo en cuenta que se proveen servicios no solamente paral beneficio del solicitante sino también pensando en el bienestar del menor o los menores afectados. Algunas de las preguntas específicas que surgen son los siguientes:

(a) ¿Qué tipo de información se debe suministrar (y en qué idiomas)?
(b) ¿Qué tipo de asesoría jurídica deberia ser disponible?
(c) ¿Qué grado de ayuda para acceder al sistema jurídico es apropiado, y particularmente, debería haber algún tipo de asistencia legal gratuita?
(d) ¿Qué facilidades deben existir para promover una solución acordada?[99]
(e) ¿Qué apoyos se deben suministrar para los arreglos de derecho de visita que ya han sido acordados u ordenados? Por ejemplo facilitar la supervisión del derecho de vista o ayudar con los arreglos de viaje del menor.

<u>Los Convenios de La Haya</u>

65 Estos problemas ya han sido examinados desdel punto de vista de los procedimientos bajo el Convenio de 1980.[100] La investigación de los procedimientos bajo el Convenio de 1980 revela diferencias sustanciales en los grados de apoyo que ofrecen los diferentes Estados contratantes a los solicitantes extranjeros. En mayor parte no hay reciprocidad. Esto aplica a la información que hay disponible, a los grados de apoyo que se dan a los arreglos acordados entre las partes, a la provisión de asistencia jurídica, ayuda o derecho de visita, así como a las facilidades operativas que hay disponibles para apoyar los acuerdos de visita particulares.

66 El Convenio de La Haya de 1996 no añade significativamente a las provisiones del Convenio de 1980 en este respecto.[101] El artículo 30, parágrafo 2, impone una obligación a las Autoridades centrales "en conexión con la aplicación del Convenio, para tomar los pasos apropiados para suministrar información, así como a las leyes y los servicios disponibles en los Estados relacionados con la protección de los menores". También contiene provisiones que

---

[97] Artículo 11.
[98] Artículo 12.
[99] Este problema se discute en, infra, capítulo III, sección g.
[100] Ver, supra, capítulo II, sección e.
[101] Ver, supra, capítulo II, secciones b y e.

relacionadas a la cooperación con la Autoridad central.[102] Especialmente, bajo el artículo 35, parágrafo 1, las Autoridades de un Estado contratante deben pedir a las Autoridades de otro país "ayuda en la implementación de medidas de protección tomadas bajo este Convenio, especialmente para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de visita así como del derecho de mantener visitas directas de manera regular". El Convenio no contiene provisiones adicionales referentes a la asistencia legal o a la asesoría.

Otros instrumentos y documentos preliminares

67 *El Convenio preliminar del Consejo de Europa de derecho de visita del menor*[103] se adhiere a la prescripción general de que "en los casos internacionales, las Autoridades centrales deben ayudar a los menores, padres y otras personas con vínculos familiares con el menor, especialmente, para institucionalizar procedimientos referentes al derecho internacional de visita".[104] El Informe explicativo de los Estados del Convenio declara que bajo este artículo implica "no solo el suministro de una lista de abogados, sino también la provisión de ayuda para obtener, por ejemplo, asistencia legal".[105] Parece, sin embargo, que no está intencionado para imponer obligaciones a las Autoridades centrales en la institucionalización de procedimientos, ni tampoco para imponer obligaciones a los Estados partes en el suministro de asistencia legal gratuita para este fin.

68 *El propósito de la Comisión de las Comunidades Europeas para un Consejo de regulación de la jurisdicción y el reconocimiento y aplicación de las sentencias en asuntos matrimoniales y en asuntos de responsabilidad parental*[106] dispone el cumplimiento mutuo de las sentencias de derecho de visita a los menores y ofrece más detalles para la cooperación con las Autoridades centrales en casos específicos.[107] También, existe el compromiso, en procedimientos paral reconocimiento o la aplicación de una orden de derecho de visita, de suministrar asistencia legal al solicitante, que en el Estado de origen ha sido beneficiado con la exención de los costos o de los gastos que cuesta la asistencia completa o la ayuda parcial legal. Dicho solicitante tiene derecho a beneficiarse de una asistencia legal más favorable y de la exención más extensa de los costos y gastos provistos por la ley del Estado de aplicación.[108]

d. Reconocimiento y aplicación

69 El reconocimiento y aplicación de la orden de derecho de tener un contacto que se ha emitido bajo una base jurídica sustancial es un elemento importante para obtener órdenes en

---

[102] *Ver, infra,* capítulo III, sección f.

[103] *Supra* nota 13.

[104] Artículo 13, parágrafo 3.

[105] *Supra* nota 13, en el parágrafo 107.

[106] Regulación revocatoria (EC) No 1347/2000 y Regulación de enmiendas (EC) No 44/2001 en cuestiones de manutención. Bruselas, 3.5.2002, COM(2002) 222 final.

[107] "*Artículo 57 - Cooperación en casos específicos*
Las Autoridades centrales deben cooperar en casos específicos, con el propósito particular de garantizar el ejercicio efectivo de la responsabilidad parental del menor. Para ello deben actuar, acorde a las propias leyes, directamente o a través de las Autoridades públicas o de otras instituciones:
(a) sobre el intercambio de información:
(i) sobre las condiciones del menor,
(ii) sobre los procedimientos en camino, o
(iii) sobre las sentencias que conciernen al menor;
(b) hacer recomendaciones, cuando sea apropiado, especialmente para coordinar medidas protectoras tomadas en el Estado miembro donde el menor está presente, por una decisión tomada en el Estado miembro que tiene jurisdicción hasta la sustancia del problema;
(c) tomar todas las medidas necesarias para ubicar y devolver al menor, esto incluye institucionalizar procedimientos para este fin según los Artículos 22 al 24;
(d) suministrar información y ayuda a los que tiene la responsabilidad parental y que piden que se reconozcan y que se hagan cumplir las sentencias en su territorio, especialmente las relacionadas al derecho de visita y de retorno del menor;
(e) comunicaciones de apoyo entre los tribunales, en particular para transferir el caso según el artículo 15 y decidir en casos de sustracción del menor según los Artículos 22 al 24; y
(f) promover acuerdos entre los que tienen la responsabilidad parental a través de mediación o por otros medios, y organizar cooperación internacional con este fin."

[108] Artículo 52.

el sistema internacional. La falta de principios de reconocimiento puede conllevar a litigios repetitivos, con desventajas paral padre que quedó atrás o paral padre sin custodia, y no apoya la idea del tribunal de considerar una solicitud del padre con custodia para reubicación. Sin embargo, hay un amplísimo margen de circunstancias diversas que necesitan ser tomado en cuenta con relación al reconocimiento apropiado, procesos de aplicación y a los parámetros establecidos. Por otra parte, hay casos relativamente sencillos donde el tribunal del lugar de residencia habitual del menor ha pronunciado una orden de reubicación combinada con provisiones de visita, y el padre con custodia, inmediatamente después de la reubicación, rechaza cumplir con las condiciones del derecho de visita.[109] Aquí encontramos un caso difícil para un proceso simple y rápido de reconocimiento y aplicación. Es contrario al caso en el que las Autoridades del país, donde el menor tenía un lugar previo de residencia habitual, emitieron una orden de derecho de tener un contacto varios años antes. Si se asume que las provisiones del derecho de tener un contacto han funcionado razonablemente bien y han sufrido una que otra modificación por acuerdo de los padres. Sin embargo, las circunstancias han cambiado, el menor ha crecido y ha empezado a crear sus propios puntos de vista. Entonces aparece una disputa que los padres son incapaces de resolver por acuerdo, como en el pasado. Los problemas aquí relacionados en referencia a la aplicación de la orden original del derecho de tener un contacto son más complicados. La aplicación rápida y poco estudiada de una orden prolongada de derecho de tener un contacto es inapropiada. Existen muchas razones para no hacer cumplir la orden original o al menos para hacerle modificaciones, especialmente donde el Estado requerido tiene la jurisdicción y el menor tiene establecido su hogar en este momento. Casos de este tipo muestran la necesidad de tener un equilibrio cuidadoso entre el principio de reconocimiento automático y las dudas que surgen sobre la jurisdicción para modificar una orden de derecho detener un contacto. Para decirlo de otra manera, es importante que los principios de reconocimiento deban estar redactados bajo parámetros jurídicos claros y coherentes. Lo cual subyace en la filosofía del *Convenio de La Haya del 19 de octubre de 1996 de jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento, aplicación y cooperación en responsabilidad parental y medidas de protección del menor.*

El Convenio de La Haya de 1996

70 "El Capitulo IV (del Convenio de 1996) ofrece una series de reglas detalladas, que faltaban en el Convenio de 1961, paral reconocimiento y aplicación en el Estado contratantes de medidas de protección tomadas en otro Estado contratantes".[110] Las órdenes de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo emitidas por una autoridad que ejerce la jurisdicción bajo el Convenio tienen derecho a ser reconocidas, por razones operativas de la ley, en todos los Estados contratantes.[111] Los fundamentos para rechazar el reconocimiento no son muy amplios[112] y el Estado está obligado a reconocer la jurisdicción en que se basó el Estado de origen.[113] Se emite la provisión para determinar de antemano si las órdenes del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo emitidas en un Estado deben ser o no reconocidas en un otro.[114] La aplicación de las órdenes de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo en el país de domicilio toma lugar, de acuerdo al procedimiento jurídico de ese país,[115] como si estas medidas hubieran sido tomadas por las Autoridades de ese mismo país y hasta donde la ley provee.[116] El proceso por el cual se declara la orden obligatoria o se inscribe para aplicación debe ser simple y rápido.[117]

Otros instrumentos

71 Existen ciertos instrumentos regionales que estipulan el reconocimiento y la aplicación de las órdenes de derecho de tener un contacto. En Europa, por ejemplo, *el Convenio del Consejo*

---

[109] *Ver,* por ejemplo, *Gumbrell v Jones* (Nueva Zelanda), *supra* nota 42.
[110] Informe Lagarde, *supra* nota 87 en el parágrafo 6.
[111] Artículo 23(1).
[112] Artículo 23(2).
[113] Artículo 25.
[114] Artículo 24.
[115] Artículo 26(1).
[116] Artículo 28.
[117] Artículo 26(2).

de Europa del 20 de mayo de 1980 sobre el reconocimiento y de las decisiones de la custodia del menor y de la restitución de la custodia del menor (algunas veces llamadal Convenio de Luxemburgo).[118] Este Convenio no contiene una serie de principios jurídicos comprehensivos e indirectos,[119] además, tiene un margen relativamente amplio de fundamentos paral no-reconocimiento.[120] También existe la Regulación II de Bruselas,[121] que provee el reconocimiento a la orden del derecho de visita transfronterizo emitida en el contexto del divorcio, la separación y la nulidad de matrimonio. El Convenio de los Países Escandinavos de 1931 opera entre los países nórdicos.[122] En los Estados donde no operan los instrumentos internacionales, la práctica varía. En muchos países, se requieren acuerdos recíprocos para que la aplicación sea posible. En los Estados Unidos bajo el UCCJEA,[123] el principio es que una orden extranjera de visita es aplicable en EE.UU. si fue emitida de conformidad considerable con los parámetros jurídicos del artículo 2 del UCCJEA.[124]

72 El hecho de que la aplicación puede ser vista en algunos países bajo el contexto del Convenio de La Haya de 1980, no implical derecho de aplicación de la orden extranjera. Por ejemplo, como hemos visto en Australia, aunque los principios del Buró resultan considerablemente respetuosos con las órdenes extranjeras, no están en ausencia de acuerdos recíprocos, no son obligatorios como tales, aunque la corte australiana debe apresurar la emisión de una orden similar.[125]

73 Uno de los principales objetivos de la actual propuesta de la Comisión europea para una regulación con respecto a la responsabilidad parental,[126] es mejorar el sistema en Europa paral reconocimiento y la aplicación de la orden de derecho de tener un contacto, así como otras decisiones relacionadas con la responsabilidad parental. Lo que hace parte de una gran estrategia en la Comunidad europea para crear "un área jurídica genuina basada en el principio del reconocimiento mutuo de decisiones jurídicas",[127] un principio que aplica también a otros aspectos civiles y comerciales. En el área del derecho de familia, se tomó el primer paso, como se describió anteriormente, en la legislación II de Bruselas. Bajo la regulación propuesta de derecho de responsabilidad parental, el derecho de visita concedido en un Estado Miembro tendrá será reconocido y será aplicado en otros Estados miembros "sin necesidad de un proceso especial",[128] con tal de que la sentencia haya sido certificada adecuadamente por la corte de origen. La certificación requiere que la sentencia no haya sido concedida por incumplimiento de presentarse y que se le dio al menor la oportunidad de escucharlo, a menos que hubiera sido considerado inapropiado, teniendo en cuenta la edad del menor y el grado de madurez.[129]

74 El Convenio preliminar del Consejo de Europa sobre el derecho de tener un contacto con los menores no contiene reglas especificas que legislan el reconocimiento y la aplicación pero si obliga a los Estados partes a "suministrar, inclusive cuando sea aplicable de acuerdo a instrumentos internacionales importantes: (a) un sistema de reconocimiento y aplicación para órdenes emitidas en otros Estados partes relacionadas con el derecho de tener un contacto y el derecho de custodia; (b) un procedimiento para que las órdenes relacionadas con el derecho

---

[118] Luxemburgo, 20.C.1980.

[119] Algunos principios contrarios están en los Artículos 9.1.b y 10.1.c.

[120] *Ver* Artículos 9 y 10.

[121] Regulación (EC) No 1347/2000 del 29 de mayo de 2000 en la Jurisdicción y el reconocimiento y aplicación de sentencias en asuntos matrimoniales y en asuntos de responsabilidad parental del menor con ambos padres, OJ No L160 de 30 de junio de 2000, p. 19.

[122] El Convenio Nórdico del 6 de febrero de 1931 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia.

[123] Jurisdicción unificada de la custodia del menor y acta de aplicación, 9(1A) U.L.A. 657 (1999), que ha sido adoptada en 21 Estados y que está remplazando gradualmente al acto de jurisdicción unificado de custodia del menor (UCCJA), 9(1A) U.L.A. 271 que ha sido adoptada en 50 Estados.

[124] UCCJEA, id., en § 105(b), 9 U.L.A. en 662.

[125] *Ver, supra,* parágrafo 26.

[126] *Supra* nota 13.

[127] Conclusiones del Consejo europeo Tampere, de octubre de 1999, punto 33.

[128] Artículo 46.1. El llamado abolición de exequátur. *Ver* el Memorando explicativo de la comisión de las comunidades europeas en p. 5.

[129] Artículo 46.2(a)(b).

de tener un contacto y el derecho de custodia emitidas en otros Estados partes sean reconocidas y declaradas obligatorias de antemano al ejercicio del derecho de visita en el Estado de domicilio".[130]

e. Retención ilegal

75 La medida más importante suministrada por el Convenio de 1980, la orden de retorno, ofrece un apoyo sólido a los acuerdos de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo. La retención inadecuada de un menor en incumplimiento del derecho de custodia se sitúa en el mismo nivel que el traslado inadecuado del menor.[131] En este caso aplica una orden de retorno del menor "futura".[132] El Convenio contiene de esta manera la sanción principal contral abuso más serio del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo a través de las fronteras internacionales, principalmente la retención ilícita del menor después de que el tribunal ha acordado u ordenado el periodo de derecho de visita. Al mismo tiempo, la existencia de esta sanción apoyal derecho de visita del menor al crear las condiciones para que el padre con custodia o el tribunal se sienta más seguro en acordar o aprobar acuerdos sobre el contacto en el exterior con el padre sin custodia. La orden de retorno en caso de retención ilegal está sujeta a las mismas defensas, cuidadosamente balanceadas, que aplican a un traslado ilegal.

76 Cuando las provisiones del Convenio de 1980 se mezclan son las del Convenio de 1996, la posición del padre con custodia se limita en el caso de retención ilegal. El Convenio de 1996 confirma que las Autoridades del lugar de residencia habitual del menor disfrutan de la jurisdicción principal[133] y que el artículo 7 garantiza en caso de que un menor haya sido retenido ilegalmente después de un periodo de derecho de visita en otra jurisdicción, que las Autoridades del país donde sucedió la retención no tendrán la jurisdicción general, aun si ellas han rechazado devolver al menor.[134] Las Autoridades del lugar de residencia habitual retendrán la jurisdicción y cualquier orden emitida por ellos será de obligatoriedad paral reconocimiento[135] y la aplicación hasta que un número de condiciones estrictas sean cumplidas satisfactoriamente.[136] "El efecto combinado de los dos Convenios es establecer claramente que el comportamiento injusto no será recompensado y que está al servicio del bienestar del menor y al retorno del menor bajo el mandato del Convenio (de 1980). El no retorno del menor es el último recurso y no es la opción aceptable."[137]

77 La propuesta de la Comisión de la Comunidad europea de una regulación del consejo referente a la responsabilidad parental[138] también contiene ciertas provisiones cuyo objetivo es, como en el Convenio de 1996, reforzar la supremacía de la jurisdicción de las Autoridades del lugar de residencia habitual del menor en casos donde una sustracción o un traslado injusto estén incluidos. Todavía se debaten los mecanismos precisos que deben ser incluidos en la Regulación.[139] Un elemento que parece permanente es que una orden paral retorno de un menor emitida por las Autoridades donde el menor reside habitualmente estará obligada a ser reconocida y aplicada sin que se requiera de un proceso especial.[140] La habilidad de las Autoridades del país donde el menor ha sido retenido ilegalmente para demorar el retorno por medio de medidas provisorias será limitada a casos de "riesgo grave" o "de objeciones del menor".[141]

---

[130] Artículo 14.1.
[131] Artículo 1.
[132] Según el artículo 12.
[133] *Ver* artículo 5.
[134] Por ejemplo bajo el artículo 13 del Convenio de 1980.
[135] Artículo 23.
[136] Artículo 28.
[137] Gloria F. De Hart, "La Relación entre el Convenio sobre la Sustracción de menores de 1980 y el Convenio sobre la protección del menor de 1996", en el Journal de Nueva York de derecho internacional y políticas, Vol. 33, No 1 (otoño de 2000) en 94.
[138] *Supra* nota 107.
[139] Estos problemas se tratan en el capítulo III de la Regulación propuesta del consejo.
[140] Artículo 47.
[141] Artículo 23. Esta es una modificación preliminar que excluyó, en los procedimientos de retorno, las defensas que

f. Cooperación entre las Autoridades

78 El tema de la cooperación entre las Autoridades, especialmente con las Autoridades centrales, en disputas de derecho internacional de vista ha sido enfatizado en algunas de las respuestas del Cuestionario y del Documento de consulta. Uno de los participantes comentó que las provisiones *del Convenio de La Haya de 1961 sobre la protección de menores* deben ser mencionadas en apoyo al Convenio de 1980 cuando los Estados interesados sean parte de ambos Convenios. El Convenio de 1980 mismo requiere, bajo el artículo 7, cooperación con las Autoridades centrales para garantizar el retorno rápido de los menores y para garantizar los otros objetivos del Convenio, que incluyen el respeto efectivo del derecho de visita. Sin embargo, el Convenio no es explicito acerca de la manera como se debe cooperar respecto a garantizar el derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo.[142]

La Cooperación y el Convenio de La Haya de 1996

79 El Convenio de La Haya de 1996, por otra parte, con adiciones al Convenio de 1980, especifica el rango de posibilidades donde se requiere que las Autoridades centrales cooperen. Bajo el Convenio, las Autoridades centrales tienen la obligación general de cooperar con los demás para así lograr los objetivos del Convenio y se les exige suministrar información de sus respectivas leyes y de los servicios relacionados con la protección del menor, lo que obviamente incluye las leyes y los servicios pertinentes a los asuntos de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo.[143] Las Autoridades centrales tienen el deber de, ya sea directamente, a través de las Autoridades publicas o de otros organismos, de facilitar por mediación, conciliación o por otro medio soluciones acordadas a disputas relacionadas con el derecho de visita en situaciones en las que aplica el Convenio. Las Autoridades centrales también tienen el deber de, bajo solicitud, ayudar a descubrir con cuál de las múltiples jurisdicciones, se puede asesorar a un menor con necesidad de protección.[144]

80 En el caso particular, por ejemplo cuando se presentan dificultades en los aspectos del derecho de visita, se les puede pedir a las Autoridades del Estado, donde el menor reside habitualmente por parte de las Autoridades de otro Estado que tenga un vínculo importante con el menor, que suministre un informe de las condiciones del menor y que tome las medidas necesarias para la protección del menor.

> ***Ejemplo:*** *La señora X vive en Hungría y tiene la custodia de su hija de cinco años. El señor X vive en Suráfrica y tiene el derecho, bajo una orden emitida allí, de contactar a su hija regularmente por teléfono, pero ha encontrado que es imposible hacerlo.*
>
> *Las Autoridades de Suráfrica deben, en este caso, entrar en contacto con las Autoridades húngaras para obtener un informe sobre las condiciones del menor*[145] *y si es necesario, para solicitar ayuda para hacer cumplir la orden o para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de visita del padre.*[146]

81 Cuando una autoridad que tiene la jurisdicción bajo el Convenio (generalmente la Autoridad del lugar de residencia habitual del menor) está considerando emitir una orden apropiada de derecho de visita, le puede solicitar a las Autoridades de los otros Estados contratantes que tenga información relevante sobre el asunto que le comunique tal información.

---

hay a disposición según el artículo 13 del Convenio de 1980. Ver el Informe preliminar de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, *supra* nota 3, en los parágrafos 45 y 46.

[142] *Ver, supra,* capítulo II, sección b.

[143] Artículo 30.

[144] Artículo 31.

[145] Artículo 32(a).

[146] Artículo 35.

Ejemplo: *Mark de 10 años vive con la madre con custodia en Finlandia. El padre, que vive en Escocia, ha solicitado a las Autoridades finlandesas un permiso para que Mark lo visite durante las vacaciones escolares.*

Las Autoridades finlandesas pueden solicitar ayuda a las Autoridades escocesas para que suministren información concerniente a las condiciones de vida del padre de Mark, etc. para evaluar los méritos de la solicitud al derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo.

82 Las Autoridades del país en el que el padre reside deben emitir una solución preliminar que convenga al padre que ejerce del derecho de visita y las condiciones para ejercer dicho derecho con el propósito de ayudar al padre en búsqueda de obtener o mantener el derecho de visita del menor en otro país. Las Autoridades que tienen la jurisdicción para emitir las decisiones sobre el derecho de visita deben admitir y considerar dicha solución y deben suspender los procedimientos en espera de tal solución.[147]

Ejemplo: *El señor X y La señora X vivían con su hija de diez años en Inglaterra. El matrimonio se acabó hace dos años. El tribunal inglés concedió la custodia a la señora X y con base en que la señora volvería a su Hong Kong natal, ordenó que la hija debería pasar al menos dos semanas de cada vacación escolar con el padre en Inglaterra. La madre reclama ahora que las visitas continuas del padre tienen un efecto adverso en la niña y que el padre ha tenido durante los periodos de derecho de visita un comportamiento abusivo con la niña.*

En este caso, el padre debe buscar que la corte inglesa emita un juicio preliminar conveniente y que las Autoridades de Hong Kong estén obligadas a tomarlo en cuenta en el momento de decidir si van a restringir o terminar el derecho de visita. Este juicio reconoce el interés legítimo que tienen las Autoridades del lugar de residencia del padre a preguntarse si es conveniente que el padre tenga un contacto en ese país. El juicio ayuda también a retirar inhibiciones que la corte del lugar de residencia común de los padres tenga en el momento en que se requieral permiso de uno de los padres para trasladarse con el menor a otro país.

83 En el caso de un menor que está expuesto a un peligro serio, y de quien ya se han tomado medidas o que están siendo tomadas bajo consideración, existe la obligación de informar de ese peligro y de dichas medidas a las Autoridades del Estado contratante donde el menor se ha mudado o ha sido traslado.[148]

Ejemplo: *Joan, una niña de siete años que reside en Bélgica y que está bajo custodia de la madre, ha sido físicamente abusada por el padre. Una orden del tribunal belga permite al padre de tener un contacto con su hija pero con una supervisión estricta. Las Autoridades belgas reciben información de que Joan está de vacaciones ahora con su padre en Luxemburgo.*

El Convenio obliga a las Autoridades belgas a informar a las Autoridades en Luxemburgo del peligro al cual está Joan expuesta y de las medidas de protección tomadas por ellos.

La Regulación europea propuesta

84 La cooperación con las Autoridades centrales bajo la propuesta de la Comisión de las Comunidades europeas por una Regulación del Consejo incluirá la obligación de establecer un sistema de información de las leyes nacionales, de los procesos y el desarrollo de los mecanismos internacionales de mediación.[149] Los requisitos de cooperación en casos individuales cubren el intercambio de información relevante paral menor, los procedimientos y las decisiones relativas al menor, la coordinación de medidas protectoras entre las múltiples

[147] Artículo 35.
[148] Artículo 36.
[149] Artículo 56.

jurisdicciones, la toma de medidas necesarias paral traslado y el retorno del menor, el suministro de información y la asistencia, el apoyo para las comunicaciones jurídicas, y la promoción de soluciones acordadas.[150]

Cooperación en el ámbito general

85 Las Autoridades nacionales, además de la Autoridad central, deben cooperar más para mejorar las estructuras y retirar los obstáculos a la solución de disputas internacionales de derecho de visita. En el ámbito multilateral, los encuentros generales de revisión,[151] los encuentros con las Autoridades centrales[152] y los seminarios jurídicos internacionales[153] son los mecanismos usados por la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado. En el ámbito regional[154] se han usado algunas veces métodos similares.

86 En el ámbito bilateral se ha empleado también la discusión frecuente entre los países que afrontan problemas particulares en sus relaciones mutuas. Un buen ejemplo es la serie de encuentros bilaterales que se han llevan a cabo a manera de grupo de trabajo entre Alemania y Estados Unidos y que fue establecido por el Presidente Clinton y el Canciller Federal Schröder después de las discusiones sostenidas el 1 de junio de 2000. Los encuentros del grupo de trabajo se han enfocado en un sinnúmero de problemas mutuos sobre el funcionamiento del Convenio de 1980. Con relación a los casos de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo se ha discutido por ejemplo los problemas con las órdenes inadecuadas, los retrasos, no obligatoriedad, traslado del menor, asistencia legal a la organización de los tribunales. Las discusiones se han referido también a algunos casos individuales.

87 Un resultado particular de las conversaciones fue la decisión de organizar, bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya, un seminario jurídico internacional con jueces de ambos países, Estados Unidos y Alemania y con jueces de otras jurisdicciones, con énfasis especial en los problemas de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo. El tercer seminario de De Ruwinserrg fue el resultado.[155]

Cooperación jurídica y comunicación

88 No se le puede dar mucha importancia a la cooperación jurídica y a la comunicación entre los jueces, ambas en el ámbito general, y algunas veces, con relación a casos individuales. Este es tema para otro informe.[156]

---

[150] Artículo 57. *Ver, supra,* nota 107.

[151] El Primer (octubre de 1989), el Segundo (junio de 1993), el Tercer (marzo de 1997) y el Cuarto encuentro de la Comisión especial de revisión del funcionamiento del Convenio de 1980 (marzo de 2001).

[152] Cuando se solicita, el Buró Permanente desea facilitar encuentros entre las Autoridades centrales o grupos de Autoridades centrales para que se discutan problemas operativos particulares. Los encuentros con las Autoridades centrales dan la oportunidad, no solo para tratar problemas específicos, sino también para compartir ideas y por extender las buenas prácticas. Fue evidente en el fructuoso encuentro de las Autoridades centrales ofrecido por el Buró Permanente de La Haya en abril de 2002 con el fin de discutir un Documento preliminar de una parte de la Guía de buenas prácticas – *Ver* Doc. prel. No 3 de septiembre/octubre de 2002, Guía de buenas prácticas bajo el Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores – Primera parte – Prácticas de la Autoridad central, realizado por el Buró Permanente.

[153] El Buró Permanente de la Conferencia de La Haya ha facilitado seminarios jurídicos, entre otros, el primer seminario de los jueces de De Ruwenserrg sobre la protección internacional de menores (junio de 1998) (incluye jueces de Alemania, Australia, Austria, Canadá, China (Región administrativa especial de Hong Kong), Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Paises Bajos, Hungría, Irlanda, Israel, Méjico, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza y Turquía); el Segundo Seminario de los jueces De Ruwenserrg de protección Internacional del menor (junio de 2000) (incluye jueces de Alemania, Francia, Paises Bajos e Italia); y el Tercer Seminario Jurídico De Ruwenserrg sobre el Convenio de La Haya de 1980 (octubre de 2001) (incluye jueces de Alemania, Estados Unidos, Francia, Paises Bajos, Reino Unido y Suecia). El Buró Permanente publica las conclusiones y recomendaciones de los seminarios jurídicos internacionales y de las conferencias en el sitio Internet. El Buró Permanente aprecia recibir información de las conferencias que se realizan para distribuirla. <www.hcch.net/e/conventions/Seminario.html>.

[154] Por ejemplo El encuentro de expertos del gobierno sobre la sustracción internacional de menores por uno de los padres, organizado por el Instituto interamericano sobre los menores a nombre de la Organización de Estados americanos, Montevideo, 12-13 de agosto de 2002.

[155] El Tercer seminario jurídico de De Ruwenserrg sobre el Convenio de 1980 (octubre de 2001).

[156] *Ver* Doc. prel. No 6, Mecanismos operativos para facilitar la comunicación jurídica internacional en el contexto del

g. Promoción de acuerdos y mediaciones

89 Los arreglos al derecho de visita que se acuerdan entre las partes tienen más ventajas que los arreglos que ordena la corte. Las partes se adhieren más fácilmente a dichos acuerdos; estos establecen un marco menos conflictivo paral ejercicio del derecho de visita y por lo tanto benefician al menor de manera más amplia; y una vez 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.

90 La necesidad de promover soluciones amables fue reconocida por los participantes del Convenio de 1980, cuyo artículo 7, parágrafo 2c) exige a las Autoridades centrales que tomen todas las medidas apropiadas para garantizar el retorno voluntario del menor o para efectuar una solución amistosa de los problemas. En la práctica, en casos de derecho de visita bajo el Convenio de 1980, la mayoría de las Autoridades centrales tratan de obtener un arreglo acordado como primer paso (la investigación de las solicitudes que se presentaron en 1999 muestra que el 20% de las solicitudes, bajo el Convenio de 1980, se resolvieron mediante un acuerdo voluntario). Lo que implica mínimo una carta al padre con la custodia, y puede, algunas veces, incluir intentos de negociación de un acuerdo amistoso. Sin embargo, los apoyos necesarios que se le dan al proceso de negociación difieren de país a país. En pocas legislaciones, una mediación obligatoria aplica para las disputas de derecho de visita, así como para otros casos de derecho de familia. En otros países, los servicios de mediación están a disposición con carácter obligatorio. La mediación puede ser en la corte o fuera de la corte. En pocas jurisdicciones, los servicios de conciliación o de mediación son suministrados gratuitamente. No hay mucha evidencia sobre las facilidades de mediación que se han desarrolladas tomando en cuenta los requisitos especiales de los casos internacionales. Los servicios del Servicio social internacional se deben mencionar algunas veces.

91 La diversidad de los apoyos disponibles para promover el acuerdo en casos de contactos transfronterizos no es sorprendente y reflejal hecho de que los sistemas locales están en diferentes estadios de desarrollo, especialmente en el suministro de servicios de mediación. Se discute si los requisitos especiales para promover acuerdo en casos internacionales se beneficiarían de las provisiones adicionales de los instrumentos internacionales. El Convenio de La Haya de 1996 contiene una provisión que es más explicita que el Convenio de La Haya de 1980, pero todavía deja mucho a discreción de los Estados partes. El artículo 31b) obliga a la Autoridad central, directamente o indirectamente, a "seguir los pasos apropiados … para facilitar, por mediación, conciliación o medios similares, soluciones amables … en situaciones en las que aplical el Convenio."[157]

92 Una iniciativa importante fue el establecimiento en diciembre de 1998 de la Comisión franco-germana de mediación,[158] que consiste de tres miembros del Parlamento de cada país y que han sido designados por el Ministro de justicia respectivo. La Comisión ha mediado en numerosas disputas dificultosas, con padres franceses y alemanes, con el objetivo de restaurar las relaciones personales entre los dos padres afectados y los hijos. El Informe conjunto de la Comisión, publicado en mayo de 2002, indica que la mayoría de los 41 casos mencionados por la Comisión incluían disputas de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo y que en 9 de los casos la Comisión pudo organizar o estuvo a punto de organizar el derecho de visita del padre solicitante. En otros cuatro casos apareció un resultado similar y actualmente hay ocho casos bajo consideración. Una vez los padres han hecho un acuerdo, bajo mediación, se asignan al caso dos miembros de la Comisión, uno de Francia y otro de Alemania. Es posible que los mediadores propongan el uso de expertos, especialmente sicólogos. La labor de los miembros de la Comisión ha sido personalmente muy desgastante, pero el éxito logrado los ha llevado a plantear la posibilidad de instaurar un sistema profesional de mediación para manejar los casos internacionales que deben funcionar bajo su autoridad.

Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Informe preliminar, realizado por Philippe Lortie, Primer Secretario.

[157] La propuesta de la Regulación del Consejo europeo de responsabilidad parental también otorga a las Autoridades centrales un papel para promover acuerdos a través de la mediación o de otros medios. *Ver, supra,* nota 107.

[158] La creación de la Comisión fue acordada entre los ministros de justicia de Francia y Alemania en el encuentro franco-alemán en Potsdam, Alemania. *Ver* el Informe Conjunto de los Miembros Franceses y Alemanes del Parlamento de la Comisión de Mediación Franco-Alemana, 2 de mayo de 2002.

93 Es valioso resaltar el proyecto de mediación al que la organización no gubernamental de Reino Unido "Reunite" está próximo a embarcarse. Está directamente enfocado en los casos en los que la orden de retorno se busca principalmente para garantizar el derecho de visita. El caso típico es cuando el sustractor es el cuidador primario del menor, y generalmente el padre confía en el derecho conjunto de custodia para solicitar una orden de retorno, no porque él tengal deseo vehemente para que le transfieran la custodia, sino porque él ve en la solicitud de retorno el mejor medio disponible para preservar el derecho de visita a su hijo. Los casos de este tipo parecen ser un blanco apropiado para la mediación en el que ambas partes tienen incentivos fuertes para llegar a un acuerdo sobre los términos del derecho de visita. La madre debe ser capaz de evitar la orden de retorno; el padre por su parte debe ser capaz de lograr sus deseos reales sin los costos y los retrasos de los litigios posteriores en su país natal. Además de esto, el proyecto debe ayudar de manera más general a identificar los problemas importantes que deben tratarse para desarrollar un sistema efectivo de mediación internacional.[159]

h. Legislaciones nacionales y procedimientos

94 Es importante ser consciente de las diferencias en el enfoque de los sistemas locales en temas sustanciales que subyacen al derecho de tener un contacto y del impacto que estas diferencias causan en la posibilidad de cooperación internacional.

95 Casi todos los países están suscritos a ciertos principios fundamentales. Bajo el artículo 9, parágrafo 3 del Convenio *de la ONU sobre los derechos del niño*:[160]

> *"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 bienestar superior del niño."*

Además, según el artículo 10, parágrafo 2:

> *"Un menor cuyos padres residen en diferentes Estados tendrá el derecho a mantener de manera regular, salvo bajo circunstancias excepcionales, una relación personal y el derecho de visita directo con ambos padres …"*

96 El Tribunal europeo de derechos humanos ha estipulado en repetidas ocasiones que el derecho de visita pertenece tanto al padre así como también al hijo y que es un derecho fundamental, compartido de manera mutua entre el padre y el hijo y que está protegido por el artículo número 8 del Convenio europeo de derechos humanos. En la sentencia del caso *Elsholz v. Alemania*[161] la Corte declaró lo siguiente:

> *"El goce de compañía mutua por parte del padre y del menor constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aun si la relación entre los padres se ha terminado y aun si algunas medidas locales impiden dicho goce o interfieren con este derecho que está protegido por el artículo 8 del Convenio."*

97 Los derechos que proporcional artículo 8 no son absolutos y cada Estado tiene un margen de apreciación para decidir si los limites, de acuerdo al artículo 8, parágrafo 2 del Convenio europeo de derechos humanos, son "necesarios en una sociedad democrática", por ejemplo para proteger "la salud y la moral" o "los derechos y libertades" del menor. Sin embargo, se requiere un escrutinio estricto de las restricciones al derecho parental de visita.[162] La Corte ha reconocido que restricciones poco razonables al derecho de visita conllevan a aumentar la

---

[159] *Ver* Anne-Marie Hutchinson, "Mediación en casos de sustracción internacional de menores, un documento presentado al Congreso mundial de derecho de familia y derechos e la niñez y la juventud 2001", Bath, Inglaterra, 19-22 de septiembre de 2001.
[160] *Supra,* nota 20.
[161] Decisión del 13 de julio de 2000, que cita entre otros a Johansen c. Noruega, Sentencia del 7 de agosto de 1996 y Bronda c. Italia, Sentencia del 19 de junio de 1998.
[162] *Id.*

alineación del menor con el padre o la madre.[163] Esta visión se basa en el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos y en la jurisprudencia desarrollada por la Corte europea de derechos humanos, que incluye el principio de que el Estado tiene la obligación positiva e inherente, respeto por la vida familiar, de mantener y desarrollar lazos familiares.[164] La idea de "necesidad" cuando se aplica a las restricciones del derecho de visita implica un principio futuro de que no van a haber may métodos restrictivo para proteger el bienestar del menor y que las restricciones deben ser proporcionadas.

98 El primer objetivo del proyecto del Convenio del Consejo de Europa del derecho de visita del menor es "determinar principios generales que puedan ser aplicados a las órdenes de visita."[165] Estos principios deben ser implementados en la legislación interna de los Estados partes y deben ser aplicados por las Autoridades judiciales. La intención es que al adoptar parámetros comunes se facilite también la cooperación y el reconocimiento mutuo de las sentencias de derecho de visita en el ámbito internacional.[166] El artículo 4 confirmal derecho del menor y de ambos padres a mantener contacto regularmente. El contacto puede ser restringido o excluido solo cuando sea necesario paral bienestar del menor.

99 A pesar de la amplia aceptación de los principios fundamentales, está claro que la aplicación en la práctica de estos principios fundamentales varía en los diferentes países. Las respuestas del cuestionario, que pregunta por la existencia de la presunción a favor del padre sin custodia del derecho de visita en los sistemas nacionales particulares, confirmaron que hay diferencias significativas.[167] Hay diferencias respecto al eje central del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo. ¿Debe estar centrado en el padre, en el menor, o en ambos? Hay diferencias en la definición de la clase de personas con derecho a reclamar o ejercer el derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo.[168] Hay diferencias en los puntos que se toman primero para emitir determinaciones sobre el derecho de visita, algunos sistemas aceptan una presunción más o menos fuerte a favor del derecho de visita / de tener un contacto transfronterizo entre el menor y el padre sin custodia, mientras que otros ven el bienestar del menor como la consideración primaria o principal. Estas diferencias se vuelven más marcadas y pronunciadas cuando los problemas de abuso del menor o violencia doméstica están de por medio. En varios países el desarrollo de un enfoque apropiado del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, en casos donde se ha presentado un historial de violencia doméstica, ha sido materia de debate por varios años.[169]

100 Hay otras diferencias en la legislación sustantiva que aplican a los casos de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, que están más específicamente relacionadas con las condiciones internacionales. Por ejemplo, en algunas legislaciones cuya práctica jurídica no permite al menor viajar al exterior a disfrutar de un periodo de derecho de

---

[163] *Ver* por ejemplo, Kutzner c. Alemania, Sentencia del 26 de febrero de 2002.

[164] *Ver* Airey c. Irlanda (1979), Series A, No. 32, Marckx c. Bélgica (1979), Series A, No. 31, y Kroon y otros c. Paises Bajos (1994), Series A, No. 297c, Keegan c. Irlanda (1994) 18 E.H.R.R. 342.

[165] Artículo 1(a).

[166] *Ver* el Preámbulo del Convenio y el Informe explicativo del Convenio en el parágrafo 10. *Supra* nota 13.

[167] Doc. prel. No 2 de marzo de 2001, *supra* nota 10. *Ver también* el derecho de visita del menor en Europa, un documento preparado por la Dirección de los asuntos legales del Consejo de Europa, CJ-FA(99) Derecho de visita, Estrasburgo, 6 de septiembre de 1999.

[168] El artículo 4 del proyecto de Convenio del Consejo de Europa de derecho de visita del menor, que se basa en la jurisprudencia de la Corte europea de derechos humanos, permite a una persona, diferente de los padres, que tienen "lazos familiares" con el menor (por ejemplo un pariente cercano o persona que tiene de hecho un vínculo con el menor) aplicar al derecho de visita de ese menor. *Ver* Scozzari y Giunta c. Italia (2000), Series A, parágrafo 221 y Boyle c. Reino Unido (1994), Series A, No 282/B.

[169] *Ver* por ejemplo el Buró asesor de derecho de familia: Acta del subcomité del menor (Inglaterra y Gales), Informe al Lord Canciller del problema de derecho de visita parental: casos donde se presenta violencia doméstica, Lord Canciller del Departamento, primavera de 2000, y la sentencia de la Corte de Apelación (Inglaterra) en *Re L, V, M y H* (Derecho de tener un contacto: violencia doméstica) [2000] 2 F.L.R. 334. Para un comentario reciente del debate, especialmente de Australia, ver Helen Rhoades "El 'No derecho de tener un contacto de la madre': Reconstrucciones de maternidad en la era del nuevo padre", Journal internacional de derecho de familia y políticas 16, (2002), en 71-94; *Ver también* Consejo de derecho de familia (Australia), ordenes de derecho de visita del menor; aplicación y sanciones, junio de 1998. En Nueva Zelanda existe una presunción contra el derecho de visita cuando se ha establecido violencia doméstica.

visita al padre sin custodia en el país de residencia del padre.[170] Algunas veces, las condiciones inherentes al derecho de visita son restrictivas, particularmente en el caso donde hay riesgo de sustracción. Nuestras consultas han revelado algunas preocupaciones como que las condiciones impuestas al derecho de visita no toman en cuenta siempre las dificultades particulares que experimentan los que tienen que viajar grandes distancias para disfrutar del derecho de visita. No se respeta siempre en la práctica el principio al que se adhirió la Corte europea de derechos humanos, de que las restricciones al derecho de visita no deben ser más de las necesarias para que se pueda lograr su objetivo (generalmente la seguridad del menor). Se hablará posteriormente de las salvaguardias y las garantías en una sección aparte.[171]

101 Otra causa frecuente de insatisfacción son los costos, ineficiencias y retrasos que pueden surgir de los procedimientos nacionales y que aplican antes de la sentencia del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, así como también al periodo de ejecución que sigue. Posteriormente, en secciones diferentes se tratan los aspectos de la duración[172] y la aplicación.[173] Los procesos antes del juicio son en muchos países, a menudo, los mismos para ambos casos internacionales y nacionales,[174] y los gastos no están necesariamente dispuestos para los problemas adicionales que enfrentan los solicitantes en el exterior.

102 Los obstáculos en los procedimientos y la ineficacia pueden ser frecuentemente la amenaza más grave al ejercicio efectivo del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo. Es importante que la Corte europea de derechos humanos haya decidido en una serie de casos, en años recientes, prestar atención particular a este tema, y que haya encontrado en número de sentencias de incumplimiento al artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos que se originan en los procesos de toma de decisiones de ciertos países europeos. Especialmente, la Corte ha pronunciado que el padre solicitante puede ser incluido en el proceso de toma de decisiones para proveerle la protección requerida a sus intereses.[175] "El proceso de toma de decisiones que conllevan a medidas de interferencia deben ser justos y suficientes para proporcionar el debido respeto a los intereses salvaguardados por el artículo 8".[176] La corte ha estado también preocupada por garantizar que en los procesos se obtenga información exacta con relación a los puntos de vista del menor y con relación al menor y al padre solicitante.[177]

i. Duración y retrasos

103 El artículo 2 del Convenio de 1980 exige a los Estados contratantes usar "los procesos disponibles más expeditos" para garantizar en sus territorios la puesta en ejecución de los objetivos del Convenio, uno de los cuales (artículo 1*b*) garantiza que el derecho de visita, bajo la ley de un Estado contratante, sea efectivamente respectado en los otros Estados contratantes. Por otra parte, la exigencia explicita del artículo 11 de actuar de manera

---

[170] Por ejemplo, Chile.

[171] *Ver, infra,* capítulo III, sección j.

[172] *Ver, infra,* capítulo III, sección i.

[173] *Ver, infra,* capítulo III, sección k.

[174] *Ver, supra,* capítulo II, sección c.

[175] *Ver* Elsholz c. Alemania, *supra* nota 161. En el caso Elsholz, la combinación de un rechazo para ordenar un informe sicológico independiente y la ausencia de una audiencia ante el tribunal, mostró el poco compromiso del solicitante en el proceso de toma de decisiones y condujo al inaplicación de los Artículos 8 y 6 del Convenio europeo de derechos humanos.

[176] *Ver* Ciliz c. Paises Bajos, Sentencia del 11 de julio de 2000, en la que la falla, al coordinar el proceso de toma de decisiones (a) incluye la expulsión del solicitante del país afectado (b) concerniente al derecho de visita del menor, constituye un inaplicación del artículo 8.

[177] En Sahin c. Alemania, decisón del 11 de octubre de 2001, la falla del tribunal para obtener información correcta y completa de la relación del menor con el padre solicitante (incluye la falta de audiencia con el menor) mostró que el solicitante no estaba suficientemente interesado en los procedimientos de derecho de visita. El tribunal no debió estar satisfecho con las declaraciones vagas de un experto sobre los riesgos inherentes al interrogar al menor. Se presentó inaplicación del artículo 8. *Ver también* Sommerfeld c. Alemania, Decisión del 11 de octubre de 2001, en la que la Corte confirmó que información correcta y completa de la relación del menor con el padre solicitante era un requisito indispensable para establecer los deseos reales del menor y por eso dar un juicio más equilibrado de los intereses en juego. En estas condiciones, la audiencia del menor, sin tener a disposición evidencia sicológica de un experto para poder evaluar los deseos firmes del menor, no fue satisfactoria paral tribunal que decidía.

expedita en los procedimientos paral retorno de los menores no encuentra un paralelo en el artículo 21, que trata de las solicitudes para organizar o garantizar el ejercicio efectivo del derecho de visita. Se desprende de las encuestas del Cuestionario que la mayoría de los Estados contratantes que ya han introducido procesos expeditos especiales para las solicitudes de retorno, no lo han hecho extensivo a las solicitudes del derecho de visita. Este por ejemplo es el caso de Estados Unidos, Inglaterra y Gales, donde cualquier caso de solicitud al derecho de visita tiene que ser emitido de acuerdo a los procedimientos locales.

104 Por otra parte, los Estados contratantes tienen reglas generales que exigen cierto grado de rapidez en los casos de derecho de visita, sean nacionales o internacionales,[178] y pocos Estados contratantes, de hecho, aplican procesos rápidos especiales para los casos de derecho internacional de visita que se mencionan en el Convenio de 1980.[179] En el caso de Escocia, se debe recordar que esto solo aplicaría donde se requiere una acción urgente después del incumplimiento del derecho existente de visita.[180]

105 Las estadísticas confirman que los casos de derecho de visita bajo el Convenio toman en promedio más tiempo en llegar al periodo de determinación jurídica que las solicitudes de retorno. En el 71% de los casos de derecho de visita, el periodo fue de más de seis meses comparados con el 19% en los casos de retorno.[181] Algunas de las personas que respondieron el Cuestionario pidieron la introducción de procesos de rastreo rápido y varios de los que respondieron el Documento de consulta piensan que los retrasos son un problema serio.[182]

106 Es importante resaltar que la Corte europea de derechos humanos se ha suscrito a la visión de que los casos de custodia generalmente deben ser manejados con rapidez.[183] Algunos retrasos pueden ser tolerados con tal de que la duración total de los procedimientos no sea considerablemente excesiva.[184] El artículo 6, parágrafo 1 del Convenio europeo de derechos humanos, que otorga derechos a todos, "para determinar sus derechos civiles", una audiencia "en tiempo 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, resta finalmente a los tribunales.[185]

107 Se deben, tal vez, separar dos problemas de principios. Primero, ¿Debe existir un requisito de tiempo de expedición razonable en todos los casos de derecho de visita, sean locales o internacionales? Las prácticas existentes en muchos países, la sicología infantil con su comprensión del sentido del tiempo del menor, la jurisprudencia en los derechos humanos, así como el sentido común, sugieren que la ley debería buscar por todos los medios evitar la interrupción prolongada en la relación entre el menor y el padre. El segundo problema más difícil es que los casos de derecho internacional de visita presentan características especiales, que exigen aun más rapidez que los casos nacionales. La respuesta del Centro internacional de menores perdidos y explotados (ICMEC) al Documento de consulta contiene el siguiente argumento que apoya la respuesta positiva a esta pregunta. (Nuestra traducción)

> *"Cada país debe tener un procedimiento expedito para reconocer las órdenes existentes de derecho de visita de otro Estado y para emitir órdenes de visita, bajo el Convenio de La Haya. Debido a la distancia involucrada en casos internacionales de derecho de visita, resultan pocas oportunidades para que los menores puedan*

---

[178] Por ejemplo, Chile, Islandia (Acta de los Procesos Administrativos No 37/1993, Artículo 9), Suecia y Suiza.
[179] Por ejemplo, Australia, Escocia y Nueva Zelanda
[180] *Supra* parágrafo 27.
[181] *Ver, supra,* parágrafo 45.
[182] Por ejemplo, Argentina, Suecia y Suiza.
[183] *Ver* Hokkanen c. Finlandia, Decisión del 23 de septiembre de 1994, Series A No 299-A.
[184] *Ver* Pryto y Otros c. Italia, Decisión del 8 de diciembre de 1983, Series A No 71.
[185] *Ver* Nuutinen c. Finlandia, Decisión del 27 de junio de 2000.

visitar y tener derecho de visita al padre que vive en otro país, estos casos merecen ser tratados de manera expedita. Si el padre distante es incapaz de aplicar al derecho de visita, tendrá que esperar durante muchos meses otra oportunidad para volver a hacerlo. Las circunstancias únicas de estos casos justifican la existencia de un procedimiento expedito que aplique a los casos internacionales, aun cuando el derecho interno de un país no permita procedimientos expeditos en un caso doméstico".

108 Tal vez el principio reflejado que subyace en este enfoque y también en los procedimientos nuevos escoceses,[186] es que los procesos especiales deben estar a disposición donde, teniendo en cuental carácter internacional del caso, sea probable que un retraso vaya a perjudicar seriamente la posibilidad de que se lleve a cabo el derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo.

j. Garantías previas y salvaguardias

109 Las medidas bajo el derecho nacional que ayudan a garantizar, con antelación, la adhesión a los términos y a las condiciones de una orden de derecho de visita, son de gran importancia. Son particularmente útiles cuando el menor tiene que viajar a otra jurisdicción paral ejercicio del derecho de tener un contacto al padre sin custodia. En caso de que el menor y el padre con custodia se vayan a trasladar a otra jurisdicción, dichas medidas son útiles para garantizar que el padre con custodia se adhiera a los términos y a las condiciones de la orden de derecho de visita. Las garantías y las salvaguardias son parte, como también la provisión firme para manejar la retención ilícita, de los antecedentes legales que harán sentir seguro al padre con custodia de entregar al menor paral derecho de visita.[187] Aunque es apropiado recordar, cuando las garantías previas y las salvaguardias constituyen restricciones al ejercicio del derecho de visita / derecho de contacto transfronterizo, que tales restricciones deben ser proporcionales en el sentido de no ir más allá de lo que es necesario para garantizar la protección y el bienestar del menor.[188] Las garantías previas y salvaguardias deben ser también emitidas en beneficio del que ejerce el derecho de visita para ayudar a garantizar que el padre con custodia no bloqueará el derecho de visita del padre sin custodia. Dichas garantías son, en este contexto, parte del "marco en que el padre sin custodia debe esperar con confianza que los acuerdos del derecho de visita serán respetados por el padre con custodia".[189]

110 Las respuestas al cuestionario revelaron que los tribunales en algunas jurisdicciones ya tienen a su disposición un amplio rango de medidas que pueden ser usadas para garantizar los términos y las condiciones del derecho de visita, pero la situación no es uniforme y la mayoría de las medidas se enfocan en los riesgos que emanan del padre con derecho de visita más que del padre con custodia. Algunas de las medidas mencionadas son:

(1) la entrega del pasaporte o documentos de viaje,
(2) el depósito de una obligación pecuniaria o fianza,
(3) la supervisión del derecho de visita por un profesional o un miembro de la familia,
(4) otras restriccionesompuestas al derecho de tener un contacto, por ejemplo prohibir las visitas nocturnas o las visitas prolongadas, restringir los sitios donde se realizan las visitas, etc.,
(5) exigir que el padre demandado se reporte regularmente a la policía o a otras autoridades durante el periodo del derecho de contacto
(6) exigir que el padre demandado suministre al padre con custodial itinerario minucioso y la información detallada para mantener el contacto, etc.,
(7) exigir que los consulados y embajadas extranjeras no le emitan al menor nuevos pasaportes o documentos de viaje,

---

[186] *Ver, supra,* parágrafo 27.
[187] *Ver, supra,* parágrafo 16(c).
[188] *Ver, supra,* parágrafo 97.
[189] *Ver, supra,* parágrafo 16(d).

(8) exigir que se emita una orden similar en el país donde se va ejercer el derecho de contacto.

111 Otra garantía importante es el reconocimiento de una orden derecho de contactoen el país donde el derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo será ejercido, que incluye los términos y las condiciones emitidos en el país donde el menor tiene el lugar de residencia habitual. Ya se ha explicado como se ha sido provisto esta garantía bajo varios instrumentos internacionales y regionales.[190] También se presentarán circunstancias en las que será útil, si se necesita seguridad adicional, tener un procedimiento para las Autoridades del país donde el derecho de visita va a ser ejercido, que sirva para declarar con antelación que se respetará la orden de derecho de visita emitida por la corte del lugar de residencia habitual del menor. Esta ventaja esta provista en el artículo 24 del Convenio de La Haya de 1996 y la obligación de proveer tal ventaja está establecida en el Convenio del Consejo de Europa del derecho de visita del menor.[191] Otro mecanismo para lograr el mismo resultado es la obtención de una orden similar[192] (*i.e.* que refleje los términos de la orden emitida por las Autoridades del lugar de residencia habitual del menor) en el país donde el derecho de visita se va llevar a cabo, aunque puede plantear los problemas jurídicos que se mencionaron anteriormente.[193]

112 Uno de los objetivos del Convenio del Consejo de Europa sobre el derecho de visita del menor, es establecer salvaguardias y garantías apropiadas para ambos casos, nacionales e internacionales, que aseguren el ejercicio apropiado del derecho de visita y que aseguren el retorno del menor al final del periodo de visita.[194] Una lista poco exhaustiva de salvaguardias y garantías está establecida en el artículo 10, parágrafo 2, y los Estados están obligados a proveer, bajo sus propias leyes, al menos tres categorías de salvaguardias y garantías. Las salvaguardias para garantizar que una orden de derecho de visita que se está llevando acabo, incluyen la supervisión del contacto, la obligación de una persona (sea el padre que reclamal derecho de contacto o la persona con la que el menor vive, o ambas) de proveer los gastos de viaje y alojamiento del menor, la garantía de que el derecho de visita no será interrumpido o la imposición de una multa.[195] Las salvaguardias para garantizar que el menor no será retenido o trasladado de manera inadecuada durante el derecho de contacto, incluyen la entrega de pasaportes o documentos de identidad, la provisión de garantías financieras y recargos económicos a la propiedad.[196] Otras salvaguardias o garantías mencionadas son promesas (por ejemplo promesas específicas o garantías otorgadas por la corte a un litigante) o la exigencia de que la persona que ejerce el derecho de visita se reporte regularmente a las Autoridades competentes; la emisión de un certificado en el país en que se lleva a cabo el derecho de contacto, que reconoce de antemano la custodia; o la orden de residencia a favor del padre con que el menor vive generalmente; una declaración hecha de antemano de ejecución de la orden de contacto en ese Estado y las restricciones como por ejemplo al sitio donde se va ejercer el derecho de contacto.

k. Aplicación de acuerdo a las leyes nacionales

113 Ni el reconocimiento automático de las ordenes de contacto ni su aplicación "sin que se exija ningún procedimiento especial"[197] puede garantizar una visión o unos parámetros

---

[190] *Ver, supra*, capítulo III, sección b.

[191] Artículo 14.1.b.

[192] Un ejemplo del uso de una orden espejo de visita para garantizar que el padre con "custodia" respetará el derecho de visita concedido al padre "sin custodia", *Ver Gumbrell c. Jones* [2001] NZFLR 593, *supra* nota 42. En ese caso, la Corte Suprema de Inglaterra concedió a la madre una orden de residencia de los dos menores, con permiso de trasladar a los menores de Reino Unido de manera permanente a Nueva Zelanda, sujeta a número de promesas diseñadas principalmente para garantizar el respecto del derecho de visita del padre. La madre también prometió obtener ordenes en Nueva Zelanda que fueran similares a las ordenes de la corte inglesa. La madre no obtuvo las órdenes similares en Nueva Zelanda, pero en la solicitud del padre, el tribunal de Nueva Zelanda emitió una orden de visita en términos que hacían cumplir la orden inglesa.

[193] En el parágrafo 54.

[194] Artículo 1.b.

[195] Artículo 10(2)(a).

[196] Artículo 10 (2) (b).

[197] *Ver* Artículo 46 [derecho *de visita*] para la propuesta de una Regulación del Consejo en responsabilidad parental, *supra* nota 107.

uniformes para la aplicación. Con el fin de que la legislación nacional del Estado, donde llevará a cabo la aplicación que finalmente será posible, pueda determinar que métodos de aplicación que hay a disposición y las condiciones, procedimientos y tiempo para poder aplicarlos. Por ejemplo, el Convenio de La Haya de 1996 estipula que la aplicación debe tomar lugar "de acuerdo a la legislación del Estado requerido hasta donde disponga dicha legislación, tomando en consideración el bienestar del menor".[198]

114 Se desprende claramente de las respuestas del Cuestionario que la visión de la aplicación a las órdenes de contacto bajo la legislación nacional difiere marcadamente de país a país. Las diferencias mayores tal vez radican en los procedimientos de aplicación y en la estructuración del tiempo, más que en las mismas sanciones, que últimamente deben ser solicitadas al presentarse incumplimiento de una orden de contacto. En algunos países, por ejemplo, el no acatamiento debe intentar primero la mediación. Al contrario de otros países, donde si se presental mínimo riesgo de no acatamiento se puede emitir una orden detallada de un tribunal. En varios países la oposición del menor a los acuerdos de contacto producen consecuencias diversas. En unos, la oposición del menor se traduce como una solicitud imposible, en otros plantearía la posibilidad de mediación. El derecho de apelación contra una orden de aplicación varía. En general, existen diferencias importantes en las oportunidades proporcionadas al padre con custodia para retrasar la aplicación y, por lo tanto, hay a menudo diferencias considerables en el periodo de tiempo que transcurre entre el incumplimiento de una orden de contacto y la aplicación de una sanción. No hay duda de que los problemas en esta área constituyen una de las mayores causas de fricción, frustración, gastos y demandas por parte de los padres que tratan de mantener el contacto con sus hijos a través de las fronteras internacionales. Por otra parte, varios países realizan un gran esfuerzo para mejorar la situación.[199]

115 La investigación realizada por otras entidades[200] y en varios países nos confirma ahora la gran variedad de enfoques que hay en el momento de remitir una aplicación. También es evidente que los sistemas encuentran dificultad en manejar los problemas de aplicación del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo y varios países han revisado o están revisando la situación.[201] Por ejemplo, el Departamento del Lord Canciller de Inglaterra y Gales, basado en la información recibida de 22 jurisdicciones europeas, Australia, Canadá, Nueva Zelanda y el Estados Unidos (Estado de California), ha realizado "*un análisis comparativo y breve de los métodos de aplicación en otras jurisdicciones*".[202] Estas son

---

[198] Artículo 28. El artículo 50 de la mencionada Regulación del Consejo de responsabilidad parental estipula igualmente que "el proceso de aplicación sea gobernado por el derecho del Estado miembro de aplicación". *Ver, supra,* nota 107.

[199] En esto contexto, es interesante anotar que el Tribunal superior federal de Alemania, en la sentencia del 19 de junio de 2002, demandó perjuicios al padre con derecho de visita al hijo, porque la madre con custodia madre no había cumplido con los términos de la orden de derecho de visita. El significado de la decisión en términos generales va más allá de los casos individuales porque el Tribunal aclara enfáticamente que, donde existe una orden de derecho de visita que especifica detalles de cómo se debe cumplir el derecho de visita, los padres con custodia no pueden remplazar las consideraciones del tribunal respecto al bienestar del menor (Bundesgerichtsh de [Corte federal suprema], 19 de junio de 2002 – XII ZR 173/00). También es de interés la Resolución (No. 3), de los ministros participantes en la Conferencia 24 de ministros europeos de justicia (Moscú, octubre de 2001), sobre el enfoque general y los medios efectivos para hacer cumplir las sentencias judiciales. La Resolución invita al Comité de ministros del Consejo de Europa a dar instrucciones al Comité europeo de cooperación legal (CDCJ) para que identifique los parámetros comunes y los principios en el ámbito europeo con el propósito de hacer cumplir las sentencias de los tribunales.

[200] *Ver*, por ejemplo, la Dirección de asuntos legales del Consejo de Europa, el derecho de visita del menor en Europa, Estrasburgo 6 de septiembre de 1999, CJ/FA(99) ACCESS.

[201] *Ver,* por ejemplo, Consejo de derecho de familia de Australia, ordenes de derecho de visita del menor: aplicación y penalidades, junio de 1998, y en el anterior Informe temporal titulado penalidades y aplicación, marzo de 1998. Para Inglaterra y Gales ver Departamento del Lord Canciller, Cómo hacer que el derecho de visita funcione, *infra* nota 202. Para Canadá, ver Por el bienestar de los menores, Informe del Buró Especial Conjunto de Custodia del Menor y derecho de visita (diciembre de 1998), la Respuesta del Gobierno de Canadá a ese Informe (mayo de 1999), y Primero el bienestar del menor: custodia, derecho de visita y apoyo del Menor en Canadá (marzo de 2001).

[202] Sección 5 de cómo hacer que el derecho de visita funcione, el Documento de consulta emitido por el subcomité del Acta del menor del Comité asesor del Lord Canciller en derecho de familia, marzo de 2001. después, se publicó en 2002 un Informe al Lord Canciller por el Comité asesor, también titulado Cómo hacer que funcione el derecho de visita, que contiene, entre otros, una recomendación de crear una Regulación que permita hacer cumplir cuando se presenten dos enfoques o etapas diferentes. El primer podría ser esencialmente no punitivo, y que incluyal uso obligatorio de los servicios y que ofrezca por ejemplo información o asesoría a los padres o asistencia siquiátrica; el

algunas de las conclusiones generales de dicho estudio:

> *"5.57 Generalmente, el énfasis parece estar en encontrar una visión más favorable a la familia y a los menores en aspectos relacionados con la aplicación. La mayoría de los colegas que suministraron la información en el apéndice A expresaron preocupación por las dificultades que las Autoridades, incluidos los tribunales, tienen para tratar estos asuntos.*
>
> *5.58 La aplicación o facilidad de las órdenes de contacto tratan con un rango de soluciones posibles que van desdel encarcelamiento o las multas, la transferencia de la custodia al padre sin custodia, el 'carácter persuasivo' de los programas educativos y la facilidad de usar de la mediación. Cada vez un número mayor de países se niega a recurrir a sanciones, como el encarcelamiento, porque no es conveniente paral bienestar del menor. El bienestar del menor es, como se puede esperar, el principio primordial y de especial importancia que se debe considerar en el momento de transferir la custodia al padre sin custodia porque el otro padre rechaza acatar la orden de derecho de visita. Como resultado la mayoría de las jurisdicciones tiende a recurrir a este 'remedio' solo en circunstancias excepcionales y cuando se han cambiado materialmente las circunstancias más que por el acatamiento per se.*
>
> *5.59 Cada vez más un mayor número de jurisdicciones como las de Australia y Nueva Zelanda está considerando en este momento resolver el dilema de demostrar que la ley tiene 'dientes' y debe ser obedecida, mientras que al mismo tiempo actúa en beneficio del bienestar del menor para garantizar su protección.*
>
> *5.60 El problema que está siendo considerado en Europa y que todavía se discute es si los Estados miembros del Consejo de Europa han puesto en discusión ideas innovadoras para tratar la aplicación. Hay algunas provisiones actuales que vale la pena resaltar como son las de Paises Bajos y Bélgica que estipulan multas para que el padre que incumple le pague al otro padre. También, es valioso mencionar que un mayor número de jurisdicciones favorece la mediación como el camino a seguir y la mayoría ofrece la posibilidad de mediación a las partes en disputa."*

116 La Corte europea de derechos humanos está creando jurisprudencia sobre la obligación que tienen los países respecto a la aplicación de órdenes de responsabilidad. La Corte ha adoptado una visión cautelosa, que enfatiza la necesidad de equilibrar los intereses de todos los afectados, respecto a las medidas que debe tomar para la aplicación de las órdenes de derecho de visita a las que el Estado está obligado en virtud del artículo 8 del Convenio europeo de Derechos humanos.

> *"128. La obligación de las Autoridades nacionales de tomar medidas para facilitar los encuentros entre el padre y el menor no es absoluta, especialmente cuando los dos se sienten todavía extraños el uno al otro. Dicho derecho de visita no será posible inmediatamente y requerirá medidas preparatorias que se tomarán para este efecto. La naturaleza y extensión de tal preparación dependerá de las circunstancias de cada caso, pero la comprensión y la cooperación de todos los interesados será siempre un ingrediente importante. Aunque las Autoridades nacionales deben hacer lo mejor posible para facilitar tal cooperación, la obligación para aplicar coerción en esta área debe ser limitada ya que se debe tomar en cuental bienestar así como los derechos y libertades de todos los interesados, y particularmente el bienestar del menor y los derechos mencionados en el artículo 8 del Convenio. Cuando el derecho de visita del padre parece amenazar el bienestar o los derechos del menor, las Autoridades nacionales deben encontrar el punto de equilibrio entre ellos. Es decisivo que las Autoridades nacionales hayan tomado las*

---

segundo podría incluir sanciones penales como servicio comunitario o probación. Las últimas medidas a tomar podrían ser multas o encarcelamiento.

medidas necesarias para facilitar el derecho de visita como razonablemente puede ser demandado en las circunstancias especiales de cada caso (cf., por ejemplo, decisión Hokkanen,[203] *loc. cit., § 58)."*[204]

117 El problema de la duración de los procesos de las órdenes del derecho de visita ya se ha mencionado y el hecho de que el tribunal ha tomado la visión de que el requisito de racionabilidad de la duración de los procedimientos, que se deriva del artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos, aplica a todos los procedimientos que además incluye al periodo de aplicación.[205] En el caso *Ignaccolo-Zenide v. Rumania*,[206] en el contexto de una demanda que se hizo debido a la negligencia del Estado para hacer cumplir una orden de retorno bajo el Convenio de 1980, la Corte hizo la siguiente observación:

"En un caso de esta naturaleza, la capacidad de las medidas será juzgada por la rapidez con que empezaron a funcionar. Los procedimientos para otorgar la responsabilidad parental, incluida la ejecución de una decisión entregada al final de los procesos, requieren tratamiento urgente porque el paso del tiempo puede traer consecuencias irremediables para la relación entre el menor y el padre que no vive con él."[207]

---

[203] En Hokkanen c. Finlandia, decisión del 23 de septiembre de 1994, Series A No. 299-A, la Corte encontró violación al artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos ya que el tribunal finlandés no suministró suficientes medios efectivos para hacer cumplir la orden de derecho de visita.

[204] *Ver Nuutinen y Finlandia*, Sentencia del 27 junio de 2000, parágrafo 128. En Nuutinen el tribunal de aplicación decidió que iría contra del bienestar del menor ordenar que las Autoridades trajeran al menor desdel sitio en que se encontraba con el padre con custodia. En estas circunstancias, no se consideró violación del artículo 8; debido a la lentitud de los procedimientos, se consideró que había sido violación al artículo 6.

[205] *Ver, supra,* parágrafo 106.

[206] Sentencia de la Corte del 25 de enero de 2000 [INCADAT cita: HC/E/ 336].

[207] *Id.* En el parágrafo 102.

CAPÍTULO IV – MIRANDO HACIAL FUTURO

a. Resumen de las deficiencias

118 La investigación de los elementos en los capítulos anteriores que impactan en la solución de casos de derecho internacional de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, junto con el capítulo II que examina los procedimientos bajo el Convenio de 1980, ha presentado un panorama extenso del marco internacional existente, como también de sus propias deficiencias. Se intentó identificar áreas en las que se debe seguir trabajando o se debe considerar hacer reformas, ya sea por la ausencia de reglas o de estructuras apropiadas, o porque las divergencias son tan amplias e inaceptables en la práctica del país bajo los instrumentos existentes y especialmente bajo el Convenio de 1980.

119 Las principales deficiencias, que mencionaron en las respuestas del Cuestionario y del Documento de consulta, se pueden resumir en las siguientes grandes áreas:

(1) La falla de no tener reglas unificadas que determinen la jurisdicción de las Autoridades para emitir o una decisión de contacto o adecuar las provisiones paral reconocimiento y la aplicación de órdenes extranjeras de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo.
(2) La falta de acuerdo entre los países sobre la naturaleza y el grado de apoyo que se ofrecería a las personas que buscan establecer o garantizar el de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo en un país extranjero. Esto se refiere entre otras cosas a la información y la asesoría, incluida la legal, a la asistencia para obtener el derecho de visita en el sistema legal, a la facilidad para promover soluciones acordadas, y al apoyo físico o financiero, que algunas veces es necesario para inhabilitar el derecho de visita / derecho de tener un contacto que ha sido acordado u ordenado para que tome lugar.
(3) El funcionamiento de los procedimientos en algunos países, cuando se trata de juicio preliminar y de las etapas de ejecución, no es suficientemente sensible a las características especiales y a las necesidades de los casos internacionales, causando retrasos y gastos innecesarios.
(4) Un grado inadecuado de cooperación internacional en ambos niveles, administrativo y jurídico.

120 Se desprende claramente de las respuestas del Cuestionario y del Documento de consulta que los Estados miembros de la Conferencia de La Haya y los Estados partes del Convenio de 1980 quieren que se tome acción en el ámbito internacional y que los problemas que circundan al derecho internacional de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo son problemas serios que requieren atención urgente. También es claro que la Conferencia de La Haya no es el único actor en el campo de batalla y que se debe ser tomar en cuental trabajo que ha sido y está siendo realizado particularmente por organizaciones regionales como la Organización de los Estados americanos (OEA), la Unión europea y el Consejo de Europa.

b. Estrategias posibles

121 El Documento de consulta de derecho internacional de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo,[208] que circuló a principios de 2002, tenía como objetivo principal examinar los puntos de vista que se tomarían en cuenta para la creación de la visión estratégica y futura de la Conferencia de La Haya. Las dos preguntas más importantes que se formularon son:

(1) ¿Cuáles son los problemas del derecho internacional de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo que, en la práctica, causan mayor preocupación en su país y que deben beneficiarse de discusiones futuras en un contexto multilateral?

[208] *Ver* Doc. prel. No 1 de enero de 2002, *supra* nota 8.

(2) Respecto a los problemas que usted ha identificado, ¿Tiene algún comentario sobre las herramientas (Protocolo del Convenio de 1980, Recomendaciones no obligatorias, Guía de buenas practicas, Acuerdo modelo o cualquier otra visión) que usted cree que sirven probablemente para realizar mejoras en esta etapa?

122 El Documento de consulta también presentó cuatro herramientas posibles para enmendar o reforzar el Convenio de 1980 y ofreció comentarios breves sobre sus implicaciones. Sería útil disponer ampliamente de dichos instrumentos (re-numerados):

(i) Instrumento obligatorio: un Protocolo del Convenio de 1980

123 Un Protocolo para enmendar o para complementar el Convenio de 1980 incluiría la participación en las negociaciones de todos los Estados partes del Convenio de 1980, así como de otros Estados miembros de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado. El Protocolo no obligaría a las Partes al Convenio de 1980, lo que no adhiere una Parte al Protocolo. Como en un Estado, que se adhiere al Protocolo y otro que no, se continuaría aplicando el Convenio sin enmiendas.[209] Es posible que las negociaciones para un Protocolo tomen un tiempo. El proceso de adhesión al Protocolo por Estados partes individuales tomará más tiempo. También es posible que algunos Estados partes quieran aprovechar la oportunidad única, proporcionada por las negociaciones de un Protocolo, para plantear además de los problemas del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, plantear otros Artículos al Convenio de 1980, que bajo su punto de vista, requieren ser enmendados o complementados.

124 Los aspectos que el Protocolo debería incluir (la lista no es exhaustiva y se ofrece a manera de ejemplo más que de sugerencia), son los siguientes:

(1) Aclarar las obligaciones de los Estados partes bajo el artículo 21 del Convenio de 1980, especialmente, aclarar si el Convenio mismo provee la base para comenzar procedimientos de derecho de visita ante los tribunales y si la provee, bajo qué circunstancias y condiciones.
(2) Una declaración más detallada de las obligaciones de las Autoridades centrales respecto a las solicitudes de derecho de visita.
(3) Aclarar si las provisiones del Convenio relacionadas con la duración de los procedimientos (Artículos 2 y 11) y las provisiones relacionadas con los costos y gastos (artículo 26) aplican o deben ser extendidas a las solicitudes de derecho de visita.
(4) Reglas paral reconocimiento y aplicación de órdenes extranjeras de derecho de visita.
(5) Aclarar la línea divisoria entre el derecho de visita / el derecho de tener un contacto transfronterizo y el derecho de custodia.

125 Se debe agregar que algunos de los problemas que caben bajo los mencionados 1, 2 y 4 se refieren al Convenio de La Haya de 1996. En otras palabras, en las provisiones del Convenio se encuentra la solución total o parcial para algunos problemas.[210] Lo que obviamente planteal interrogante sobre la necesidad de un Protocolo al Convenio de 1980 en las áreas que ya están cubiertas por el Convenio de 1996 y la conveniencia de alentar la ratificación o la adhesión al Convenio. De todas formas, sería obviamente importante establecer un Protocolo al Convenio de 1980, para evitar conflictos con el Convenio de 1996.

(ii) Recomendaciones

126 El empleo de recomendaciones ha sido una característica del Encuentro de la Comisión especial de revisión del funcionamiento del convenio de 1980. La Comisión especial de marzo de 2001 estuvo de acuerdo en al menos 57 recomendaciones.[211] Las recomendaciones no

---

[209] *Ver* el artículo 40 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969.

[210] Para este tema, ver los comentarios en el Informe preliminar de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, *supra* nota 3.

[211] Ver las Conclusiones y Recomendaciones del cuarto Encuentro de la Comisión especial de revisión del

pueden, por supuesto, enmendar el Convenio de 1980. Las recomendaciones han sido generalmente ajustadas para hacer más efectiva la administración de las provisiones existentes del Convenio o sugieren un enfoque particular para la interpretación de los principios existentes del Convenio. No hay duda de que las recomendaciones de las Comisiones especiales influyeron en la manera en que se implementó el Convenio de 1980 en ciertos países, así como en la interpretación y los procedimientos adoptados bajo el Convenio. Por otra parte, no hay garantía de adhesión universal a las recomendaciones. Las recomendaciones no obligan legalmente y además falta la confianza mutua que surge de la garantía de la reciprocidad.

127 La lista de aspectos que deben estar sujetos a las recomendaciones es tal vez mayor que en el caso de un Protocolo. Por ejemplo, además de los problemas establecidos en el parágrafo 124 anterior, las recomendaciones deben cubrir:

- El suministro de información y las facilidades para ayudar a solicitantes extranjeros a garantizar y ejercer el derecho de visita / derecho de tener un contacto.
- Mecanismos serios para promover acuerdos en el derecho de visita / derecho de tener un contacto.
- Promover el uso de garantías de parte del padre que ejerce el derecho de visita o del padre con custodia.
- Algunos problemas relacionados con la aplicación bajo las leyes nacionales.
- Retirar los obstáculos paral ejercicio del derecho de visita / derecho de tener un contacto, por ejemplo los que surgen de un proceso criminal.
- problemas de pasaporte e inmigración.

(iii) Guía de buenas prácticas

128 La Comisión especial, en marzo de 2001, llegó a la siguiente conclusión respecto a la promoción de buenas prácticas bajo el Convenio de 1980:

> *"1.16 Los Estados contratantes al Convenio deben cooperar entre sí y con el Buró Permanente para redactar una Guía para las buenas practicas que sea extensiva del artículo 7 del Convenio. Esta Guía debe ser operativa, una guía de practica explicativa para ayudar a implementar el Convenio. Se debe concentrar en aspectos operativos y debe estar orientada particularmente hacia los Estados contratantes nuevos. No sería obligatoria ni iría en contra de la independencia jurídica. La metodología debe ser dejada al Buró Permanente."*

129 El Buró Permanente ya ha comenzado a trabajar en el desarrollo de la Guía de las buenas prácticas. Primero, el trabajo se desarrolla dos áreas - problema que deben ser tomadas en cuenta en el momento de implementar el Convenio en los sistemas nacionales y en los procedimientos de las Autoridades centrales.[212] Estas áreas deben incluir una referencia a los problemas del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo y es posible que se puedan centrar específicamente en el derecho de visita / derecho de tener un contacto en secciones posteriores de la Guía de buenas prácticas.

130 Sin embargo, hay limitaciones en este enfoque. Primero, la Guía de buenas prácticas no debe ser obligatoria. Su objetivo debe ser dirigido a los acuerdos de los Estados partes, a los procedimientos y los procesos que se han encontrado útiles en la práctica para implementar y operar el Convenio de 1980 exitosamente en jurisdicciones diferentes. Es apropiado indicar la posibilidad de más de un enfoque para algunos problemas, para otros se debe recomendar un

---

funcionamiento del *Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, *supra* nota 7.

[212] *Ver* Doc. prel. No 3 de septiembre/octubre de 2002, Guía de buenas prácticas bajo El Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores – Primera parte – Prácticas de la Autoridad central, realizada por el Buró Permanente; Doc. prel. No 4 de septiembre/octubre de 2002, Guía para las buenas prácticas bajo El Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores – Primera parte – Cómo hacer cumplir las medidas, realizada por el Buró Permanente.

enfoque, por ejemplo donde el enfoque ya haya sido sancionado por una Comisión especial. La Guía de buenas prácticas debe incluir los problemas mencionados anteriormente bajo el parágrafo 127. La Guía, de hecho, puede tener un alcance mayor que una serie de recomendaciones, incluyendo opciones y precedentes, y debe ser más instructiva que persuasiva. Su distribución también debe ser mayor.

(iv) Acuerdos modelo

131 Otra herramienta posible es redactar un Acuerdo(s) modelo, que provea la base jurídica para mejorar la cooperación entre dos o más Estados que presenten diferencias de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo. Aquí la idea es ofrecer una estructura, que pueda suministrar una base para futuras negociaciones, generalmente bilaterales, entre los Estados partes. Algunos Estados partes del Convenio de 1980 que ya se han comprometido en discusiones bilaterales, con miras a mejorar la cooperación en los aspectos referentes al derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo.[213] El caso de las discusiones franco-germanas ha llevado a establecer una estructura institucional, la *Comisión Parlamentaria franco-germana de Mediación*, diseñada para ofrecer ayuda en casos, particularmente difíciles y crónicos, de derecho internacional de visita. Muchos de los problemas mencionados anteriormente[214] deben ser tocados o al menos resaltados, en dicho Acuerdo modelo. Es muy importante que un Acuerdo modelo sirva para los siguientes propósitos:

- Establecer acuerdos recíprocos para suministrar información y ayuda (incluida la asistencia legal) a los solicitantes al derecho de visita / derecho de tener un contacto del Estado contrario.
- Establecer una estructura internacional para revisar y mediar en casos particularmente inmanejables o crónicos.
- Proveer el intercambio de información de leyes y facilidades disponibles en los Estados respectivos.
- Resolver cualquier problema mutuo que surja del uso de un procedimiento criminal o de la legislación sobre inmigración o proceso.

132 La idea de un Acuerdo modelo también sería útil cuando se presentan problemas de derecho internacional de visita y los Estados afectados no son Partes del Convenio de 1980. Ya existe un número de acuerdos bilaterales que afectan por un lado a un Estado parte del Convenio de 1980 y por otro lado a uno de los Estados islámicos.[215] La experiencia que se ha ganado bajo estos acuerdos ayudaría naturalmente en el proceso de establecer un modelo efectivo. Se ha expresado escepticismo sobre la efectividad de algunos de estos acuerdos bilaterales. Es posible que el desarrollo y uso de un modelo acordado internacionalmente pueda añadir algún peso a futuros acuerdos bilaterales. No hay duda que cualquier modelo adoptado en este contexto podría ser diferente de uno aplicable entre los Estados partes del Convenio de 1980.

c. Respuestas del Documento de consulta

133 Las respuestas del Documento de consulta sobre las herramientas apropiadas que deben ser empleadas por la Conferencia de La Haya y que están disponibles en su totalidad en el Doc. Prel. No 8,[216] se pueden resumir como lo siguiente.

---

[213] *Ver* Informe preliminar de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, *supra* nota 3, parágrafo 60.

[214] *Ver* subparágrafos a) y b).

[215] *Ver* Doc. prel. No 5 de marzo de 2001, lista completa de los temas planteados y las recomendaciones hechas en respuesta al Cuestionario del funcionamiento operativo del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores en atención a la Comisión especial de marzo de 2001, en 30.

[216] Doc. prel. No 8 de septiembre/octubre de 2002, Respuestas al Documento de consulta.

(i) Instrumento obligatorio: Protocolo del Convenio de 1980

134 Varios de los que respondieron piensan que se debe contemplar un Protocolo al Convenio de 1980.[217] La razón principal es la preocupación acerca de las amplias divergencias en la interpretación y en los procedimientos bajo el artículo 21 del Convenio de 1980 y la necesidad de una serie de reglas claras y comunes que sean obligatorias. Al mismo tiempo, hubo reconocimiento general de que el desarrollo de un instrumento obligatorio podría ser un ejercicio extenso y la mayoría de los que favorecía la idea de un Protocolo, también estaba preparada para considerar otros procedimientos, así fueran en su propia legislación o como primer paso.

135 Por otra parte, un número de los que respondieron se opuso a desarrollar un Protocolo.[218] Entre las razones que aludieron, una era la duda acerca de la posibilidad de lograr un acuerdo dadas las diferencias entre los sistemas jurídicos y la aplicación inadecuada de órdenes bajo el Convenio de 1980, el peligro que acarrea un instrumento nuevo que podría inhibir a algunos Estados de ratificar el Convenio de 196, la preocupación de que tomaría muchos años antes de que un Protocolo pueda volverse efectivo entre los 72 Estados partes del Convenio de 1980 y que la aplicación pueda debilitar al Convenio en sí mismo y dudas acerca de la experiencia de los países europeos que entran en otra serie de negociaciones cuando el resultado de las negociaciones actuales, de un instrumento regional en el ámbito europeo, permanece todavía confuso.

136 Un de las respuestas se opuso a la idea de que la oportunidad de las negociaciones de un Protocolo del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo pueda ser usada como la oportunidad de considerar otros Artículos del Convenio de 1980. Se pensó que se podría presentar confusión innecesaria y riesgo de dirigir recursos lejos de los problemas urgentes a tratar del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo.[219]

(ii) Instrumento no obligatorio: Guía de buenas prácticas

137 La mayoría de los que respondieron pensó que el trabajo en el desarrollo de recomendaciones no obligatorias o de la Guía de buenas practicas podría ser útil, al menos como medida temporal o como primer paso en el proceso de preparación de un Protocolo.[220] Las deficiencias de las recomendaciones no obligatorias desdel punto de vista de la inhabilidad para garantizar procedimientos uniformes fueron admitidas. Una respuesta recalcó el valor de la Guía de buenas prácticas para estimular a los Estados a tomar pasos factibles y prácticos para ayudar a la implementación del Convenio y para poner a disposición ejemplos de trabajos valiosos en el área que ya habían realizado por las Autoridades centrales en países diferentes.

(iii) Acuerdos modelos

138 Varios de los que contestaron reconocieron el potencial de los acuerdos modelo bilaterales como una de las múltiples posibilidades.[221] En un caso debido a tal modelo suministraría una serie clara de reglas. Otro de los que contestó pensó que un acuerdo modelo podría ser usado para establecer el proceso de mediación en casos particularmente difíciles.

---

[217] Incluye Argentina, Canadá, Dinamarca, Francia, Islandia, Suiza y al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos humanos (UNHCHR).

[218] Alemania, Austria, Estados Unidos, Paises Bajos y Reino Unido.

[219] Linda Silberman presenta una propuesta a un Protocolo que abarca un amplio espectro de temas en "Enmiendas al Convenio de secuestro. Un llamado para un nuevo Protocolo internacional y la idea de enmendar el ICARA", *supra,* nota 66.

[220] Alemania, Austria, Canadá, Estados Unidos, Paises Bajos, Reino Unido, Suecia, Suiza, ICMEC y UNHCHR.

[221] Islandia, Italia y Republica Checa.

(iv) El Convenio de La Haya de 1996

139 La gran mayoría de los que respondieron apoyó el Convenio de 1996 y mostró reconocimiento al potencial de contribuir significativamente a la solución de algunos problemas del derecho internacional de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo.[222] Uno de los que respondió pensó que las provisiones del Convenio de 1996 del reconocimiento y de la aplicación podrían ser incluidas en un Protocolo al Convenio de 1980, pero que los fundamentos para rechazar el reconocimiento deben ser limitados o de margen estrecho.

(v) Otras ideas

140 Entre otras ideas expresadas por los participantes, está la de desarrollar servicios de mediación internacionales, la necesidad de promover el entrenamiento jurídico en problemas de derecho internacional de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo y la aprobación de la idea de que la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado debe empezar a consultar a ciertos Estados islámicos sobre los problemas de derecho internacional de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo en el tiempo apropiado. Una de las respuestas sugirió el desarrollo por parte de la Conferencia de La Haya de una serie de reglas o de principios que incluya principios primordiales y ofrezcan apoyo a los padres cuando presenten los casos para resolución dentro de los sistemas jurídicos. Dicho marco de principios también sería valioso para proveer un contexto en el que cualquier mecanismo bilateral posible pueda operar.

d. Un programa de acción posible para la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado

141 A la luz de las respuestas del Cuestionario y del Documento de consulta y otras investigaciones realizadas por el Buró Permanente, el siguiente programa de acción se presenta a consideración de La Comisión especial del Convenio de 1980, que se reunirá en La Haya del 27 de septiembre al 1 de octubre de 2002.

(i) Guía de buenas prácticas

142 Se debe continuar el trabajo en la Guía de buenas prácticas con relación a los casos de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo que se originan en el contexto del Convenio de 1980. Se debe tener claro que no es posible por medio de la Guía resolver las grandes diferencias de la visión en la interpretación del artículo 21. La Guía debe tener dos propósitos, (a) promover prácticas consistentes y óptimas con relación a estos problemas que, como se ha acordado, entran bajo la competencia y las obligaciones de los Estados partes del Convenio, (b) suministrar ejemplos de buenas prácticas, aun en los temas que entran en el área de disputa de la interpretación.

143 Con relación al primero de estos objetivos, la Guía debe concentrarse especialmente en el papel de las Autoridades centrales, la cooperación entre las Autoridades centrales, el suministro de información y servicios para ayudar a solicitantes extranjeros a garantizar y usar el derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, los procedimientos para promover acuerdos, y asesoría para retirar los obstáculos que existen en el ejercicio del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo. Como en otros capítulos de la Guía, se debe poner atención en lo práctico y factible, y se deben tomar en cuenta las diferencias en los niveles de recursos de diferentes Autoridades centrales.

144 Con relación al segundo objetivo, se deben dar ejemplos de los diferentes diversos los que los Estados contratantes han usado para implementar el artículo 21. En el caso de los

---

[222] Argentina, Canadá, Paises Bajos, Reino Unido, Republica Checa (ya es Parte del Convenio de 1996), Suecia, Suiza, ICMEC y UNHCHR.

Estados, que han aceptado que al artículo 21 como base jurídica para los procedimientos, se deban dar ejemplos de la naturaleza y de las condiciones inherentes a dichos procedimientos. Se deben ofrecer también ejemplos de los diversos enfoques en el procedimiento de la solicitud. Se debe incluir la posibilidad de garantizar un acuerdo con las recomendaciones a estos problemas, si esta posibilidad es factible.

145 En el desarrollo de la Guía, se ha sugerido que el Buró Permanente adopte los procedimientos que han sido usados con éxito en la sección de la Guía que habla de las prácticas de la Autoridad central. El Buró Permanente redactará el Documento preliminar teniendo en cuenta que se realizarán futuras consultas y que sería luego considerado por un grupo de trabajo compuesto esencialmente por personal gubernamental, tomado de un grupo representativo del gobierno central. Después, el Documento preliminar de la Guía sería puesto a consideración y aprobación en un encuentro futuro de la Comisión especial.

(ii) Principios generales relacionados con casos internacionales de derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo

146 Se debe empezar a trabajar en la formulación de principios generales importantes paral derecho internacional de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo. La idea no es crear una serie de principios que sean pertinentes a los casos de derecho de visita sino que se debe llamar la atención sobre ciertas consideraciones generales y características especiales, que deben ser recordadas a los Estados contratantes y sus Autoridades en el momento de formular políticas respecto al derecho internacional de visita / derecho de tener un contacto. Los principios generales no serían obligatorios; se presentarían a manera de consejo. Los principios generales, así como ofrecen asesoría general a los Estados para formular políticas en esta área, pueden ser de utilidad para los tribunales y otras autoridades así como también para los solicitantes en el momento de presentar los casos y también pueden dar un contexto en el que los futuros mecanismos bilaterales puedan funcionar. También, se deben poder incorporar dichos principios en la Guía de buenas prácticas.

147 Los principios generales tendrían relación con la práctica jurídica de la Autoridad central, los procedimientos para promover acuerdos, los juicios preliminares y procesos judiciales y los procedimientos de aplicación. Estos principios tendrían aplicación en el derecho internacional privado y en las leyes nacionales y los procedimientos. Se ha enfatizado que deberían estar centrados siempre en los casos internacionales.

148 El desarrollo de dicha serie de principios exigirá consultas cuidadosas. Se piensa que el proceso debe empezar con la puesta en circulación de algunas sugerencias preliminares en el Buró Permanente, solicitándole respuestas e ideas paral futuro. Después, sería apropiado establecer un grupo representativo de expertos que trabajen en los principios venideros y establecer que finalmente serán puestos a consideración y aprobación en el futuro Encuentro de la Comisión especial.

(iii) Educación jurídica y cooperación

149 Se ha trabajado mucho en el ámbito nacional e internacional para fomentar conciencia jurídica de los problemas para proteger a los menores en situaciones internacionales. El Buró Permanente ha jugado un papel importante para, entre otros, participar y organizar seminarios internacionales jurídicos como los de "De Ruwinserrg" en junio de 1998, junio de 2000 y octubre de 2001, el último se centró en los problemas de derecho internacional de visita.[223] Los Encuentros de jueces de jurisdicciones diferentes promueve el entendimiento internacional, estos encuentros promueven la cooperación judicial y ayudan a diseminar procedimientos prácticos y precedentes a través de las jurisdicciones. La Conferencia de La Haya debe continuar siendo activa en esta área, debe suministrar ayuda donde sea necesaria, debe apoyar el desarrollo de la cooperación judicial y las comunicaciones[224] cuando sea

[223] *Ver, supra*, nota 153.

[224] *Ver* Doc. prel. No 6 en atención de la Comisión especial de septiembre / octubre de 2002, Mecanismos prácticos

necesario en el contexto de casos individuales, y debe continuar con la publicación de la carta de los jueces sobre la protección internacional de los menores.

(iv) El Convenio de La Haya de 1996

150 Ha seguido en aumento el apoyo al Convenio de La Haya del 19 de octubre de 1996 sobre la jurisdicción, el derecho aplicable, el reconocimiento, la aplicación y la cooperacióncon respecto a la responsabilidad parental y las medidas para la protección del menor y las consultas muestran una visón más amplia, cuya ratificación contribuiría significativamente para proveer la estructura internacional necesaria para resolver disputas sobre el derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo, así como para problemas de custodia y otras medidas de protección. Tres Estados han ratificado el Convenio,[225] cuatro más la han firmado,[226] y varios Estados están en los preparativos para su implementación.[227] Las consultas entre los 15 Estados de la Unión europea han permitido a la Comisión europea concluir que:

> *"Es ampliamente reconocido que el Convenio haría una contribución valiosa a la protección del menor en situaciones que trascienden las fronteras de la Comunidad y que complementaría, en esta misma área, las reglas existentes y futuras para la Comunidad."*[228]

151 El Buró de derechos del menor establecido bajo el *Convenio de la ONU de 1989 sobre los derechos del Niño*[229] le ha comentado recientemente al Buró Permanente la decisión de recomendar a los Estados partes individuales el Convenio de la ONU, si surge la ocasión en que ellos puedan considerar implementar el Convenio de 1996. Se han hecho muchos llamados en encuentros nacionales e internacionales, incluyendo reuniones jurídicas, para que se implemente el Convenio de 1996.[230]

152 Un participante de unos de los países sugirió[231] que al implementar el Convenio de 1996 en su totalidad se presentarían problemas complejos. Se ha debatido la posibilidad de incluir un Protocolo al Convenio de 1980, elementos del Convenio de 1996 que tienen que ver con la jurisdicción, el reconocimiento y la aplicación. Por otra parte, el proceso de negociación y de poner en funcionamiento el Protocolo es posiblemente extenso y si se discutieran elementos del Convenio de 1996 en ese procedimiento, tendría probablemente un impacto negativo en los prospectos de conseguir inmediatez y conseguir la ratificación amplia del Convenio de 1996. El Buró Permanente, por lo tanto, opina que la mayor contribución es un compromiso renovado de ratificación muy amplia del Convenio de 1996 como asunto urgente.

---

para facilitar comunicaciones jurídicas internacionales directas en el contexto del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Informe preliminar, realizado por Philippe Lortie, Primer Secretario.

[225] Eslovaquia, Mónaco y República Checa.

[226] Paises Bajos, Letonia, Marruecos y Polonia.

[227] Por ejemplo en Irlanda, la implementación de la Regulación ya ha sido aprobada por el Parlamento; en Australia, la implementación de la Regulación ha pasado recientemente por el Cámara de Representantes; y en Canadá se están tomando las medidas necesarias para implementar la Regulación. La implementación de un acta unificada al Convenio de 1996 fue hecha de manera preliminar y adoptada en la Conferencia de Derecho Unificado de Canadá en noviembre de 2001. Servirá de modelo para las provincias y territorios canadienses que desean implementar el Convenio (disponible en <www.ulcc.com>).

[228] Una propuesta de un sentencia del Consejo que autorice a los Estados miembros a firmar en beneficio de las Comunidades europeas, el Convenio de La Haya del 19 octubre de 1996 sobre jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento, aplicación y cooperación sobre la responsabilidad parental y las medidas de protección del menor. Comisión de las Comunidades europeas, Bruselas, COM (2001) final.

[229] *Supra* nota 20.

[230] Incluye, entre otros, los tres Seminarios jurídicos de De Ruwenserrg (*ver supra* 153), la Conferencia jurídica de derecho común de la sustracción internacional parental del menor, Washington D.C. (17-21 de septiembre de 2000) y en el Congreso mundial de 2001 de derecho de familia y derechos de la niñez y de la juventud, Bath, Inglaterra (19-22 de septiembre de 2002).

[231] *Ver* Linda Silberman, *supra* nota 66. Para ver una opinión estadinense a favor de la ratificación Gloria F. De Hart, *supra* nota 137.

(v) Mediación

153 El Buró Permanente mantendrá en constante revisión el desarrollo de los esquemas de mediación que son pertinentes a las disputas de derecho internacional de visita / derecho de tener un contacto y que continuará suministrando información acerca de los mismos a los Estados contratantes a través de la Guía para las buenas prácticas, *La Carta de los Jueces* [232] y a través de otros medios.

(vi) La idea de un Protocolo

154 El mandato primordial del Buró Permanente fue informar sobre el deseo y la utilidad potencial de un Protocolo al Convenio de La Haya de 1980 que podría proveer, de manera más satisfactoria y detallada que el artículo 21, el ejercicio efectivo del derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo entre el menor y el padre con o sin custodia en el contexto de la sustracción internacional de menores y traslado de padres, y como una alternativa para las peticiones de retorno. La conclusión del Buró Permanente, de acuerdo a las consultas, es que no se debe excluir un Protocolo, pero que se deben prometer los pasos intermedios mencionados anteriormente de manera urgente, antes de que se considere, el proceso de negociación complejo y difícil de un Protocolo. Si los pasos estipulados anteriormente no conducen a posibles mejoras significativas en los procedimientos, entonces se debe revisar el problema del Protocolo. En ese caso, el trabajo realizado para desarrollar la Guía de buenas prácticas y los principios básicos aplicables a los casos de derecho internacional de visita / derecho de tener un contacto, proveerá una base jurídica de gran utilidad para empezar a trabajar en un Protocolo.

---

[232] La Carta de los jueces sobre la sustracción internacional de menores, que publica semestralmente el Buró Permanente de la Conferencia de La Haya, tiene como objetivo promover la cooperación, la comunicación y el intercambio de ideas entre jueces y otros interesados en los casos de protección internacional del menor. La Carta se distribuye a más de 300 jueces y Autoridades centrales designadas alrededor del mundo por el Convenio de 1980. *Ver* para más detalles el Doc. prel. No 10 en la atención a la Comisión especial de septiembre/octubre 2002, *supra* nota 76.