

**GUÍA PARA LA PARTE II DE LA SEXTA REUNIÓN DE LA
COMISIÓN ESPECIAL Y CONSIDERACIÓN DE LA CONVENIENCIA Y FACTIBILIDAD DE
TRABAJO ADICIONAL RELATIVO A LOS CONVENIOS DE 1980 Y 1996**

redactada por la Oficina Permanente

(traducción no revisada)

*Documento Preliminar N° 13 de noviembre de 2011 a la atención de la
Comisión Especial de enero de 2012 sobre el funcionamiento práctico del
Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del
Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños*

**GUÍA PARA LA PARTE II DE LA SEXTA REUNIÓN DE LA
COMISIÓN ESPECIAL Y CONSIDERACIÓN DE LA CONVENIENCIA Y FACTIBILIDAD DE
TRABAJO ADICIONAL RELATIVO A LOS CONVENIOS DE 1980 Y 1996**

redactada por la Oficina Permanente

Tabla de Contenidos

	Página
I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. ANTECEDENTES Y MANDATO.....	6
III. AVANCES DESDE LA CIRCULACIÓN DEL INFORME PRELIMINAR SOBRE LA VIABILIDAD Y CONVENIENCIA DE UN PROTOCOLO AL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 (MAYO DE 2011)	9
IV. ESTRUCTURA DE LA COMISIÓN ESPECIAL DE 2012 (PARTE II) Y PROYECTO DE AGENDA.....	11
A. Reconocimiento y ejecución transfronteriza / internacional de acuerdos de mediación	11
B. Proveer un fundamento jurídico para la comunicación judicial directa	21
C. Herramientas potenciales de “soft law” relativas a las alegaciones de violencia doméstica en el marco de procesos de restitución	22
D. Reubicación familiar internacional y potenciales tareas adicionales.....	24
E. La dirección futura del Proceso de Malta.....	26
F. Servicios provistos por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en relación con los Convenios de 1980 y 1996	27
V. CONCLUSIÓN – EL CAMINO A SEGUIR	29
ANEXO	30

I. INTRODUCCIÓN

1. El propósito del presente documento consiste en brindar información acerca de los antecedentes de la Parte II de la Sexta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (en adelante, "el Convenio de 1980") y del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (en adelante, "el Convenio de 1996"), la parte de la Comisión Especial orientada al establecimiento de políticas¹, que tendrá lugar desde el 25 hasta el 31 de enero de 2012 (en adelante, "la Comisión Especial de 2012 (Parte II)"). En particular, el presente documento está diseñado para suministrar información actualizada acerca de los avances a partir de la circulación del informe preliminar acerca de consultas sobre la viabilidad y conveniencia de un Protocolo al Convenio de La Haya de 1980 (en adelante, "el Informe Preliminar")² en mayo de 2011. Este Informe se basaba en las respuestas recibidas en ese momento al "Cuestionario sobre la viabilidad y conveniencia de un Protocolo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores" (en adelante, "Cuestionario II")³.

2. A partir de la redacción del Informe Preliminar, como se analiza en la sección III *infra*, se han sucedido varios sucesos que derivaron en un cambio del eje principal de la Comisión Especial de 2012 (Parte II) desde la consideración de la conveniencia y factibilidad de desarrollar un protocolo al Convenio de 1980 hasta la consideración de áreas específicas de posible trabajo futuro. Como consecuencia del proceso de consulta en general con Estados contratantes y Miembros de la Conferencia de La Haya⁴ mediante, en particular, el Cuestionario II, los debates que tuvieron lugar durante la Parte I de la Comisión Especial de junio de 2011 (en adelante, "la Comisión Especial de 2011 (Parte I)") y otras consultas con varios Miembros, no parece posible lograr consenso a fin de obtener un mandato del Consejo de Asuntos Generales y Política para trabajar en un documento de protocolo en este momento. Asimismo, Suiza, Estado que propuso el protocolo originalmente, ha señalado que, en este momento, no pretende que el proyecto de protocolo de 2007 se considere como documento de trabajo a efectos de la Comisión Especial de 2012 (Parte II)⁵.

3. Las opiniones muy divergentes de los Estados que surgen claramente del proceso de consulta (que incluía las respuestas al Cuestionario II⁶), conjuntamente con las sólidas posiciones de algunos Estados que se oponen a un protocolo al Convenio de 1980

¹ La Parte I de la Comisión Especial se concentró en el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 y del Convenio de 1996. Véanse "Conclusiones y Recomendaciones e Informe de la Parte I de la Sexta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*", redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. Nº 14 de noviembre de 2011 a la atención de la Comisión Especial de enero de 2012 (en adelante, "el Informe de la Parte I de la Comisión Especial"), disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Trabajo en curso" y "Sustracción de niños".

² "Consultas sobre la viabilidad y conveniencia de un Protocolo al *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* – Informe Preliminar", redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. Nº 7 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya *ibíd.*

³ Redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. Nº 2 de diciembre de 2010 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya *ibíd.*

⁴ Aclaración: El Cuestionario II se hizo circular entre todos los Órganos Nacionales y de Contacto de los Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, al igual que entre los Estados contratantes no miembros del Convenio de 1980. Por lo tanto, la referencia a los "Estados" en el contexto de las respuestas al Cuestionario II incluirán, cuando corresponda, a los Estados miembros contratantes del Convenio de 1980, los Estados no miembros contratantes del Convenio de 1980, los Estados Miembros no contratantes del Convenio de 1980 y la Unión Europea.

⁵ Véase carta de Suiza, de fecha 7 de noviembre de 2011, distribuida con L.c. ON Nº 37(11) el día 9 de noviembre de 2011 (véase, asimismo, nota 21 *infra*).

⁶ Véase el Anexo del presente documento que ofrece un resumen de las respuestas al Cuestionario II recibidas al día 1 de noviembre de 2011.

y es poco probable que cambien de parecer, sustentan la imposibilidad de lograr consenso en la actualidad a fin de recomendar que se comience a trabajar en un protocolo al Convenio de 1980 durante la Comisión Especial de 2012 (Parte II). Al mismo tiempo, el proceso de consulta (que comprende, en particular, los debates que tuvieron lugar durante la Comisión Especial de 2011 (Parte I)) ha demostrado el deseo de muchos Estados de debatir acerca del trabajo futuro que ha de realizarse con relación a los Convenios de 1980 y 1996, no necesariamente en forma de protocolo, sino respecto de algunos temas específicos identificados en el Cuestionario II.

4. Estos avances adicionales se ven reflejados en el proyecto de Agenda propuesto para la Comisión Especial de 2012 (Parte II). Por lo tanto, se espera que la Parte II ahora se concentre en los limitados temas específicos, identificados en el curso del proceso de consulta como el deseo de un amplio grupo de Estados de considerar el trabajo futuro y, así, sugiere la posibilidad de llegar a un acuerdo en aras de algún compromiso futuro. Los temas identificados son los siguientes: 1) la ejecutabilidad de los acuerdos de mediación en el marco de controversias familiares internacionales relativas a los niños; 2) la existencia de una base jurídica para las comunicaciones judiciales directas; y 3) el tratamiento de cuestiones de violencia doméstica y familiar en el contexto de procesos de restitución. Asimismo, las áreas originalmente identificadas para su debate durante la Comisión Especial de 2012 (Parte II) permanecen en el proyecto de Agenda propuesto y comprenden la reubicación familiar internacional, el futuro del "Proceso de Malta" y el rol de la Conferencia de La Haya en el apoyo y monitoreo de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996.⁷

5. El presente documento pretende brindar orientación a efectos de los debates que tendrán lugar en la Comisión Especial de 2012 (Parte II) con relación a las cuestiones que los Estados podrían querer considerar de conformidad con el proyecto de Agenda propuesto. Para más información pertinente acerca de los antecedentes, véanse los siguientes documentos:

- Conclusiones y Recomendaciones e Informe de la Parte I de la Sexta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños Doc. (Prel. N° 14 de noviembre de 2011)⁸;
- Consultas sobre la viabilidad y conveniencia de un Protocolo al *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores – Informe Preliminar*" (Prel. Doc. N° 7 de mayo de 2011)⁹; y
- Las respuestas al Cuestionario II¹⁰.

⁷ Otros temas, identificados para su posible inclusión en un futuro protocolo, se debatieron en la Parte I y se adoptaron Conclusiones y Recomendaciones a fin de abordar algunas cuestiones. Sin embargo, tal como se indica en más detalle en el Anexo del presente documento, quedó claro luego de las consultas que era poco probable que, en este momento, se lograra consenso respecto del trabajo futuro. Con frecuencia, se hacía referencia a la ayuda incluida en la Guía de Buenas Prácticas pertinente. Entre estas Guías se encuentran las siguientes: *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores – Parte I – Práctica de las Autoridades Centrales* (Jordan Publishing, 2003); *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Parte II – Medidas de ejecución* (Jordan Publishing, 2003); *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Parte III – Medidas preventivas* (Jordan Publishing, 2005); *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Parte IV – Ejecución* (Jordan Publishing, 2010) y *Contacto Transfronterizo relativo a los niños: Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas* (Jordan Publishing, 2008). Las Guías de Buenas Prácticas se encuentran disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Sección sustracción de niños" y "Guías de Buenas Prácticas".

⁸ El Informe de la Parte I de la Comisión Especial, *op. cit.* (nota 1).

⁹ El Informe Preliminar, *op. cit.* (nota 2).

¹⁰ Doc. Prel. N° 2 de diciembre de 2010, *op. cit.* (nota 3).

II. ANTECEDENTES Y MANDATO

6. La cuestión de un posible protocolo al Convenio de 1980 se planteó por primera vez en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el marco de los debates en materia de derecho de visita / contacto transfronterizo. En mayo de 2000, en respuesta a una propuesta por parte de las delegaciones de Australia, España, Estados Unidos de América y Reino Unido¹¹, la Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia¹² solicitó que la Oficina Permanente preparara un informe sobre la conveniencia y la utilidad de un protocolo que podría mejorar el artículo 21 del Convenio¹³. En respuesta a esta solicitud, en julio de 2002, se publicó el Informe sobre el derecho de visita / derecho de tener un contacto transfronterizo¹⁴. La Comisión Especial de octubre de 2002 decidió que sería prematuro comenzar a trabajar en un protocolo, pero recomendó continuar trabajando en el desarrollo de una guía de buenas prácticas sobre la cuestión del derecho de visita / contacto transfronterizo en el contexto del Convenio de 1980, que se completó en 2008¹⁵.

7. La propuesta de Suiza de comenzar a trabajar en un protocolo había sido presentada, en primer lugar, en 2005 ante la Comisión Especial¹⁶ sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia¹⁷ y se volvió a presentar en 2006 en la reunión de la Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Política. En la Comisión Especial de 2006 sobre los Convenios de La Haya de 1980 y 1996¹⁸, Suiza planteó una propuesta de protocolo más general, enumerando una serie de posibles disposiciones¹⁹. Las opiniones

¹¹ Doc. de Trab. Nº 3, presentado ante la Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia (8-12 de mayo de 2000). Publicado como Anexo III de las "Conclusiones de la Comisión Especial de mayo de 2000 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia", Doc. Prel. Nº 10 de junio de 2000 a la atención de la Decimonovena Sesión, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Proceedings of the Nineteenth Session (2001/2002)*, Tomo I, *Miscellaneous matters*, La Haya, Koninklijke Brill, 2008, p. 102.

¹² En 2007, el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia se hizo cargo del trabajo realizado por la Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia (véase el Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado).

¹³ La Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya (8-12 de mayo de 2000) accedió a solicitar que la Oficina Permanente "preparara [con anterioridad a la Decimonovena Sesión Diplomática de la Conferencia de La Haya] un informe sobre la conveniencia y la posible utilidad de un protocolo al Convenio [de 1980] que, en forma más satisfactoria y detallada que el artículo 21 del Convenio, previera el ejercicio efectivo del derecho de visita / contacto entre los niños y los progenitores que ejercen y no ejercen la custodia en el marco de sustracciones internacional de niños y reubicaciones de los progenitores, y como alternativa de las solicitudes de restitución" [Versión original: "*prepare [by the Nineteenth Diplomatic Session of the Hague Conference] a report on the desirability and potential usefulness of a protocol to the [1980] Convention that would, in a more satisfactory and detailed manner than Article 21 of that Convention, provide for the effective exercise of access / contact between children and their custodial and non-custodial parents in the context of international child abductions and parent re-locations, and as an alternative to return requests*"] (véanse "Conclusiones de la Comisión Especial de mayo de 2000 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia", Doc. Prel. Nº 10 de junio de 2000 a la atención de la Decimonovena Sesión, *op. cit.* (nota 11), p. 99, también disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Trabajo en curso" y "Asuntos Generales").

¹⁴ W. Duncan, "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", Doc. Prel. Nº 5 de julio de 2002 a la atención de la Comisión Especial de septiembre / octubre de 2002, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Sección sustracción de niños", "Comisiones Especiales sobre el funcionamiento práctico del Convenio" y "Documentos preliminares".

¹⁵ Véase "Informe y Conclusiones de la Comisión Especial sobre el Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (27 de septiembre - 1 de octubre de 2002)", disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Sección sustracción de niños", "Comisiones Especiales sobre el funcionamiento práctico del Convenio", Conclusiones y Recomendaciones Nº 2(a) y 2(c).

¹⁶ Véase nota 12.

¹⁷ Véase "Informe de la Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de 31 de marzo - 1 de abril de 2005", Doc. Prel. Nº 32 A de mayo de 2005 a la atención de la Vigésima Sesión, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Trabajo en curso" y "Asuntos Generales", p. 34.

¹⁸ Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico del *Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y la implementación práctica del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños* (30 de octubre - 9 de noviembre de 2006).

¹⁹ Véanse párrafos 251 y ss. del "Informe de la Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico del *Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y la implementación práctica del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de*

de los expertos que estaban presentes en la reunión de la Comisión Especial eran divididas y, si bien se reconoció el posible valor de un protocolo, decidieron que el protocolo no era una prioridad inmediata²⁰.

8. Suiza volvió a plantear la propuesta de comenzar a trabajar en un protocolo durante la reunión del Consejo de Asuntos Generales y Política de 2007 y presentó un proyecto de protocolo adicional en 2007 a efectos de su consideración por parte del Consejo en 2008²¹. En 2008, el Consejo había reservado la viabilidad de un protocolo que contenga reglas auxiliares diseñadas para mejorar el funcionamiento del Convenio para su consideración en el futuro²².

9. Posteriormente, en su reunión de marzo / abril de 2009, el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia autorizó a la Oficina Permanente a comenzar con las consultas preliminares "en relación con la conveniencia y viabilidad de un Protocolo al [Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores] que contenga reglas auxiliares para mejorar el funcionamiento del Convenio"²³.

10. Asimismo, en abril de 2010, el Consejo de Asuntos Generales y Política solicitó que la Oficina Permanente preparara un informe sobre las consultas a efectos de su debate durante la siguiente reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de 1980 y 1996 que tendría lugar en 2011, con la condición de que toda decisión respecto de la cuestión de un protocolo sólo podía ser adoptada por el Consejo. El Consejo declaró que el informe también debería "tener en cuenta la medida en la que las disposiciones del Convenio de La Haya de 1996 complementan las del Convenio de La Haya de 1980" [Versión original: "take into account the extent to which the provisions of the 1996 Hague Convention supplement those of the 1980 Hague Convention"]²⁴.

responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (30 de octubre – 9 de noviembre de 2006)", disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Sección sustracción de niños", "Comisiones Especiales sobre el funcionamiento práctico del Convenio". Esta propuesta sugería que el protocolo podría contener disposiciones:

- que requirieran intentos de mediación o conciliación a fin de garantizar la restitución voluntaria del niño en el sentido del art. 10 (conjuntamente con el art. 7(2) c));
- que previeran que tanto el niño como los progenitores tengan la oportunidad de ser oídos;
- que formularan en detalle el procedimiento y las medidas pertinentes a fin de asegurar la restitución segura del niño (conforme al art. 7(2) h)) y los arreglos destinados a garantizar los derechos de visita (art. 21);
- que crearan reglas complementarias que permitieran que las autoridades del Estado requerido obtengan información sobre derechos de custodia, sobre la relación entre el niño y sus progenitores y sobre el bienestar del niño una vez que ha sido restituido a su país de residencia habitual;
- que redujeran el período de un año establecido en el artículo 12; y
- que modificaran el art. 13(1) b) de modo tal de precisar la relación entre el principio de restitución del niño sustraído y el interés superior del niño.

²⁰ Véanse "Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico del *Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y la implementación práctica del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños* (30 de octubre – 9 de noviembre de 2006)", disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya *ibíd.*, Recomendaciones Nº 1.7.3 y 1.8.3. La propuesta suiza fue reiterada en las reuniones de la Comisión Especial / del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de 2006, 2007, 2008 y 2009.

²¹ "Proyecto de Protocolo Adicional al *Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*" (presentado por la delegación suiza), disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Trabajo en curso" y "Asuntos Generales". Esta propuesta fue comunicada a los Órganos Nacionales y de Contacto de los Miembros, a todos los Estados parte en el Convenio de 1980 y a los otros Estados y Organizaciones que asistieron a la Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico del Convenio de 1980, a fin de que expresaran sus opiniones el día 1 de noviembre de 2007 ((L.c. ON Nº 35(7)).

²² Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (1–3 de abril de 2008), disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya *ibíd.*, p. 2.

²³ Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (31 de marzo – 2 de abril de 2009), disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya *ibíd.*, p. 2.

²⁴ Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (7–9 de abril de 2010), disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya *ibíd.*, p. 2.

11. A fin de colaborar con la preparación del informe, en abril de 2010, el Consejo de Asuntos Generales y Política autorizó a la Oficina Permanente a hacer circular un cuestionario "entre los Estados parte y los Miembros más adelante este año a fin de reunir opiniones generales al igual que opiniones con relación a los elementos específicos que podrían formar parte de un protocolo [Versión original: "to States Parties and Members later this year seeking general views as well as views in relation to the specific elements which might form part of a protocol"]"²⁵ al Convenio de 1980.

12. Asimismo, Suiza presentó una lista de las cuestiones que debían considerarse con vistas a un instrumento complementario al Convenio de 1980 ante el Consejo de Asuntos Generales y Política de 2010²⁶.

13. En diciembre de 2010, la Oficina Permanente hizo circular entre los Estados parte y los Miembros el Cuestionario II que buscaba tanto opiniones en general en cuanto a la conveniencia de un protocolo como opiniones relativas a elementos específicos que podrían formar parte de un protocolo. El Cuestionario II no estaba diseñado para reunir opiniones acerca de las reglas precisas o del idioma que deberían aparecer en un protocolo, sino para obtener comentarios y observaciones relativas a los elementos amplios que podrían estar comprendidos en un protocolo, al igual que a la viabilidad de la posibilidad de lograr consenso en cuanto estas cuestiones. En particular, se buscaban opiniones respecto de los siguientes temas: mediación, conciliación y otros medios similares de promover la resolución amistosa de casos en virtud del Convenio; comunicaciones judiciales directas; procedimientos expeditos; la restitución segura del niño; acusaciones de violencia doméstica; las opiniones del niño; ejecución de órdenes de restitución; derecho de visita / contacto; definiciones o definiciones refinadas; reubicación internacional del niño; y revisión del funcionamiento del Convenio de 1980.

14. En mayo de 2011, se hizo circular el Informe Preliminar sobre las respuestas al Cuestionario II a fin de suministrar toda la información relativa a los antecedentes que fuera posible a efectos de la Comisión Especial de 2011 (Parte I). El informe se basaba en las respuestas de 16²⁷ Estados contratantes o Miembros y nueve respuestas de académicos e investigadores recibidas al día 1 de mayo de 2011.

15. La Comisión Especial de 2011 (Parte I) tuvo lugar desde el 1 hasta el 10 de junio de 2011. La revisión detallada del funcionamiento práctico de los Convenios de 1980 y 1996 incluyó debates acerca de la mayoría de los temas a los que el Cuestionario II hacía referencia como elementos específicos que podrían formar parte de un posible protocolo al Convenio de 1980. En particular, la Comisión Especial consideró en gran detalle varios temas, incluidos el derecho de visita y contacto, la restitución segura, la interpretación de conceptos clave de ambos Convenios, la opinión del niño, las comunicaciones judiciales directas al igual que el uso de la mediación y otros medios similares en virtud del Convenio de 1980²⁸.

16. Al día 1 de noviembre de 2011, la Conferencia de La Haya había recibido las respuestas de ocho Estados más²⁹ al Cuestionario II, lo que aumenta el número total de respuestas enviadas por Estados o Miembros a 24³⁰, incluida una respuesta de la Unión Europea. Esos 27 Estados miembros en su totalidad son Estados parte en el Convenio de 1980³¹.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Doc. de Trab. Nº 2 de 7 de abril de 2010.

²⁷ Australia, Bahamas, Burkina Faso, Chile, China (Continental, RAE de Hong Kong), Colombia, El Salvador, México, Montenegro, Noruega, Nueva Zelandia, República Dominicana, Suiza, Ucrania, la Unión Europea y Zimbabwe. Se contactaron veinticinco académicos e investigadores de Alemania, Argentina, Brasil, Canadá, España, Estados Unidos de América, Francia, Japón, Nueva Zelandia, Reino Unido y Suiza.

²⁸ Véase Informe sobre la Parte I de la Comisión Especial.

²⁹ Argentina, Armenia, Canadá, Estados Unidos de América, Israel, Mónaco, Panamá y Venezuela.

³⁰ Argentina, Armenia, Australia, Bahamas, Burkina Faso, Canadá, Chile, China (Continental, RAE de Hong Kong), Colombia, El Salvador, Estados Unidos de América, Israel, México, Montenegro, Noruega, Nueva Zelandia, Panamá, República Dominicana, Suiza, Ucrania, la Unión Europea, Venezuela y Zimbabwe.

³¹ Cabe destacar que, a esta altura, la Unión Europea no ha hecho comentario alguno respecto de los elementos específicos que podrían formar parte de un protocolo ni de la prioridad que se les debería atribuir.

III. AVANCES DESDE LA CIRCULACIÓN DEL INFORME PRELIMINAR SOBRE LA VIABILIDAD Y CONVENIENCIA DE UN PROTOCOLO AL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 (MAYO DE 2011)

17. Sobre la base de las respuestas al Cuestionario II, los debates que tuvieron lugar durante la Comisión Especial de 2011 (Parte I) y las consultas adicionales con Estados representativos de las diversas posiciones a lo largo del espectro relativas a la conveniencia de un protocolo al Convenio de 1980, parece que, en la actualidad, no sería posible crear consenso al respecto. Por el contrario, existe una clara división entre los Estados en cuanto a la necesidad de un protocolo y aquellos que se oponen a él han adoptado sólidas posiciones y es poco probable que cambien de parecer³². De modo similar, muchos de los Estados a favor de un protocolo le han dado a esta actividad una gran prioridad³³ y sugieren una vez más la dificultad de arribar a un posible consenso. Los debates que tuvieron lugar durante la Comisión Especial de 2011 (Parte I) también destacaron el cisma entre las opiniones acerca de diversas áreas que podrían ser objeto de reglas auxiliares en el marco de un protocolo. Las respuestas de los Estados al Cuestionario II sirven exclusivamente para reforzar estas divisiones, tal como se resume en el Anexo del presente documento.

18. Un número limitado de áreas específicas han surgido en gran medida en función de las respuestas al Cuestionario II, los debates de la Comisión Especial de 2011 (Parte I) y las respuestas adicionales al Cuestionario I³⁴, donde podría ser posible obtener lograr el consenso suficiente a efectos de recomendarle al Consejo que se considere la posibilidad de autorizar trabajo adicional. Estas áreas, que se analizan en más detalle en la sección IV del presente documento, constituyen el eje del proyecto de Agenda sugerido para la Comisión Especial de 2012 (Parte II).

19. Las consultas también sirvieron para subrayar la falta de acuerdo acerca de la necesidad de un protocolo. Fue en virtud de este espíritu que Suiza, el Estado que había alentado principalmente la consideración de un protocolo durante varios años, señaló que le gustaría solicitar que el Documento de Trabajo de 2007 a efectos de un protocolo³⁵ no se considerara en esta oportunidad.

20. El proyecto de Agenda para la Comisión Especial de 2012 (Parte II) ha evolucionado a través del proceso de consulta y ahora destaca tres propuestas de áreas generales respecto de las cuales podría lograrse consenso sobre la base de las respuestas al Cuestionario II al igual que los debates que se desarrollaron en la Comisión Especial de 2011 (Parte I). Estas áreas son las siguientes: 1) la ejecutabilidad de los acuerdos de mediación en el ámbito del derecho de familia; 2) la existencia de una base legal para las comunicaciones judiciales directas; y 3) el tratamiento de las cuestiones de violencia doméstica en el marco de procesos de restitución. Asimismo, el proyecto de Agenda incluye un debate acerca de las tres áreas que se asignaron originalmente a la Parte II: la reubicación internacional, el futuro del Proceso de Malta y el rol de la Conferencia de La Haya en la provisión de servicios con relación a los Convenios de 1980 y 1996. El proyecto de Agenda sugerido intenta ajustarse a las opiniones expresadas por los Estados. Además, pretende garantizar el uso más eficiente del tiempo de los Estados y reconoce la gran diversidad de opiniones, expresadas en la Parte I, que sugieren que el consenso para un protocolo no es posible en este momento.

³² Canadá, Estados Unidos de América, Noruega y Nueva Zelandia.

³³ Argentina, Australia, Colombia, México, Montenegro, República Dominicana, Suiza, Venezuela y Zimbabwe.

³⁴ "Cuestionario sobre el funcionamiento práctico del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*" (en adelante, "Cuestionario I"), redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 1 de noviembre de 2010 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Trabajo en curso" y "Sustracción de niños".

³⁵ *Op. cit.* nota 21.

21. Tal como se mencionara anteriormente, el Informe Preliminar analizaba en detalle las 16 respuestas al Cuestionario II que se habían recibido en ese momento de Estados contratantes o Miembros al igual que nueve respuestas recibidas de académicos e investigadores. Algunos Estados y, en particular, la Unión Europea, se reservaron sus posiciones, lo que dificultó la tarea de apreciar las posibilidades de consenso no sólo con respecto a la cuestión general de determinar si deberían iniciarse negociaciones a efectos de un protocolo, sino también en cuanto a los elementos específicos que podrían incluirse en un protocolo. Asimismo, como lo solicitara el Consejo en el Mandato de 2009, el Informe Preliminar consideró la medida en la que el Convenio de 1996 podría abordar o aliviar la necesidad de un protocolo que establezca reglas auxiliares a las del Convenio de 1980.

22. Incluso el Informe Preliminar que evalúa las respuestas de los primeros 16 Estados o Miembros al Cuestionario II observaba que si bien existía “un buen grado de acuerdo entre los Estados parte acerca de las áreas de práctica en torno del Convenio que podrían fortalecerse y mejorarse [...] [se recibieron respuestas muy diferentes respecto de] la cuestión de los medios adecuados para implementar las mejoras [...] con algunos Estados convencidos de que se necesitan reglas vinculantes en forma de protocolo, mientras que otros confían más, al menos por el momento, en las mejoras generadas por el desarrollo de buenas prácticas (*‘soft law’*) mediante la formación y otros medios de apoyo en aras de la mejora de la cooperación transfronteriza” [Versión original: “*fair amount of agreement among States Parties about the areas of practice surrounding the Convention which might be strengthened and improved [...] the question of the appropriate means to bring about the improvements [was answered very differently] [...] with some States convinced that binding rules are needed in the form of a protocol, while others place greater reliance, at least for the moment, on improvements generated by the development of good practices (‘soft law’), by training and other supports for improved cross-border co-operation*”]³⁶.

23. Los que se oponían al protocolo expresaron preocupación acerca de la posibilidad de que las negociaciones futuras a efectos de un protocolo al Convenio de 1980 alteraran considerablemente la interpretación de artículos clave del Convenio existentes, lo que conllevaría el riesgo de menoscabar el consenso cuidadosamente equilibrado entre los Estados contratantes en materia de sustracción parental de niños que también constituye la base de algunos instrumentos regionales. Algunos Estados consideraban que determinados temas específicos – procedimientos de mediación, procedimientos expeditos y ejecución de órdenes de restitución – eran cuestiones de derecho interno y expresaban su respaldo respecto de la necesidad de alentar a los Estados a revisar su derecho interno y sus medidas de ejecución a fin de alcanzar el propósito y los objetivos del Convenio. Sin embargo, se apoyaba el trabajo actual de la Conferencia de La Haya en aras de brindar más orientación en materia de mediación y comunicaciones judiciales.

24. Algunos Estados expresaron su preocupación por la circunstancia de que el posible trabajo respecto de ciertas áreas mencionadas en el Cuestionario II consistiera en armonizar el derecho sustantivo, lo que se aparta del enfoque general de la Conferencia de La Haya de trabajar en aras de la armonización del derecho internacional privado.

25. A la luz de las respuestas de otros Estados adicionales a partir de mayo de 2011 (las cuales se encuentran en su totalidad disponibles en el sitio web), se ha preparado un anexo al presente documento a fin de resumir las respuestas de la totalidad de los 24 Estados, al igual que todas las Conclusiones y Recomendaciones realizadas durante la Comisión Especial de 2011 (Parte I) destinadas a esta área en particular.

³⁶ *Op. cit.* (nota 2), pp. 40-41.

26. En síntesis, surge claramente de la totalidad de las 24 respuestas, tanto las 16 incluidas en el Informe Preliminar como las respuestas de los ocho Estados adicionales recibidas luego del día 1 de mayo de 2011, que es poco probable que se logre consenso entre los Estados a fin de apoyar un protocolo al Convenio de 1980.

IV. ESTRUCTURA DE LA COMISIÓN ESPECIAL DE 2012 (PARTE II) Y PROYECTO DE AGENDA

27. Este documento no repite los contenidos del Informe Preliminar de mayo de 2011, sino que pretende concentrarse en las cuestiones pertinentes a la Comisión Especial de 2012 (Parte II) y ayudar a brindar antecedentes adicionales para los Estados en su preparación para la Parte II.

28. Como se discutiera *supra*, en función de las respuestas al Cuestionario II, deliberaciones en la Comisión Especial de 2011 (Parte I), y consultas, parece haber un consenso significativo sobre la necesidad de un trabajo adicional en tres áreas: ejecutoriedad de los acuerdos de mediación en el área de derecho de familia; una base jurídica para la comunicación judicial directa; y tratamiento de cuestiones de violencia doméstica dentro de un proceso de restitución.

A. Reconocimiento y ejecución transfronteriza / internacional de acuerdos de mediación³⁷

1. Introducción

29. En el Cuestionario II, se les preguntó a los Estados sus opiniones respecto de si las disposiciones sobre "mediación, conciliación y otros medios similares de promover la resolución amistosa de casos en virtud del Convenio [1980]"³⁸ podría tener un sentido útil en un protocolo al Convenio de 1980. En particular, se les preguntó a los Estados si se exigían disposiciones, en primer lugar, "que autorizaran expresamente el uso de medios [...] a fin de promover la resolución amistosa de casos en virtud del Convenio [1980]"³⁹ y en segundo lugar, "que aborden cuestiones de sustancia y procedimiento adyacentes al uso de dichos medios"⁴⁰. Las respuestas de los Estados reconocieron la importancia de la mediación y otros medios de resolución amistosa de controversias⁴¹. Sin embargo, las respuestas no revelaron un consenso sobre la necesidad de reglas vinculantes para autorizar expresamente el uso de dichos procesos amistosos en el marco del Convenio de 1980⁴². Una serie de Estados observaron que las disposiciones existentes del Convenio de 1980 proveían una base jurídica suficiente en este sentido (en particular, Arts. 7(2) c) y 10),⁴³ en tanto otros consideraron que el autorizar en forma expresa el uso de la mediación, conciliación u otros medios en los casos del Convenio podría tener un propósito útil⁴⁴.

30. Con relación a la pregunta 1.2, una serie de Estados identificaron entre otras cuestiones el área de reconocimiento y ejecución de acuerdos de mediación u otros procesos amistosos similares como un área en donde las disposiciones pueden ser de una utilidad práctica considerable⁴⁵ dado que en las controversias transfronterizas relativas a los niños, los acuerdos necesitarán a menudo resultar jurídicamente vinculantes en

³⁷ Véase *infra* párr. 33 en lo que concierne al hecho de que el debate de la mediación y los acuerdos de mediación debería incluir la consideración de acuerdos producto de procesos similares de solución amistosa de controversias.

³⁸ *Op. cit.* (nota 3), en la pregunta 1.

³⁹ *Ibid.*, en la pregunta 1.1.

⁴⁰ *Ibid.*, en la pregunta 1.2.

⁴¹ *E.g.*, Armenia, Bahamas, Colombia, El Salvador, Israel, Mónaco, Montenegro, Nueva Zelandia, Panamá, República Dominicana, Suiza, Ucrania y Zimbabue.

⁴² Cuestionario II, *ibid.*, en la pregunta 1.1.

⁴³ *E.g.*, Argentina, Bahamas, Canadá, Estados Unidos de América.

⁴⁴ Armenia, Australia, Bahamas, Burkina Faso, Chile, China (RAE de Hong Kong), Colombia, El Salvador, Israel, Montenegro, Panamá, República Dominicana, Suiza, Ucrania, Venezuela y Zimbabue.

⁴⁵ *E.g.*, Armenia, Australia, Israel, Panamá, Suiza y Ucrania.

jurisdicciones múltiples: por ejemplo, en el Estado de la residencia habitual del niño, así como en el Estado en el que se debe ejercer el contacto con el niño, en caso de que esto deba ocurrir en otra jurisdicción. Es más, en los debates mantenidos durante la Comisión Especial de 2011 (Parte I) una serie de expertos manifestaron haber experimentado dificultades considerables en este sentido⁴⁶.

31. Mientras que la Comisión Especial recibió con agrado el proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación⁴⁷ en cuanto a que presta asistencia general útil con relación al uso de la mediación en el contexto del Convenio de 1980, los debates apuntaron a la cuestión específica del reconocimiento y la ejecución de las soluciones amistosas, tanto en el contexto de las solicitudes en virtud del Convenio de 1980 como en el contexto de las controversias transfronterizas relativas a los niños de manera más general, como una cuestión que garantiza un examen más profundo. Esta cuestión fue asimismo enfatizada por Suiza en su carta relativa a la Comisión Especial de 2012 (Parte II), cuando sostuvo: "si verdaderamente deben alentarse las soluciones amistosas, las partes deben tener la seguridad de que un acuerdo de mediación pueda ser respaldado por los tribunales y por consiguiente reconocido y ejecutado en el extranjero"⁴⁸.

32. Esta sección del Documento Preliminar por lo tanto provee una base inicial para que los Estados continúen debatiendo esta cuestión en la Comisión Especial de 2012 (Parte II). Considerará las siguientes cuestiones: los antecedentes del trabajo de la Conferencia de La Haya en materia de mediación transfronteriza en asuntos de familia (véase sección 2 *infra*); los desafíos prácticos actuales en lo que se refiere a hacer que los acuerdos de mediación (u otros procesos similares) resulten vinculantes en todos los sistemas jurídicos pertinentes en las controversias transfronterizas relativas a los niños (véase sección 3 *infra*); y algunos pasos posibles a considerar (véase sección 6 *infra*).

33. Debería hacerse una observación preliminar: el resto de esta sección se referirá sobre todo a "los acuerdos alcanzados como consecuencia de la mediación" o "acuerdos de mediación". La mediación es en verdad uno de los métodos alternativos más ampliamente promovidos de resolución de controversias en materia de derecho de familia⁴⁹. Sin embargo, existe una serie de otros procesos destinados a lograr la resolución amistosa de las controversias relativas a los niños (*e.g.*, conciliación, evaluación temprana neutral, derecho colaborativo, etc.). Estos otros procesos son analizados en el proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación⁵⁰. Al considerar los desafíos prácticos que pueden surgir para hacer que resulten vinculantes las soluciones amistosas en las controversias transfronterizas relativas a los niños, es evidente que los desafíos descritos no serán exclusivos de los acuerdos alcanzados como consecuencia de la mediación. La discusión de los "acuerdos de mediación" a continuación debería, por lo tanto, incluir los acuerdos alcanzados como consecuencia de otros procesos similares.

⁴⁶ Véanse Minuta N° 14 y el comentario de los expertos, con inclusión de expertos de Alemania, Australia y Suiza. Este punto también surgió en el marco de los debates relativos al "Proyecto revisado del Manual Práctico sobre el funcionamiento del *Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*", redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 4 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Trabajo en curso" y "Sustracción de Niños".

⁴⁷ "Proyecto de Guía de Buenas Prácticas en virtud del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Parte V – Mediación", Doc. Prel. N° 5 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya *ibíd.*

⁴⁸ Véase *supra* nota 5.

⁴⁹ Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación, *op. cit.* (nota 47), en p. 11.

⁵⁰ *Ibíd.*, en el Capítulo 15.

2. Antecedentes: el trabajo de la Conferencia de La Haya en materia de mediación transfronteriza en asuntos de familia

34. La Conferencia de La Haya tiene una larga historia de trabajo en materia de mediación transfronteriza en asuntos de familia⁵¹. Este trabajo ha sido abordado tanto en el contexto de los debates sobre el funcionamiento del Convenio de 1980⁵², como así también de manera más general, a pedido del Consejo de Asuntos Generales y Política, en el tema más amplio de "mediación transfronteriza en asuntos de familia"⁵³.

35. Como parte de los preparativos para la Comisión Especial de 2006, la Oficina Permanente produjo una "Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares para facilitar soluciones acordadas en disputas familiares transfronterizas relativas a menores especialmente en el contexto del Convenio de La Haya de 1980"⁵⁴. Este estudio fue preparado a la luz de la creciente utilización de la mediación en las controversias nacionales en materia de derecho de familia y el creciente número de iniciativas de mediación abordadas en el contexto de las solicitudes en virtud del Convenio de 1980⁵⁵. La Comisión Especial de 2006 recibió con agrado "las iniciativas de mediación [...] que se están llevando a cabo en Estados Contratantes en el marco del Convenio de La Haya de 1980"⁵⁶ e invitó a "la Oficina Permanente a que continúe manteniendo informado a los Estados Contratantes sobre desarrollos en materia de mediación concernientes a litigios transfronterizos sobre derecho a mantener un contacto y sustracción"⁵⁷. La siguiente Comisión Especial de 2006 sobre Asuntos Generales y Política⁵⁸ también recibió con agrado esta investigación. Invitó además a la Oficina Permanente a "preparar un estudio de factibilidad sobre mediación transfronteriza en asuntos de familia, incluido el posible desarrollo de un instrumento sobre el tema"⁵⁹.

36. Este "Estudio de factibilidad sobre mediación transfronteriza en asuntos de familia" más amplio fue presentado al Consejo de abril de 2007 sobre Asuntos Generales y Política⁶⁰. El estudio ofreció una visión general de los desarrollos en la mediación familiar a nivel nacional e internacional y exploró posibles direcciones para el trabajo futuro de la Conferencia de La Haya en la materia, incluyendo:

- a) que la Oficina Permanente "mantenga un sumario de observación más general y que informe periódicamente sobre el desarrollo de la mediación transfronteriza en asuntos de familia"⁶¹;
- b) alternativamente, "un [t]rabajo adicional, incluyendo consultas [...] sobre la cuestión de si la falta de un régimen completamente integral de normas internacionales privadas relativas a los acuerdos en el área de derecho de familia da lugar a desventajas o impedimentos prácticos para el proceso de mediación de

⁵¹ En efecto, las disposiciones en los Convenios de La Haya modernos relativos a los Niños promueven la resolución amistosa de controversias: véanse por ejemplo Art. 7(2) c) y 10 del Convenio de 1980, Art. 31 b) del Convenio de 1996 y Art. 6(2) d) y 34(2) i) del *Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia* (el "Convenio de 2007").

⁵² Véase *infra*, párr. 35.

⁵³ Véanse *infra*, párr. 36 y ss.

⁵⁴ Redactada por S. Vigers (ex Oficial Legal de la Oficina Permanente), Doc. Prel. N° 5 de octubre de 2006 a la atención de la Comisión Especial de 2006, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Sustracción de niños" y "reuniones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio" y "Documentos Preliminares".

⁵⁵ *Ibid.*, p. 6.

⁵⁶ Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de 2006, *op. cit.* (nota 20), Recomendación N° 1.3.2.

⁵⁷ *Ibid.*, en párr. 1.3.3.

⁵⁸ Véase nota 12.

⁵⁹ "Conclusiones de la Comisión Especial de 3-5 de abril de 2006 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia", Doc. Prel. N° 11 de junio de 2006 a la atención del Consejo de abril de 2007 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Trabajo en curso" y "Asuntos Generales", Conclusión N° 3.

⁶⁰ Redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 20 de marzo de 2007 a la atención del Consejo de abril de 2007 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya *ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, en párr. 5.11 (1).

modo tal que justificaría el desarrollo de un instrumento de derecho internacional privado⁶²; o

- c) "consultas [...] con Estados Miembros a fin de explorar la conveniencia de desarrollar un instrumento diseñado para mejorar el flujo de información y para brindar una cooperación más estrecha entre los Estados al facilitar el uso de la mediación y al dar efecto a los acuerdos de mediación"⁶³.

37. El Consejo de 2007 de Asuntos Generales y Política invitó a los Miembros a: "brindar comentarios, antes de fines del año 2007 [...] en vistas a un debate más profundo del tema en la reunión del Consejo en la primavera de 2008"⁶⁴. En abril de 2008, el Consejo de Asuntos Generales y Política, habiendo recibido una serie de comentarios de sus Miembros,⁶⁵ "invitó a la Oficina Permanente a continuar el seguimiento y a mantener informados a los miembros sobre las nuevas evoluciones en materia de mediación transfronteriza en asuntos de familia"⁶⁶. Adicionalmente, como un "primer paso", le requirió a la Oficina Permanente iniciar los trabajos para: "una Guía de Buenas Prácticas sobre el uso de la mediación en el contexto del [Convenio de 1980], que será sometida a la consideración de la siguiente reunión de la Comisión Especial [...] en 2011".⁶⁷ Como se indicara *supra*, esta Guía, y por lo tanto este "primer paso", está a punto de completarse. Sin embargo, como revelaran los debates en la Comisión Especial de 2011 (Parte I), quedan todavía desafíos prácticos significativos relativos a la ejecución de los acuerdos de mediación, que se delinearán *infra* en la sección 3.

38. La importancia de garantizar la ejecutoriedad (en todas las jurisdicciones pertinentes) de los acuerdos de mediación⁶⁸ en las controversias transfronterizas de familia ha sido planteada previamente en el contexto del trabajo de la Conferencia de La Haya en esta materia. Por ejemplo, una propuesta por parte de Israel para un instrumento internacional sobre mediación transfronteriza en controversias de familia, presentada al Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia en 2009, enfatizó la necesidad de hacer que resulten vinculantes los acuerdos de mediación en los distintos sistemas jurídicos involucrados⁶⁹. Más aún, el Grupo de Trabajo sobre

⁶² *Ibid.*, en párr. 5.11 (2).

⁶³ *Ibid.*, en párr. 5.11 (3).

⁶⁴ Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia (2-4 de abril de 2007), en párr. 3.

⁶⁵ "Estudio de factibilidad sobre la mediación transfronteriza en asuntos de familia – Respuestas al Cuestionario", Doc. Prel. N° 10 de marzo de 2008 a la atención del Consejo de abril de 2008 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia.

⁶⁶ Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia (1-3 abril de 2008), en p. 1.

⁶⁷ *Ibid.* Como respuesta a esta solicitud, el proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación (*op. cit.* nota 47) fue presentado a la Parte I de la reunión de la Comisión Especial en junio de 2011.

⁶⁸ Debería, asimismo, observarse que una serie de iniciativas europeas resaltan la importancia crucial de garantizar que un acuerdo de mediación resulte vinculante en todos los sistemas jurídicos involucrados, véase: *Consejo de Europa Recomendación N° R (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre mediación familiar*, adoptada por el Comité de Ministros el 21 de enero de 1998, disponible en < <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1153972&SecMode=1&DocId=450792&Usage=2> > (consultada por última vez el 15 de noviembre de 2011), véase IV, "El estado de los acuerdos mediados"; *Consejo de Europa Recomendación (2002)10 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre mediación en materia civil*, adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 2002, disponible en < [http://www.coe.az/pfddoc/committee_of_ministers/Rec%20R\(2002\)10%20%20Mediation%20in%20civil%20matters_EN.pdf?PHPSESSID=67eec3ca752961761ec775207e18cbb6](http://www.coe.az/pfddoc/committee_of_ministers/Rec%20R(2002)10%20%20Mediation%20in%20civil%20matters_EN.pdf?PHPSESSID=67eec3ca752961761ec775207e18cbb6) > (consultada por última vez el 15 de noviembre de 2011), véanse en particular párrafos 17 y 46; *Código de Conducta Europeo para Mediadores*, establecido por la Comisión Europea y un grupo de participantes interesados en 2004, texto disponible en < http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm > (consultada por última vez el 15 de noviembre de 2011); véase punto 3.3.; y *Directiva 2008/52/EC del Parlamento Europeo y del Consejo del 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, texto disponible en < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008L0052:EN:NOT> > (consultada por última vez el 15 de noviembre de 2011), véanse Considerando 19 y Art. 6 de la Directiva exigiendo que se pongan a disposición los procedimientos adecuados a fin de otorgar efecto legal a los acuerdos de mediación, ya sea en virtud de una aprobación del tribunal, registro en el tribunal u otro.

⁶⁹ Doc. de Trabajo N° 1 de 31 de marzo de 2009, véase Art. 7 propuesto (Ejecutoriedad del acuerdo) [Versión original: "Enforceability of the settlement agreement"]

"1. Un acuerdo de advenimiento celebrado en un Estado Contratante tendrá derecho a su ejecución en todos los Estados Contratantes en tanto sea ejecutorio en el Estado de la mediación y cuando en ese Estado un

mediación en el contexto del Proceso de Malta⁷⁰ identificó la ejecutoriedad de los acuerdos de mediación como un eje central crucial en este sentido.

3. Los desafíos prácticos

39. Existen dos temas independientes que usualmente deben ser considerados cuando se debate el tema de que las soluciones acordadas resulten jurídicamente vinculantes y ejecutorias en las controversias transfronterizas, y por lo tanto en múltiples sistemas jurídicos:

- (1) Tema 1): la necesidad de que el acuerdo resulte jurídicamente vinculante y ejecutorio en el sistema jurídico en el que se ha celebrado el acuerdo de mediación⁷¹ (en adelante, "Estado A"); y
- (2) Tema 2): la necesidad de garantizar que el acuerdo, jurídicamente vinculante y ejecutorio en el Estado A, sea también jurídicamente vinculante y ejecutorio en cualquier otro sistema jurídico pertinente (en adelante, "Estado B", y posiblemente más Estados C, D, etc.).

40. En muchos sistemas jurídicos, en las controversias relativas a los niños, el tema 1) es una cuestión de tratar de obtener la aprobación del acuerdo por parte de un tribunal, de modo tal que el acuerdo resulte vinculante y ejecutorio al convertirse en una orden judicial⁷². Una cuestión que pueden confrontar los progenitores tratando de que un acuerdo resulte ejecutorio en esta forma será si el tribunal en el Estado en el que emprendieron la mediación u otro proceso tiene competencia para expedir una orden judicial en los términos del acuerdo. En las controversias transfronterizas de familia, tanto la jurisdicción internacional⁷³ como la interna⁷⁴ desempeñarán un rol al momento de decidir si un tribunal determinado podrá asumir la competencia para expedir una orden judicial en los términos del acuerdo. Pueden surgir problemas particulares cuando un acuerdo de mediación cubra temas múltiples para los cuales se aplican diferentes reglas de competencia. Asimismo, incluso en caso de que en un sistema jurídico resulte posible obtener dicha orden judicial, la realidad práctica de este proceso en algunos Estados puede ser extensa, compleja y costosa.

acuerdo de advenimiento sea ejecutorio en virtud de una orden judicial tendrá derecho al reconocimiento y ejecución.

2. El reconocimiento y la ejecución de un acuerdo de advenimiento pueden ser rechazados si la ejecución es manifiestamente incompatible con la política pública del Estado Contratante peticionado."

[Versión original: "1. *A settlement agreement made in a Contracting State shall be entitled to enforcement in every Contracting State provided that it is enforceable in the State of the mediation and when in that State a settlement agreement is enforceable by a court order shall be entitled to recognition and enforcement.*

2. *Recognition and enforcement of a settlement agreement may be refused if enforcement is manifestly incompatible with the public policy of the Contracting State addressed.*"]

⁷⁰ Véanse, para más detalles, "Los Principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del Proceso de Malta" y el Memorando Explicativo", redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 6 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Trabajo en curso" y "Sustracción de Niños".

⁷¹ La mediación puede ocurrir en un lugar o ser transfronteriza a modo de mediación a larga distancia; el acuerdo puede ser celebrado en un lugar distinto.

⁷² E.g., Argentina, Australia, Brasil, China (RAE de Hong Kong), Costa Rica, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia (un acuerdo debe ser aprobado por el Consejo de Bienestar Social), Francia, Grecia, Israel, Letonia, Lituania, Mauricio, México, Paraguay, Polonia, República Checa, Rumania, Suecia, Suiza (información obtenida de las respuestas al Perfil de País – pregunta 19.5 - a mayo de 2011). Sin embargo, hay, asimismo, algunos Estados donde, además, parece ser posible que un acuerdo resulte "ejecutorio" ya sea registrando el acuerdo en un tribunal (sin necesidad de obtener la aprobación de los términos por parte del tribunal) o por otros métodos: e.g., Australia, Estonia (certificación notarial o registro), Noruega (cuando ambos progenitores lo soliciten, el Gobernador del Condado puede determinar que un acuerdo escrito sobre responsabilidad parental, domicilio y tiempo compartido con el niño pueda ser ejecutado) y Suecia (aprobación formal por parte del Comité de Bienestar Social).

⁷³ I.e., qué Estado tiene competencia para expedir una orden judicial con respecto al / a los niño(s) particular(es) involucrado(s), y en lo relativo al tema particular del acuerdo.

⁷⁴ I.e., qué tribunal dentro de un Estado tiene competencia para expedir una orden judicial con respecto al tema particular del acuerdo (esto podrían ser distintos tribunales dentro de ese Estado, por ejemplo, si el acuerdo incluye cuestiones de custodia / contacto, así como un acuerdo sobre manutención del niño).

41. El tema 2) podría alcanzarse mediante dos métodos: i) llevando el acuerdo al Estado B (o C, D, etc.) y solicitando que un tribunal en ese Estado expida una orden judicial que incorpore los términos del acuerdo. Si el tribunal en el Estado B (o C, D, etc.) puede expedir dicha orden dependerá nuevamente de cuestiones de competencia internacional e interna (tratado *supra*); o ii) una vez que el acuerdo resulte vinculante y ejecutorio en el Estado A, tratando de obtener el reconocimiento y ejecutoriedad de la orden judicial del Estado A en el Estado B.⁷⁵ Cuando no haya en vigor ningún acuerdo internacional, regional o bilateral pertinente entre los Estados A y B, el derecho interno del Estado B puede permitir el reconocimiento y la ejecución.

42. Entre los Convenios de La Haya modernos relativos a los Niños, el Convenio de 1996, así como el Convenio de 2007, pueden servir de ayuda a los progenitores para obtener el reconocimiento de sus soluciones acordadas en una controversia transfronteriza relativa a los niños en todos los Estados Contratantes involucrados⁷⁶. Sin embargo, puede que estos Convenios no ofrezcan una solución satisfactoria cuando el acuerdo cubra cuestiones que recaen fuera del ámbito de uno o ambos Convenios. Asimismo, determinados aspectos del caso pueden redundar en dificultades adicionales, como se describe *infra*.

Los Convenios de 1980 y 1996 y el hacer que las soluciones amistosas resulten jurídicamente vinculantes en todos los Estados pertinentes

(a) Situaciones que involucran el traslado o retención ilícitos de un niño⁷⁷

43. Como se describiera *supra*, las respuestas al Cuestionario II y los debates en la Comisión Especial de 2011 (Parte I) resaltaron las dificultades de competencia que pueden surgir cuando las partes desean que una solución amistosa a una solicitud del Convenio de 1980 resulte jurídicamente vinculante y ejecutoria en el Estado requerido tratando de obtener una orden judicial en ese Estado (en adelante "Estado A", a menudo el Estado en el cual se ha desarrollado la mediación⁷⁸). Esto es porque la solución amistosa en dichos casos tratará a menudo no sólo la cuestión específica de la restitución o no restitución del niño, sino también cuestiones de custodia y contacto en el largo plazo⁷⁹. Es más, usualmente las distintas partes del acuerdo serán interdependientes, *i.e.*, el consentimiento a la restitución o a la no restitución será condicional a que se dé efecto al acuerdo sobre las cuestiones de derecho de custodia y contacto en el largo plazo. Esto significa que una aprobación parcial del acuerdo (*i.e.*, una orden judicial que haga que sólo la restitución o la no restitución resulte vinculante y ejecutoria) no constituirá una solución satisfactoria para las partes, quienes negociaron varias cuestiones como un "paquete", y puede poner en peligro la resolución amistosa decisiva de la controversia.

⁷⁵ Puede existir una opción adicional, cuando un acuerdo que trata cuestiones de derecho de familia es jurídicamente vinculante y ejecutorio en el Estado A sin la necesidad de que se convierta en una orden judicial y cuando exista un marco jurídico entre el Estado A y el Estado B que disponga el reconocimiento de dicho acuerdo en las mismas condiciones que las resoluciones judiciales; véase, por ejemplo, Art. 46 del Reglamento de Bruselas IIa (Reglamento del Consejo (CE) N° 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000). Véase, asimismo, Artículo 30 del Convenio de 2007 para los acuerdos en materia de alimentos.

⁷⁶ Mientras que usar el Convenio de 1996 para este fin exige que el acuerdo esté contenido en una orden judicial (u otra medida adoptada por una autoridad del Estado) de conformidad con los términos del Convenio, el Convenio de 2007 puede tener como consecuencia que el acuerdo sea ejecutorio en otro Estado sin necesidad de que se convierta en una orden judicial: véase Artículo 30 del Convenio de 2007. En la actualidad el Convenio de 2007 tiene sólo un Estado Contratante (Noruega) y por lo tanto todavía no ha entrado en vigor.

⁷⁷ Véase Art. 3 del Convenio de 1980 y Art. 7 del Convenio de 1996.

⁷⁸ Véase, asimismo, Sección 4.4 del proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación (*op. cit.* nota 47).

⁷⁹ Dichos acuerdos combinados son supuestamente muy comunes dado que las partes pueden acordar la no restitución o la restitución a condición de que el ejercicio de los derechos de custodia y contacto con posterioridad a la restitución o no restitución se acuerde de un modo específico: *e.g.*, un progenitor perjudicado puede estar de acuerdo con la reubicación del niño en el Estado B, en función de que el progenitor tenga determinados períodos de visita acordados en el Estado A. En subsidio, una madre agente de la sustracción puede acordar restituir al niño al Estado A, en función de que el padre esté de acuerdo con que el niño vivirá con ella en el Estado A y tenga derechos de visita definidos con él.

44. El Convenio de 1980 se concibió sobre la idea de que el foro más adecuado para determinar las cuestiones de fondo a largo plazo de derecho custodia y contacto relativos al niño es usualmente el Estado de la residencia habitual del niño. El traslado del niño a otro Estado o la retención del niño en otro Estado en forma unilateral por parte de uno de los progenitores en violación de los derechos de custodia del otro progenitor no debería conducir a un cambio de jurisdicción⁸⁰. Es en función de ello que el Artículo 16 del Convenio de 1980 declara:

“Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor [...] el Estado Contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente *no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el niño no debe ser restituido en virtud del presente Convenio* [...]”⁸¹

45. Por lo tanto, en un caso de sustracción, en el que los progenitores hayan alcanzado una solución amistosa sobre la cuestión de la restitución o no restitución del menor así como de las cuestiones de largo plazo de derecho de custodia y derechos de visita relativos al niño, como parte de un “paquete”, el efecto del Artículo 16 del Convenio de 1980 puede⁸² ser el siguiente:

- a) Acuerdo que incluye la restitución del niño al Estado B: el tribunal del Estado A, que entiende en el procedimiento de restitución, puede considerar que, en tanto puede expedir una orden judicial relativa al acuerdo de restitución del niño (en efecto, para concluir el procedimiento de restitución de manera consensuada), el Artículo 16 (que prohíbe una decisión sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia “hasta que se haya determinado que el niño *no* debe ser restituido”⁸³), continúa prohibiéndole al tribunal que apruebe los términos del acuerdo en tanto abordan la cuestión de fondo de los derechos de custodia y contacto.
- b) Acuerdo que incluye la no restitución del niño (i.e., el niño permanece en el Estado A): el tribunal en el Estado A, que entiende en el procedimiento de restitución, puede considerar que puede aprobar, en una orden judicial, la parte del acuerdo relativa a la no restitución del niño (en efecto, para concluir el procedimiento de restitución de manera consensuada). Puede, asimismo, considerar que puede luego proceder inmediatamente a aprobar, en una orden judicial, el acuerdo con relación a las cuestiones de largo plazo de custodia y visita (Art. 16 – que ya no “bloquea” la competencia del Estado A en las cuestiones relacionadas con el derecho de custodia ya que se ha determinado que el niño “*no* debe ser restituido”⁸⁴). Sin embargo, que esto sea posible dependerá de la competencia interna e internacional del tribunal para determinar dichas cuestiones. El derecho procesal interno puede, asimismo, no permitirle a un tribunal que entiende en procedimientos de restitución, con posterioridad a la finalización formal de esos procedimientos, a proceder inmediatamente a determinar las cuestiones de derecho de custodia⁸⁵.

⁸⁰ Véase párr. 16 del Informe Explicativo de Pérez-Vera sobre el Convenio de 1980: “Las dificultades infranqueables halladas al establecer [...] reglas de competencia directamente aplicables en efecto tuvieron como consecuencia que se siguiera este camino, el cual, aunque indirecto, tenderá en la mayoría de los casos a permitir que las autoridades de la residencia habitual del niño antes de su traslado adopten una decisión final respecto de la custodia”. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, Tomo III, *Sustracción de Niños*, La Haya, Imprimerie Nationale, 1982, págs. 425-473, en p. 429. Cf. Cuestiones de custodia y contacto *provisorios* (e.g., garantizar la restitución segura del niño y la seguridad general del niño mientras se resuelven las cuestiones de fondo de los derechos de custodia y contacto que tramitan en el Estado de residencia habitual del niño). Estas cuestiones *provisorias*, de corto plazo pueden ser tramitadas por el Estado A en el esquema previsto por el Convenio de 1996 si recaen dentro del ámbito del Art. 11 del Convenio de 1996 (véase Art. 7(3)).

⁸¹ Énfasis agregado. Véase, asimismo, párr. 121 del Informe Explicativo de Pérez-Vera, *ibíd.*, en p. 463.

⁸² Por supuesto, la interpretación y aplicación del Art. 16 en los Estados Contratantes será una cuestión para cada Estado Contratante. Estos ejemplos son suministrados por informes presentados por algunos Estados Contratantes con relación a los desafíos que han ocurrido.

⁸³ Énfasis agregado.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Finalizar los procedimientos de restitución con una sentencia de no restitución y por lo tanto hacer que el acuerdo en lo que se refiere a la no restitución resulte vinculante sin hacer que inmediatamente el resto del

46. En lo que respecta a la competencia *internacional*, cuando el Convenio de 1996 se encuentre en vigor entre los dos Estados involucrados, el Artículo 7 del Convenio de 1996 también deberá tenerse en cuenta. El Artículo 7 constituye una regla de competencia especial que se aplica a los casos de sustracción de niños⁸⁶. El efecto del Artículo 7 en los casos de sustracción es que el Estado de la residencia habitual del niño inmediatamente antes de la sustracción mantendrá la competencia para adoptar medidas de protección de la persona (y bienes) del niño (*i.e.*, incluidas las medidas sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia y derechos de visita) hasta: a) que el niño haya adquirido una residencia habitual en otro Estado (usualmente Estado A); y b) se cumplan las condiciones ya sea del Artículo 7(1) *a*) o *b*). El corolario de esto es que, excepto que se puedan satisfacer las condiciones acumulativas establecidas en el Artículo 7, la competencia relativa a la cuestión de fondo de los derechos de custodia y derechos de visita a largo plazo se mantendrá en el Estado B. El Estado A en estas circunstancias no tendría competencia para aprobar estas cuestiones en una orden judicial, incluso si los progenitores querrían que el tribunal tuviera competencia para registrar su acuerdo que cubre más que la simple restitución y resuelve cuestiones amistosas de la futura residencia habitual del niño y el derecho de visita.

47. Otras disposiciones del Convenio de 1996, sin embargo, parecen ofrecer una solución (o al menos, una solución parcial) en estas circunstancias: en primer lugar, las partes pueden tratar de obtener una orden judicial en el Estado B que haga que el acuerdo resulte jurídicamente vinculante en el Estado B (que mantiene la competencia sobre la cuestión de fondo de derechos de custodia y derechos de visita a largo plazo de conformidad con el Artículo 7 del Convenio de 1996); o en segundo lugar, se podría tratar de obtener una transferencia de competencia del Estado B al Estado A de conformidad con el Artículo 8 o, más usualmente, el Artículo 9 del Convenio de 1996 para hacer que el acuerdo resulte vinculante en el Estado A por medio de una orden judicial⁸⁷. En el caso de ambas opciones, las partes se beneficiarán con las disposiciones del Convenio de 1996 sobre el reconocimiento y la ejecución, haciendo que su orden judicial en función del acuerdo sea jurídicamente vinculante y ejecutoria en todos los Estados Contratantes de ese Convenio⁸⁸.

48. Ambas opciones, sin embargo, pueden redundar en más dificultades prácticas y gastos para las partes. Por ejemplo, cualquiera sea la opción *supra* utilizada, el tribunal que entiende en las cuestiones de derecho de custodia en el Estado B (ya sea haciendo que el acuerdo resulte vinculante, o decidiendo la transferencia de competencia) no se encuentra obligado en virtud del Convenio a abordar el caso con celeridad (a diferencia del tribunal que entiende en el procedimiento de restitución en el Estado A). Aunque los tribunales en muchos Estados tienden a abordar las cuestiones de derecho de custodia de manera rápida, los procesos en el Estado B pueden ser demasiado extensos para mantener la tramitación del procedimiento de restitución en virtud del Convenio de 1980 en el Estado A.

49. Como se describiera *supra*, debido a la interdependencia de los términos del acuerdo, no constituye una solución satisfactoria finalizar el procedimiento de restitución

acuerdo sobre las cuestiones a largo plazo de derecho de custodia y contacto resulten vinculantes, puede, como se señalara *supra*, poner en riesgo la solución amistosa de la controversia debido a la interdependencia de las distintas partes del acuerdo.

⁸⁶ El Art. 7 del Convenio de 1996 está diseñado para respaldar, como el Art. 16 del Convenio de 1980, la noción de que un progenitor sustractor no debería poder dar lugar a un cambio de competencia con relación a la cuestión de fondo de una controversia de custodia al sustraer al niño.

⁸⁷ Como se estableciera *supra*, de acuerdo al texto del Art. 16 del Convenio de 1980 los tribunales en el Estado B sólo pueden decidir sobre las cuestiones de derecho de custodia una vez que el proceso de restitución en trámite finalice con una determinación de "que el niño no debe ser restituido". Una transferencia de competencia en virtud del Convenio de 1996 puede por lo tanto creerse de ayuda en casos en donde los acuerdos de los progenitores incluyen un consenso sobre la "no restitución" del niño.

⁸⁸ Como una "medida dirigida a la protección de la persona del niño" (*cf.* Art. 1), la orden judicial en función del acuerdo expedida de conformidad con las reglas de competencia del Convenio de 1996 será reconocida de pleno derecho (Art. 23) y puede ser declarada ejecutoria (Arts. 26 y *ss.*) en cualquier otro Estado Contratante del Convenio de 1996 (en tanto y en cuanto no se establezca ninguna de las causales previstas en el Art. 23(2)).

de conformidad con el acuerdo sin hacer que el resto del acuerdo sobre las cuestiones de derecho de custodia a largo plazo resulte jurídicamente vinculante y ejecutorio⁸⁹. Además, un impedimento práctico para seguir la opción sugerida de regresar al Estado B puede ser que el tribunal en el Estado B, a cargo de convertir el acuerdo parental sobre las cuestiones de derecho de custodia y derechos de visita en una orden judicial, pueda solicitar la presencia de ambas partes en el tribunal y pueda desear entrevistar al niño. Acceder a este pedido significaría, sin embargo, que el progenitor sustractor tendría que regresar al Estado B junto con el niño, lo que equivale a una restitución de hecho, sin que se haya hecho que (todo) el acuerdo resulte jurídicamente vinculante y ejecutorio. Asimismo, cuestiones de inmigración y eventuales procesos penales en contra del progenitor sustractor en el Estado B pueden complicar la cuestión.

(b) Controversias transfronterizas relativas a niños que no involucran el traslado o retención ilícitos de un niño -

50. En situaciones de "no sustracción" pueden existir, asimismo, determinadas dificultades al intentar hacer que resulte jurídicamente vinculante y ejecutoria en los sistemas jurídicos pertinentes una solución producto de la mediación a lo que es una controversia transfronteriza relativa a un niño, o lo que podría convertirse en dicha controversia. Como se mencionara anteriormente, podría además existir dificultad en algunas situaciones y en algunos sistemas jurídicos para convertir un acuerdo de mediación en una orden judicial.

51. En un caso de reubicación internacional, por ejemplo, el progenitor que no realiza la reubicación puede desear hacer que un acuerdo que contenga cláusulas respecto de los derechos de visita después de la reubicación resulte jurídicamente vinculante en el Estado en el cual el otro progenitor debe reubicar al niño pero *antes* de que ocurra la reubicación (para garantizar que el acuerdo de visita pueda ser ejecutado en ese Estado, en caso de que surja la necesidad). Debe enfatizarse que el Convenio de 1996 puede brindar una solución en dichos casos.⁹⁰ En caso de que los progenitores conviertan su acuerdo en una orden judicial en el Estado de residencia actual del niño, esta orden judicial sería reconocida de pleno derecho en todos los Estados Contratantes del Convenio de 1996 (sujeto al Art. 23 (2)). A fin de resolver cualquier duda, los progenitores podrían solicitar el "reconocimiento anticipado" de la orden de conformidad con el Artículo 24 del Convenio de 1996. Sin embargo, si el Convenio de 1996 u otro marco jurídico comparable no se encuentra en vigor entre los dos Estados involucrados, los tribunales en el Estado en el cual el progenitor y el niño deben reubicarse podrían considerar que no tienen competencia para entender la cuestión antes de que haya ocurrido la reubicación (debido a la actual falta de conexión con ese Estado).

52. Más aún, pueden surgir, asimismo, problemas cuando un acuerdo contenga cláusulas sobre cuestiones que recaen fuera del ámbito del Convenio de 1996.

53. De modo general, el proceso de hacer que resulte jurídicamente vinculante en todos los Estados involucrados un acuerdo de mediación en una controversia transfronteriza de familia que involucre un sinnúmero de cuestiones puede ser un proceso extenso, engorroso y costoso.

⁸⁹ Como se describiera *supra* (véase nota 85).

⁹⁰ Véase Capítulo 10 (en particular 10 c) del proyecto Revisado del Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996 (Doc. Prel. N° 4 de mayo de 2011, *op. cit.* nota 46).

4. Próximos pasos posibles a considerar

54. Los desafíos prácticos existentes relativos a hacer que los acuerdos de mediación resulten vinculantes, especialmente con relación a los casos de sustracción internacional de niños, señalados en los debates de la Comisión Especial de 2011 (Parte I), así como en las respuestas al Cuestionario II, sugieren la necesidad de explorar la conveniencia de un trabajo más profundo de la Conferencia de La Haya en esta materia y, en particular, en relación con el desarrollo de normas de derecho privado internacional en esta área. Evidentemente, una exploración tal de futuros trabajos tendría que incluir una evaluación cuidadosa de cómo podrían diseñarse las medidas de modo que tal que sean compatibles tanto para el Convenio de 1980 como para el Convenio de 1996, dado que es de suma importancia que no se socaven los objetivos de estos Convenios. Asimismo, se podría estudiar un instrumento que no exija una orden judicial para la ejecución y que en cambio dependa de la ejecutoriedad del acuerdo de mediación en el Estado en el cual se celebró dicho acuerdo, siempre y cuando hubiera una determinada protección de las partes y de los derechos del niño.

55. Un nuevo instrumento independiente de derecho internacional privado relativo a los acuerdos de mediación en materia de derecho de familia⁹¹ podría ser de utilidad no sólo en situaciones de sustracción, sino que también podría ser de ayuda a las familias de manera más general al ofrecer una forma eficiente de hacer que los acuerdos que contengan una combinación de distintas cuestiones de derecho de familia en una situación transfronteriza resulten jurídicamente vinculantes y ejecutorios en los distintos sistemas jurídicos involucrados. En este sentido, debería explorarse, asimismo, la compatibilidad con otros instrumentos internacionales, como el Convenio de 2007. También se deberían llevar adelante más investigaciones a fin de determinar si los Estados que en la actualidad tienen alguna duda respecto de su adhesión al Convenio de 1996, como determinados Estados que se basan en la ley Shariah, podrían, como un primer paso, estar dispuestos a considerar la adhesión a un instrumento de derecho de familia internacional que aborde el reconocimiento y la ejecución de soluciones a controversias transfronterizas de familia fundadas en un acuerdo.

56. La Oficina Permanente considera que algunos de los próximos pasos posibles que la Comisión Especial podría desear estudiar son:

- a) una investigación comparativa más profunda de la cuestión, permitiendo la evaluación de la factibilidad y conveniencia de desarrollar normas de derecho internacional privado para la ejecución de acuerdos de mediación en materia de derecho transfronterizo de familia; y
- b) el establecimiento de un grupo de expertos que exploren considerar la factibilidad y conveniencia de trabajo adicional en el reconocimiento y ejecución de acuerdos de mediación.

⁹¹ En tanto este documento se concentra en los acuerdos en las controversias transfronterizas de familia relativas a los niños, el estudio de Factibilidad sobre mediación de familia de 2007 (Doc. Prel. N° 20 de marzo de 2007, *op. cit.* nota 60) que exploró las posibles direcciones de trabajos futuros para la Conferencia de La Haya se refirió a los acuerdos en el área de derecho de familia de manera más general.

B. Proveer un fundamento jurídico para la comunicación judicial directa

57. Un análisis completo a los fines de este punto de la agenda se encuentra disponible en el Documento Preliminar N° 3 D⁹². El análisis tiene en cuenta: 1) el fundamento jurídico ofrecido por los instrumentos jurídicos internacionales existentes; 2) las respuestas a la Pregunta 2 del Cuestionario II; 3) las respuestas a la Pregunta 21 del Perfil de País del Convenio de 1980 con respecto a las comunicaciones judiciales directas⁹³; 4) las Conclusiones y Recomendaciones de las conferencias judiciales; y 5) los debates mantenidos durante la Comisión Especial de 2011 (Parte I).

58. Queda claro del análisis del Documento Preliminar N° 3 D que los instrumentos jurídicos internacionales existentes no ofrecen un fundamento jurídico adecuado a los fines de las comunicaciones judiciales directas. Es más, el análisis revela que un número importante de Estados necesitan de una base jurídica para las comunicaciones judiciales directas ya sea que hayan designado o no a un juez para la Red Internacional de Jueces de La Haya (RIJH)⁹⁴. Por otra parte, una serie de jurisdicciones no necesitan dicho fundamento jurídico⁹⁵. Para proyectar el camino a seguir sería conveniente saber de los Estados Contratantes que no hayan completado el Perfil de País ni hayan expresado aún sus opiniones respecto de este tema.

59. Desde el comienzo es importante observar que las comunicaciones judiciales directas se han venido desarrollando durante más de 10 años, sin un marco internacional específico, en base a la fe y confianza mutuas de los jueces involucrados.

60. Desde junio de 2011, se ha avalado un marco para las comunicaciones judiciales directas, en la forma de un instrumento jurídico internacional no vinculante (*i.e.*, los Principios Generales⁹⁶). Mientras que este marco no prevé la reciprocidad imperativa⁹⁷, funciona en base a la fe y confianza mutuas entre los jueces involucrados en las comunicaciones judiciales directas. Se espera que este marco sea una invitación a la designación de jueces para la Red Internacional de Jueces de La Haya por parte de los

⁹² "Nota sobre la conveniencia y factibilidad de un posible instrumento jurídico que sirva de fundamento para las comunicaciones judiciales directas", redactada por la Oficina Permanente, Doc. Prel N° 3 D de diciembre de 2011, a la atención de la Comisión Especial de enero de 2012, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Trabajo en curso" y "Sustracción de Niños".

⁹³ Los Perfiles de País completados por los Estados Contratantes del Convenio de 1980 se encuentran disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Convenios" y "Convenio N° 28" y "Perfiles de País". Cuarenta y ocho Estados han completado hasta el momento su Perfil de País.

⁹⁴ En sus respuestas al Cuestionario II, una serie de Estados indicaron que estaban a favor de proveer una base jurídica en un protocolo (*i.e.*, Argentina, Armenia, Australia, Bahamas, Chile, China (RAE de Hong Kong), Colombia, El Salvador, Israel, Montenegro, Panamá, Suiza y Ucrania). Es importante observar que la pregunta se relacionaba con una base jurídica internacional a incluirse en un protocolo al Convenio de 1980 y no un instrumento independiente que aborde sólo las comunicaciones judiciales directas. Más aún, el análisis de los Perfiles de País para el Convenio de 1980 muestra que 10 Estados no pueden participar en comunicaciones judiciales directas sin una base jurídica (*i.e.*, Brasil, Burkina Faso, El Salvador, Grecia, Honduras, Israel, Mauricio, Panamá, Ucrania y Uruguay). Por último, durante la Reunión Interamericana del 23-25 de febrero de 2011 de los Jueces de la Red Internacional de La Haya y las Autoridades Centrales, jueces de 21 Estados de la región expresaron una necesidad clara de una base jurídica en el derecho nacional.

⁹⁵ Un análisis de los Perfiles de País para el Convenio de 1980 revela que 22 Estados que han designado jueces para la Red Internacional de Jueces de La Haya pueden participar en comunicaciones judiciales directas en caso de que no exista un fundamento jurídico: Argentina, Australia, Bélgica, Canadá, Chile, China (RAE de Hong Kong), Chipre, Dinamarca, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Irlanda, Malta, México, Noruega, Paraguay, Perú, Reino Unido, República Dominicana, Rumania, Suecia, y Venezuela. Más aún, el análisis del Perfil de País revela que siete Estados que no han designado un juez para la RIJH pueden participar en comunicaciones judiciales directas en caso de que no exista un fundamento jurídico. Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, Portugal, Suiza y Turquía.

⁹⁶ "Reglas emergentes relativas al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y proyecto de principios generales para las comunicaciones judiciales, incluidas las salvaguardias generalmente aceptadas para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos, dentro del contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya", redactadas por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 3 A de marzo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net > bajo "Trabajo en curso" luego "Sustracción de Niños". Durante la Comisión Especial de 2011 (Parte I), se decidió reemplazar el término "reglas" por el término "emergentes". Las Reglas Emergentes y Principios Generales para las Comunicaciones Judiciales fueron desarrollados con el asesoramiento de un grupo de expertos, cuya mayoría integraba la Red Internacional de Jueces de La Haya.

⁹⁷ *I.e.*, no obliga a los jueces de la Red a participar en las comunicaciones judiciales directas en casos específicos cuando quien pretende la comunicación sea otro Estado con un juez designado.

Estados que todavía no hayan realizado dicha designación. Además, los Principios Generales, que pueden continuar evolucionando y ser rectificadas a través del tiempo, otorgarán flexibilidad al desarrollo de normas adecuadas a medida que los Estados adquieran mayor experiencia en esta área.

61. El análisis de la necesidad de un instrumento internacional vinculante desarrollado en el Documento Preliminar N° 3 D demuestra que una serie de Estados dan cuenta de su interés en el desarrollo de dicho instrumento⁹⁸. Sin embargo, puede que el interés de estos Estados en desarrollar un instrumento internacional vinculante que sólo abordaría el fundamento jurídico para las comunicaciones judiciales directas no sea lo suficientemente fuerte para garantizar su desarrollo en este momento⁹⁹. Por otra parte, el interés en dicho proyecto puede ser mayor si la provisión de un fundamento jurídico se incluye en un instrumento más amplio que aborde cuestiones de protección internacional del niño. Un instrumento tal podría tener la ventaja de crear obligaciones recíprocas y designar a los jueces de conformidad con un estándar jurídico internacional. Una serie de Estados, sin embargo, son de la opinión de que el desarrollo de reglas internacionales vinculantes relativas a las comunicaciones judiciales directas es prematuro y que necesitarían tiempo para adquirir más experiencia en esta área a fin de identificar estándares comunes.

C. Herramientas potenciales de "soft law" relativas a las alegaciones de violencia doméstica en el marco de procesos de restitución

62. La Comisión Especial de 2011 (Parte I) analizó el Documento Preliminar N° 9 de mayo de 2011 sobre "La violencia doméstica y familiar y la excepción de 'riesgo grave' del artículo 13 en el funcionamiento del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Informe Descriptivo".¹⁰⁰ El análisis de la Comisión Especial sobre esta cuestión se dividió en tres partes: 1) las investigaciones y la jurisprudencia existente, las cuestiones probatorias y la definición de violencia doméstica dentro del alcance del artículo 13(1) b); 2) cuestiones de protección, que incluyen medidas de protección para la restitución segura del niño y del progenitor acompañante; y 3) potenciales acciones futuras y los medios para promover la consistencia.¹⁰¹

63. En relación con los debates sobre las próximas medidas que podrían tomarse relacionadas a dicha cuestión, se presentaron tres propuestas durante la Comisión Especial de 2011 (Parte I) y fueron debatidas por los Estados:

64. El Documento Preliminar N° 9, en el párrafo 151, propuso la conformación de un grupo de expertos, que incluye, en particular, jueces, expertos de las Autoridades Centrales y expertos en la dinámica de la violencia doméstica, en pos de desarrollar principios o una guía de práctica sobre el tratamiento de alegaciones de violencia doméstica en los procesos de restitución de La Haya.¹⁰²

⁹⁸ Véase, *supra*, párr. 58.

⁹⁹ Véase, *supra*, párr. 58. Los Estados que no requieren una base jurídica pueden no estar interesados en negociar un instrumento cuyo único fin sería el de proveer un fundamento jurídico para las comunicaciones judiciales directas.

¹⁰⁰ Redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 9 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya *ibid*.

¹⁰¹ Véase el Informe de la Parte I de la Comisión Especial en los párrafos 92-130 para un resumen del debate sobre estas cuestiones.

¹⁰² "La Oficina Permanente sugiere, como un método posible para adelantar el tratamiento de dichas cuestiones, que se comiencen las tareas de desarrollo de principios o de algún tipo de guía de prácticas sobre el manejo de las alegaciones de violencia doméstica en los procesos de restitución de La Haya. Podría evaluarse la conformación de un grupo de expertos que incluya, en particular, miembros del poder judicial, como así también expertos de la Autoridad Central, y otros expertos interdisciplinarios sobre las dinámicas de violencia doméstica en pos de asistir a la Oficina Permanente en el desarrollo de dichos principios o guía" [Versión original: "The Permanent Bureau suggests, as one possible way of taking these matters forward, that work be commenced on the development of principles or some kind of practice guide on the management of domestic violence allegations in Hague return proceedings. Consideration might be given to the establishment of a group of experts, including in particular members of the judiciary as well as Central Authority experts, and other

65. El Documento de Trabajo N° 1 contenía propuestas realizadas por varias delegaciones latinoamericanas. Dicho documento invitaba a la Comisión Especial a recomendar la adopción de cuatro criterios para tratar las acusaciones de violencia doméstica (ítems 1-4 de la propuesta) y la redacción de una Guía de Buenas Prácticas sobre la implementación y el funcionamiento del artículo 13(1) *b*) (ítem 5 de la propuesta).¹⁰³ En respuesta a dicha propuesta,¹⁰⁴ muchos expertos expresaron sus opiniones respecto a la gran utilidad potencial de dicha guía. No obstante, varios expertos expresaron preocupaciones, en particular, relacionadas al hecho de que no debería minimizarse la función judicial al ejercer discreción cuando una defensa es invocada en virtud del artículo 13(1) *b*), dados los hechos de un caso específico. Un experto de Uruguay precisó que la propuesta apoyó la elaboración de una Guía de Buenas Prácticas concerniente a las excepciones del artículo 13(1) *b*) y que no buscó excluir a los jueces del proceso.

66. Un experto de Canadá propuso el Documento de Trabajo N° 2, el cual sugiere que el trabajo sobre dicha cuestión puede ser llevado a cabo de mejor manera en el contexto del poder judicial, en particular, como un Grupo de trabajo compuesto principalmente por miembros de la Red Internacional de Jueces de La Haya, asistidos por expertos de la Autoridad Central y otros expertos en materia de dinámicas de la violencia doméstica. Se sugirió que la elaboración de una herramienta o herramientas adecuadas, por ejemplo, principios, una Guía de Buenas Prácticas y módulos de capacitación, para colaborar con el análisis del artículo 13(1) *b*) puede ser más influyente si son elaboradas por aquellos que deben aplicar el Convenio. El experto de Canadá también afirmó que debe analizarse si otras situaciones, distintas de la violencia doméstica, que son invocadas como una defensa en virtud del artículo 13(1) *b*), tales como el abuso de alcohol y drogas, deberían formar parte de la presente investigación y si puede requerirse un estudio más profundo. En respuesta a dicha propuesta,¹⁰⁵ un experto indicó que, si bien apoyaba la propuesta de la delegación de Canadá y simpatizaba con las propuestas de las delegaciones latinoamericanas, los jueces no están limitados por las guías de buenas prácticas y, por ende, el desarrollo de normas vinculantes en este área también debía ser retenido. También observó que su Estado no había designado un juez para la Red Internacional de Jueces de La Haya y que el Grupo de trabajo que debía establecerse bajo la propuesta canadiense no debería estar limitado a los jueces de la Red. Varios expertos coincidieron con la sugerencia de que cualquier Grupo de trabajo que pueda conformarse podría o debería incluir expertos en el área de abuso o violencia familiar y doméstica y, asimismo, profesionales.

67. El debate en la Comisión Especial de 2011 (Parte I) sobre este asunto fue consistente con el enfoque aplicado por varios Estados en sus respuestas al Cuestionario II. En el Cuestionario II, se requirió la opinión de los Estados sobre si las disposiciones que "provee[n] guía en la forma en que dichas alegaciones deben ser manejadas en el contexto del procedimiento para el regreso del niño" podrían ser incluidas útilmente en cualquier protocolo al Convenio de 1980. Si bien varios Estados estaban preocupados sobre la posibilidad de un protocolo vinculante que incluya disposiciones sobre dicha cuestión,¹⁰⁶ algunos Estados reconocieron la importancia del asunto y la necesidad de lineamientos adicionales, en particular, para los jueces.¹⁰⁷ De hecho, dos Estados

cross-disciplinary experts in the dynamics of domestic violence, to assist the Permanent Bureau in developing such principles or guide."].

¹⁰³ Con respecto al segundo párrafo del Doc. de Trabajo N° 1, un experto de Argentina clarificó que el término "concluyente"[Versión original: "*conclusive*"] debería ser reemplazado por la frase "suficientemente relevante" [Versión original: "*relevant enough*"].

¹⁰⁴ Véanse, en particular, los párrafos 122, 123 y 127 del Informe de la Parte I de la Comisión Especial para un resumen de los debates relativos a esta propuesta.

¹⁰⁵ Véanse, en particular, los párrafos 125-128 del Informe de la Parte I de la Comisión Especial para un resumen de los debates relativos a esta propuesta.

¹⁰⁶ Véanse, por ejemplo, las respuestas de Argentina, Canadá, Estados Unidos de América y Montenegro.

¹⁰⁷ Véanse, por ejemplo, las respuestas de Argentina, Canadá, El Salvador, Estados Unidos de América y Ucrania donde se menciona la importancia y seriedad de la cuestión y las respuestas de las Bahamas, Canadá y Estados Unidos de América (y en menor grado, Nueva Zelandia), las cuales propusieron el desarrollo de una guía más amplia sobre esta cuestión.

sugirieron, específicamente, el desarrollo de una nueva Guía de Buenas Prácticas sobre violencia doméstica.¹⁰⁸

68. Desde las discusiones llevadas a cabo en la Comisión Especial de 2011 (Parte I) y las respuestas al Cuestionario II, es evidente que existe un amplio apoyo para las medidas futuras que deben tomarse para promover la consistencia en la aplicación del artículo 13(1) *b*), donde se invocan cuestiones de violencia doméstica y familiar.¹⁰⁹

69. En pos de facilitar el debate en la Comisión Especial de 2012 (Parte II) sobre la forma específica que podrá tomar cualquier acción futura en esta materia, se sugiere que los expertos deseen considerar las siguientes cuestiones:

- a) El alcance de cualquier trabajo futuro: *i.e.*, ¿debería cualquier trabajo futuro (ya sea que consista en el desarrollo de principios, una Guía de Buenas Prácticas, una guía judicial o cualquier otra herramienta adecuada) poseer un alcance limitado a las cuestiones de violencia doméstica y familiar dentro del contexto de la defensa del artículo 13(1) *b*), o sería beneficioso que existiese una consideración más amplia del artículo 13(1) *b*) en las herramientas del “*soft law*”?
- b) ¿Existe un consenso amplio respecto de qué tipo de herramientas, tales como el desarrollo de principios, Guía de Buenas Prácticas, guía judicial o cualquier otra herramienta adecuada, deberían ser desarrolladas en este área o debería conformarse primero un grupo experto para recomendar las herramientas adecuadas que deberían desarrollarse?
- c) ¿Quién debería involucrarse en el subsiguiente proceso de actividades? Si se determinara la necesidad de un grupo de expertos, pareciera que existe un acuerdo (que surge de los debates realizados en la Comisión Especial de 2011 (Parte I)) de que su composición debería incluir jueces, expertos interdisciplinarios en la dinámica de la violencia familiar y doméstica, así como personal de la Autoridad Central y, posiblemente, profesionales. ¿Cómo debería estructurarse la composición de dicho grupo para incluir las opiniones de los expertos mencionados *supra*?
- d) Si se conviene en el desarrollo de herramientas adecuadas, ¿a quién deberían estar dirigidas dichas herramientas del “*soft law*”? ¿Al poder judicial, el personal de la Autoridad Central o todos aquellos involucrados en la aplicación del Convenio, incluso a los profesionales?

D. Reubicación familiar internacional y potenciales tareas adicionales

70. El trabajo de la Conferencia de La Haya durante la última década refleja la creciente importancia de la cuestión de la reubicación familiar internacional y el esfuerzo continuo para alcanzar una mayor consistencia internacional en el enfoque de las controversias de reubicación transfronteriza. La “reubicación familiar internacional incluye el traslado permanente a otro país de un niño con uno de los progenitores, usualmente, el cuidador primario. Los enfoques de la restitución en virtud de la ley nacional difieren, *inter alia*, en relación con lo siguiente:

- las circunstancias en las cuales puede ser necesario para un progenitor obtener una orden judicial con el permiso para reubicarse con un niño;
- los factores que deben ser considerados por un tribunal al determinar si debería permitirse la reubicación; y
- el enfoque aplicado por el tribunal para garantizar y asegurar los derechos a mantener el contacto del progenitor perjudicado.

¹⁰⁸ Canadá y Estados Unidos de América.

¹⁰⁹ Véase la conclusión del Presidente en el párr. 129 del Informe de la Parte I de la Comisión Especial.

71. La cuestión fue analizada por primera vez y con mayor frecuencia en el marco de controversias relativas al contacto transfronterizo y las medidas preventivas para proteger a los niños de una sustracción. Tanto la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Prevención (2005) como la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (2008) resaltan la importancia de asegurar el reconocimiento y la ejecutoriedad de las decisiones sobre derechos de contacto dentro del contexto de la reubicación familiar internacional, en el país donde se realizará la reubicación. La Guía sobre Contacto Transfronterizo dedica el Capítulo 8 a la cuestión de la reubicación y visita. La Guía afirma que el grado en el cual los derechos a mantener el contacto deben preservarse debe ser siempre un factor relevante para un tribunal al decidir si permitirá la reubicación o no. La Guía también enfatiza la importancia de asegurar que los términos y condiciones de una decisión en materia de contacto sean respetados al máximo en el país de destino de la reubicación. A tal efecto, la Guía detalla varios mecanismos como el reconocimiento avanzado, decisiones espejo y comunicaciones judiciales directas. En tal sentido, el Convenio de 1996 es particularmente relevante.

72. Las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial del 2006 alentaron "todos los esfuerzos tendientes a resolver las diferencias entre sistemas legales de manera de alcanzar, en la medida de lo posible, un enfoque y criterios comunes en relación con la reubicación".¹¹⁰

73. En marzo de 2010, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Centro Internacional para Niños Desaparecidos y Explotados ("ICMEC", por sus siglas en inglés) organizaron conjuntamente la Conferencia Internacional Judicial sobre la Reubicación de Familias en Países Fronterizos.¹¹¹ Al final de la conferencia, los delegados emitieron y adoptaron un documento: la "Declaración de Washington sobre la Reubicación Internacional de Familias".¹¹² Esta Declaración ofrece 13 recomendaciones, que incluyen una lista de 13 factores que deben guiar a un juez que enfrenta una controversia de reubicación. La Declaración afirma que el interés superior del niño siempre debería ser el factor fundamental a considerar, sin ninguna presunción a favor o en contra de la reubicación. Debería cursarse una notificación razonable de la intención del progenitor que realiza la reubicación al progenitor perjudicado en el traslado. La Declaración también enfatiza el objetivo de lograr la resolución voluntaria de las controversias de reubicación a través de la mediación y otras herramientas similares, así como la importancia de contar con mecanismos que aseguren la exigibilidad de las decisiones de reubicación y normas de acceso en el Estado de destino.

74. Las presentaciones dadas durante la Conferencia de Washington sobre la Reubicación de Familias en Países Fronterizos,¹¹³ así como las respuestas de los Estados al Cuestionario I relativas al funcionamiento práctico de los Convenios de 1980 y 1996,¹¹⁴ demuestran los enfoques significativamente divergentes adoptados por los tribunales que entienden en casos de reubicación internacional. Dichas diferencias entre los Estados se exploran en mayor profundidad en el Documento Preliminar N° 11 ("Nota Preliminar sobre reubicación internacional de familias").

¹¹⁰ *Op. cit.* (nota 20), Recomendación N° 1.7.5.

¹¹¹ La conferencia se llevó a cabo en Washington DC, Estados Unidos de América y reunió más de 50 jueces y otros expertos de 14 países para debatir sobre la reubicación de familias en países fronterizos.

¹¹² El texto completo de la declaración puede encontrarse en el Anexo A de la "Nota Preliminar sobre reubicación familiar internacional", redactada por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 11 de octubre de 2011 a la atención de la Comisión Especial de enero de 2012 y también se encuentra disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Noticias y Eventos" y "2010".

¹¹³ Publicado en *Boletín de los Jueces sobre la Protección Internacional del Niño*, Edición Especial N° 1, Conferencia internacional judicial sobre la reubicación de familias en países fronterizos, 23-25 de marzo de 2010, Washington, D.C., 2010, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Publicaciones" y "Boletín de los Jueces".

¹¹⁴ Las Preguntas 19.1 a 19.4, en particular, se enfocaron en la cuestión de reubicación familiar internacional, con la intención de recabar información de los Estados contratantes sobre su derecho interno y jurisprudencia relativa a la reubicación familiar internacional y de obtener sus opiniones sobre la Declaración de Washington.

75. El Cuestionario II, el cual circuló como preparación para la Comisión Especial de 2012 (Parte II) incluía varias preguntas sobre la cuestión de reubicación internacional de familias relativa a la conveniencia de un protocolo.¹¹⁵ Las respuestas estuvieron muy divididas, algunos Estados expresaron el valor de un posible protocolo que versara sobre las circunstancias en las cuales un progenitor podría reubicarse con un niño de manera lícita. Además, algunos Estados vieron la posibilidad de promover los acuerdos consensuados entre los progenitores en relación con la reubicación, mencionando, especialmente, el rol de la mediación. Otros Estados consideraron las disposiciones de protocolo sobre ambas cuestiones inapropiadas o innecesarias, la mayoría de ellas enfatizaron el rol del derecho interno para determinar la licitud de la reubicación del niño.

76. A la luz de las opiniones divergentes de los Estados sobre la reubicación, la Oficina Permanente sugiere a los Estados que exploren los métodos posibles para llevar a cabo tareas adicionales, que incluyen recomendar al Consejo el establecimiento de un grupo de expertos para considerar las opciones posibles de trabajo futuro, tales como principios o el desarrollo de una Guía de Buenas Prácticas o un Manual sobre la reubicación internacional. El trabajo sugerido sobre los acuerdos de mediación (véase sección A *supra*) y comunicaciones judiciales directas (véase sección B *supra*) también es relevante para la reubicación familiar internacional, lo cual refuerza la cooperación entre los Estados para asegurar que todos los aspectos de las decisiones de reubicación o acuerdos sean respetados en el país al cual el progenitor y el niño se están trasladando.

E. La dirección futura del Proceso de Malta

77. El "Proceso de Malta" es un diálogo entre jueces superiores y funcionarios superiores de gobierno provenientes de Estados contratantes de los Convenios de 1980 y 1996 y Estados no contratantes con leyes basadas en el derecho islámico (Shariah). El Proceso está dirigido a mejorar la cooperación entre Estados para asistir en la resolución de controversias transfronterizas complicadas de derecho de familia en situaciones en las que el marco legal internacional relevante no es aplicable. En particular, el Proceso busca mejorar la protección del niño entre los Estados relevantes al: 1) asegurar que el derecho del niño a mantener un contacto continuo con ambos progenitores es apoyado (aún si viven en diferentes Estados); y 2) al luchar contra la sustracción internacional de niños.

78. La búsqueda de principios legales comunes para comenzar a identificar los pilares básicos para una mejor cooperación y el desarrollo de un "estado de derecho" entre los Estados relevantes ha sido el objetivo principal del Proceso de Malta.¹¹⁶ Esto ha incluido: "1) un análisis completo de cómo los sistemas legales relevantes tratan los problemas transfronterizos de derecho de familia; 2) un proceso en el cual los principios se desarrollan en base al consenso – principios en los cuales todos los países involucrados sienten una sensación de 'propiedad'; 3) respeto por la diversidad de los diferentes sistemas legales y sus valores básicos; y 4) voluntad para comprometerse en perseguir objetivos comunes que, en el caso de la protección internacional del niño, incluyen aquellos consagrados en la *Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño*." [Versión original: "(1) a full appreciation of how the legal systems concerned currently address cross-frontier family law problems; (2) a process in which

¹¹⁵ Las preguntas fueron las siguientes: "¿Podrían las disposiciones (*i.e.*, los posibles componentes de un protocolo) sobre la cuestión de la reubicación internacional de un niño servir a un propósito útil y qué tan alta sería la prioridad que daría al desarrollo de disposiciones sobre dicha cuestión?

- 10.1 Analizar las circunstancias en las cuales un progenitor podría trasladar a un niño para que viva en un nuevo país de manera lícita.

- 10.2 Promover el acuerdo entre los progenitores en relación con la reubicación

- 10.3 Otros."

[Versión original: "Could provisions (*i.e.*, possible components of a protocol) on the matter of international relocation of a child serve a useful purpose and how high a priority would you attach to the development of provisions on this matter?

- 10.1 Addressing the circumstances in which one parent may lawfully remove a child to live in a new country

- 10.2 Promoting agreement between parents in respect of relocation

- 10.3 Others."]

¹¹⁶ Véase Vol. VIII del *Boletín de los Jueces* y la contribución del Secretario General Adjunto, William Duncan.

*principles develop on the basis of consensus – principles in which all the countries concerned feel a sense of 'ownership'; (3) respect for the diversity of the different legal systems and their basic values; and (4) a willingness to compromise in the pursuit of shared objectives which, in the case of international child protection, include those embodied in the United Nations Convention of 1989 on the Rights of the Child.”]*¹¹⁷

79. El Proceso de Malta se analiza en detalle en el Documento Preliminar N° 12 (en los párrafos 88-108) en el marco de los servicios provistos por la Conferencia de La Haya, a través de su Oficina Permanente.¹¹⁸ Dicho documento describe las antecedentes del Proceso de Malta y analiza las respuestas provistas por los Estados a las preguntas relativas al Proceso de Malta del Cuestionario I. Tal como se afirma en el Documento Preliminar N° 12, las respuestas de los Estados a dichas preguntas fueron, de alguna manera, limitadas en número.¹¹⁹ Sin embargo, muchos Estados que sí brindaron comentarios sustantivos enfatizaron la importancia del Proceso de Malta.¹²⁰ En relación con el futuro del proyecto en su totalidad, varios Estados se mostraron interesados en que el Proceso de Malta avance.¹²¹ Las sugerencias específicas provenientes de los Estados relativas al futuro del Proceso de Malta se encuentran detalladas desde el párrafo 105 al 108 del Documento Preliminar N° 12.

80. Tal como se clarifica en el Documento Preliminar N° 12, pareciera que existe un apoyo general para el avance del Proceso de Malta en pos de construir sobre el trabajo pasado y para alcanzar mayores resultados tangibles. En este contexto, varios Estados desean explorar si los "pilares" que ya han sido colocados para desarrollar un "estado de derecho" entre dichos Estados pueden ampliarse.

81. Los Estados podrán desear debatir en la Comisión Especial de 2012 (Parte II) qué puede hacerse para reforzar aún más el Proceso de Malta. Cualquiera sea el resultado de los debates, se espera que los Estados apoyen una Cuarta Conferencia de Malta, la cual posiblemente se lleve a cabo a fines de 2012 o al comienzo de 2013 para continuar este importante diálogo.

F. Servicios provistos por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en relación con los Convenios de 1980 y 1996

82. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, a través de su Oficina Permanente, provee un amplio rango de servicios relacionados con los Convenios de 1980 y 1996, desde asistencia para implementar los Convenios, hasta la capacitación de jueces, el mantenimiento de una base de datos de jurisprudencia sobre el Convenio de 1980 (INCADAT) a la creación de Guías de Buenas Prácticas. Todo ello es realizado, en principio, por un personal de 15 Abogados Principales y 4 Funcionarios Legales. Dado el rango de servicios y los recursos limitados, los Estados podrían considerar brindar sus opiniones sobre la priorización de servicios. También pueden desear analizar el rol que la Oficina Permanente deberá tener en algunas áreas determinadas (véase *infra*).

83. Los servicios brindados por la Conferencia de La Haya relativos a los Convenios de 1980 y 1996 se detallan en el Documento Preliminar N° 12, junto con los comentarios provistos por los Estados relativos a dichos servicios en sus respuestas al Cuestionario I. Varias sugerencias han sido ofrecidas en el Documento Preliminar N° 12 respecto a

¹¹⁷ Véase, *ibid.*, en pág. 7.

¹¹⁸ "Informe sobre Servicios y Estrategias provistas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en relación con el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, que incluye el desarrollo de programas regionales y el Proceso de Malta", redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 12 de noviembre de 2011, a la atención de la Comisión Especial de enero de 2012.

¹¹⁹ Trece respuestas sustantivas para la pregunta 20.6 (b) y 17 respuestas sustantivas a la pregunta 20.6 (c).

¹²⁰ Por ejemplo, Alemania, Canadá, España, Estados Unidos de América, Estonia, Francia, Israel, Suiza y Ucrania.

¹²¹ Por ejemplo, Alemania, Austria, Bélgica, Canadá (a pesar de que resalta la necesidad de analizar esta cuestión en el Consejo de Asuntos Generales y Política a la luz del mandato y las prioridades de la Conferencia de La Haya), Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Francia, Israel, Mauricio y Portugal.

características particulares de dichos servicios, las cuales podrían ser analizadas por los Estados durante la Comisión Especial de 2012 (Parte II).

84. En principio, los Estados podrían analizar el rol que la Oficina Permanente debería cumplir al responder las solicitudes de información y asistencia. Como se afirma en el Documento Preliminar N° 12 (en el párrafo 71), en el último año, la Oficina Permanente respondió a más de 100 solicitudes de asistencia e información relativas a los Convenios de 1980 y 1996. La Oficina Permanente ha notado un aumento constante del número de solicitudes recibidas durante los últimos años. Algunas de las solicitudes recibidas por la Oficina Permanente son de las Autoridades Centrales y otras autoridades de los Estados. Sin embargo, la mayoría de las solicitudes de asistencia recibidas por la Oficina Permanente provienen de progenitores y otros miembros de la familia y, ocasionalmente, de sus abogados. Si bien responder a dichas solicitudes requiere el uso de los recursos de la Oficina Permanente, las solicitudes usualmente aseguran que las cuestiones en materia de funcionamiento que surgen en relación con los Convenios sean referidas a la atención de la Oficina Permanente. Por ende, responder a las solicitudes puede beneficiar no sólo a aquellos que realizan las solicitudes, sino también a la Conferencia de La Haya.

85. En el Cuestionario I, se solicitó la opinión de los Estados sobre el rol de la Oficina Permanente al manejar las solicitudes recibidas de individuos. La amplia mayoría de las respuestas¹²² de los Estados apoyaron el trabajo de la Oficina Permanente al responder a los individuos, lo cual incluye referencia(s) y el ofrecimiento de información general sobre los Convenios. Varios Estados indicaron que dicho servicio les pareció útil¹²³ y numerosos Estados mencionaron que el servicio contribuía al funcionamiento efectivo de los Convenios.¹²⁴ Si bien la actividad de la Oficina Permanente al responder solicitudes individuales parece ser muy valorada por la gran mayoría de los Estados, implica una sustancial asignación de recursos. Asimismo, debe destacarse que algunos Estados contratantes¹²⁵ han sugerido un rol aún más activo para la Oficina Permanente en el futuro en relación con los casos individuales donde existen dificultades entre los Estados contratantes y las acusaciones de incumplimiento del Convenio de 1980. En este sentido, se hace referencia a la Sección IV del Documento Preliminar N° 12. Como se afirma en el Documento Preliminar N° 12 (en el párrafo 114), consecuentemente, una cuestión que surgió de distintas formas en las respuestas al Cuestionario I fue el rol que debería cumplir la Oficina Permanente al supervisar el cumplimiento con el Convenio y al tratar cuestiones de incumplimiento. Esta cuestión surgió 1) de manera general y 2) en el contexto de casos individuales. El rol de la Oficina Permanente de asistir a los Estados contratantes con dichas cuestiones no sólo tiene una implicancia significativa de recursos, sino que también se relaciona con cuestiones de confianza mutua entre los Estados contratantes y puede garantizar un mayor debate en la Comisión Especial de 2012 (Parte II)

86. Una cuestión adicional consiste en el posible desarrollo de un "formulario de consentimiento modelo para viaje". Para más referencias en este sentido, véanse párrafos 68 a 70 del Documento Preliminar N° 12.

87. En última instancia, la cuestión general objeto de debate para los Estados en la Parte II relativa a los servicios provistos por la Conferencia de La Haya, a través de su Oficina Permanente, es la necesidad de identificar prioridades, a la luz de los recursos limitados disponibles.

¹²² De 21 respuestas sustantivas a la pregunta 22.1 (g), 20 Estados respondieron de manera positiva a dicho servicio.

¹²³ Por ejemplo, Argentina, Canadá, China (RAE de Hong Kong y RAE de Macao), Colombia, Croacia, Chipre, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Israel, Luxemburgo, Noruega, Panamá, Portugal, República Checa, Rumania y Reino Unido (Inglaterra y Gales).

¹²⁴ Por ejemplo, Argentina, China (RAE de Hong Kong y RAE de Macao), Israel, Panamá, Reino Unido (Inglaterra y Gales).

¹²⁵ Por ejemplo, véase la respuesta de la pregunta 23 de Noruega en el Cuestionario I; véase, asimismo, Doc. Prel. N° 12 de noviembre de 2011, *op. cit.* (nota 118).

V. CONCLUSIÓN – EL CAMINO A SEGUIR

88. En los debates llevados a cabo en la Comisión Especial de 2011 (Parte I) y en las respuestas al Cuestionario II, los Estados se refirieron a varias posibilidades para remediar algunos de los problemas presentes en el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 cuya inclusión en el protocolo fue originalmente sugerida. Es evidente que las otras opciones que no incluyen un protocolo pueden ser factibles, especialmente a la luz de la probable imposibilidad de lograr consenso sobre la necesidad de un protocolo o sobre su contenido. También se hizo evidente que la división entre los Estados y el grado de consolidación en los extremos opuestos del espectro hicieron difícil la concepción de un debate en la Comisión Especial de 2012 (Parte II) que pueda resultar en un acuerdo sobre trabajo adicional en materia de un protocolo en este momento.

89. En relación con el mandato del Consejo de analizar la posibilidad de crear un protocolo, en las subsiguientes consultas, que incluyen respuestas adicionales al Cuestionario II y debates llevados a cabo en la Comisión Especial de 2011 (Parte I) se ha vuelto claro que existe la posibilidad de un consenso que evoluciona respecto a determinados asuntos específicos, aunque no sea respecto a un protocolo - que contempla el reconocimiento transfronterizo de acuerdos de mediación en controversias internacionales de familia relativas a niños; el establecimiento de una base jurídica para una comunicación judicial directa y la provisión de un mayor apoyo en la forma de "soft law" para el tratamiento de cuestiones de violencia doméstica y familiar dentro del marco de procesos de restitución. Estas cuestiones, y otras que deben debatirse en la Comisión Especial de 2012 (Parte II) y que se encuentran incluidas dentro del borrador de la Agenda sugerida, han sido identificadas como áreas en las cuales podría lograrse consenso sobre la necesidad de un mayor trabajo y procurarse un mandato del Consejo relativo a los próximos pasos a seguir.

A N E X O

INTRODUCCIÓN

El presente Anexo brinda un resumen de las 24¹ respuestas provistas para el Cuestionario II² por parte de algunos Estados³ hasta noviembre de 2011. Actualiza el Informe Preliminar redactado por la Oficina Permanente en mayo de 2011⁴ que se basó en las 16⁵ respuestas recibidas al 1 de mayo de 2011. Este documento adopta la estructura general de la Parte V del Informe Preliminar.

El Cuestionario II solicitó las opiniones de los Estados⁶ en relación con: (1) las áreas que pueden constituir los posibles componentes de un protocolo (las respuestas a esta parte del Cuestionario se encuentran resumidas en la sección A *infra*); y (2) la viabilidad y conveniencia general de un protocolo al Convenio de 1980 (las respuestas a esta parte del Cuestionario se encuentran resumidas en la sección B *infra*).

El resumen de respuestas en la sección A *infra* está seguido, según corresponda, por una breve mención de los debates que se llevaron a cabo en la Parte I de la Comisión Especial de junio de 2011 (en adelante, la Comisión Especial de 2011 (Parte I)) sobre la cuestión en particular. También se hace referencia a las Conclusiones y Recomendaciones relevantes de dicha Reunión⁷.

Se espera que este Anexo asista el trabajo de la Parte II de la Comisión Especial (en adelante, "la Comisión Especial de 2012 (Parte II)).

OPINIONES DE ALGUNOS ESTADOS

A. Cuestiones mencionadas en el Cuestionario II como posibles componentes de un protocolo⁸

1. Mediación, conciliación y otros medios similares para promover la resolución amigable de casos en virtud del Convenio de 1980

(i) Respuestas al Cuestionario II

¹ Argentina, Armenia, Australia, Bahamas, Burkina Faso, Canadá, Chile, China (Continental, RAE de Hong Kong), Colombia, El Salvador, Estados Unidos de América, Israel, México, Mónaco, Montenegro, Noruega, Nueva Zelandia, Panamá, República Dominicana, Suiza, Ucrania, Unión Europea, Venezuela y Zimbabwe.

² "Cuestionario sobre la viabilidad y conveniencia de un protocolo al *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*", redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 2 de diciembre de 2010 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Trabajo en curso" y "Sustracción de niños".

³ El Cuestionario II se hizo circular entre todos los Órganos Nacionales y de Contacto de los Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, al igual que entre los Estados contratantes no miembros del Convenio de 1980. Por lo tanto, la referencia a los "Estados" en el contexto de las respuestas al Cuestionario II incluirán, cuando corresponda, a los Estados miembros contratantes del Convenio de 1980, los Estados no miembros contratantes del Convenio de 1980, los Estados Miembros no contratantes del Convenio de 1980 y la Unión Europea.

⁴ Consultas sobre la viabilidad y conveniencia de un Protocolo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores – Informe Preliminar", redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 7 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya *ibid*.

⁵ Australia, Bahamas, Burkina Faso, Chile, China (Continental, RAE de Hong Kong), Colombia, El Salvador, México, Montenegro, Noruega, Nueva Zelandia, República Dominicana, Suiza, Ucrania, la Unión Europea y Zimbabwe.

⁶ *Op. cit.* nota 3.

⁷ Véanse las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por la Sexta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de 1980 y 1996 (1-10 de junio de 2011), disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Sección Sustracción de Niños y "Reuniones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio" (en adelante, las "Conclusiones y Recomendaciones de 2011").

⁸ Debe destacarse que, ante la falta de comentarios provenientes de la Unión Europea sobre posibles componentes específicos de un protocolo, esta sección resume las opiniones de los 23 Estados contratantes del Convenio de 1980 o Miembros de la Conferencia de La Haya que han provisto respuestas al Cuestionario II a noviembre de 2011.

Varias respuestas indicaron que la autorización explícita del uso de mediación, conciliación u otros medios para promover la resolución amistosa de casos en virtud del Convenio de 1980 podría tener un sentido útil⁹. Muchas respuestas se refirieron en este contexto a la promoción de soluciones amigables en un sentido amplio, que incluye otras formas de resolución alternativa de controversias, además de la mediación¹⁰. No obstante, varias respuestas expresaron la necesidad de un análisis cuidadoso para garantizar que la mediación u otros procesos aplicados en pos de alcanzar soluciones amigables no resulten en una demora indebida en el proceso de restitución¹¹.

Algunas respuestas¹² expresaron su opinión en el sentido de que dicha disposición no sería necesaria, ya que el artículo 7 del Convenio de 1980 parecía ser suficiente. Al considerar las amplias cuestiones sustanciales involucradas en la mediación, algunas de las respuestas¹³ observaron que introducir un protocolo sobre dicha cuestión puede generar problemas jurisdiccionales¹⁴ y excedería el alcance del Convenio de 1980¹⁵. Asimismo, Canadá consideró prematuras las posibles normas de protocolo sobre mediación, al argumentar que, en principio, debería otorgársele a los Estados tiempo para considerar y aplicar las buenas prácticas detalladas en el proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación en virtud del Convenio de 1980¹⁶ que está a punto de finalizarse¹⁷. Por último, Nueva Zelandia expresó sus preocupaciones sobre la promoción de la mediación a tal punto que se ha convertido en el recurso automático en procesos de restitución, ya que esto podría reducir el incentivo del progenitor sustractor a actuar lícitamente con anterioridad a la restitución.

Varias respuestas¹⁸ indicaron que, en su opinión, sería adecuado abordar cuestiones de sustancia y procedimiento adyacentes al uso de dichos medios (e.g., relativas a asuntos tales como la confidencialidad, la interrelación entre el proceso de mediación y los procesos de restitución, o el reconocimiento y la ejecución de acuerdos que resulten de la mediación). Australia sugirió que podrían importarse algunas de las posibles disposiciones de los principios que están siendo desarrollados por el grupo de trabajo sobre Mediación en el contexto del Proceso de Malta¹⁹.

Algunas respuestas sugirieron varias cuestiones relativas a la mediación que podrían tratarse en cualquiera de las posibles disposiciones, *inter alia*: la relación entre el proceso de mediación y el proceso de restitución²⁰; el plazo del proceso de mediación²¹; las cuestiones prácticas que surgen de un proceso de mediación cuando un progenitor está fuera del país²²; la admisibilidad de la mediación²³; los procesos relativos a la designación de un mediador²⁴; normas de conducta y ética para la mediación transfronteriza²⁵; capacitación, acreditación y desarrollo profesional continuo del

⁹ Armenia, Australia, Bahamas, Burkina Faso, Chile, China (RAE de Hong Kong), Colombia, El Salvador, Israel, Montenegro, Panamá, República Dominicana, Suiza, Ucrania, Venezuela y Zimbabwe.

¹⁰ Australia, Bahamas, Chile, El Salvador, Mónaco, Panamá, Suiza, Venezuela.

¹¹ Bahamas, República Dominicana, Suiza.

¹² Argentina, Canadá, Estados Unidos de América, Nueva Zelandia.

¹³ Canadá, Nueva Zelandia.

¹⁴ Nueva Zelandia.

¹⁵ Canadá.

¹⁶ "Borrador de la Guía de Buenas Prácticas en virtud del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Parte V – Mediación", redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 5 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Trabajo en curso" y "Sustracción de niños".

¹⁷ De manera similar, Argentina.

¹⁸ Armenia, Australia, Burkina Faso, Chile, China (RAE de Hong Kong), El Salvador, Israel, Mónaco, Panamá, Suiza, Ucrania.

¹⁹ Véanse "Los 'Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación en el contexto del Proceso de Malta' y el Memorando de Entendimiento", redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 6 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Trabajo en curso" y "Sustracción de niños".

²⁰ Chile, Suiza, Venezuela.

²¹ Bahamas, Chile.

²² Chile.

²³ Australia.

²⁴ Bahamas (respuesta a Pregunta 1.1).

²⁵ Israel.

mediador²⁶; la confidencialidad del proceso de mediación²⁷; la persona y / o entidades que deberían asumir el costo de dicho proceso²⁸; la evaluación del control de calidad y la mediación transfronteriza, que incluye los procedimientos para iniciar un reclamo²⁹. Un grupo algo mayor de respuestas apoyó las posibles disposiciones sobre el reconocimiento y la ejecución de acuerdos alcanzados como resultado de una mediación realizada en otro Estado³⁰, dentro de las cuales, un Estado sugirió un formulario de solicitud estándar para el reconocimiento y la ejecución de dicho acuerdo en el exterior³¹.

Las preocupaciones expresadas sobre la viabilidad de un instrumento que trate las cuestiones mencionadas anteriormente se relacionaron específicamente con los costos de los servicios de mediación³², la diversidad de legislación y métodos entre los Estados parte³³, y las posibles dificultades prácticas que surgen de la coordinación de las autoridades involucradas internamente en el proceso de mediación (Autoridades Centrales, agencias de mediación, mediadores, autoridades judiciales)³⁴.

Varias respuestas no consideraron apropiado el tratamiento de cuestiones de sustancia y procedimiento adyacentes al uso de medios de resolución amigable³⁵. Nueva Zelanda observó que las cuestiones sustanciales quedaban excluidas del alcance del Convenio de 1980 y que se trataba de asuntos a ser tratados por el derecho interno de las autoridades competentes que tengan jurisdicción sobre la materia, mientras que *el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños* (en adelante, el "Convenio de 1996") versa sobre las normas de jurisdicción, reconocimiento y ejecución de manera clara.

Los Estados Unidos de América, quien expresó fuertes opiniones contra el desarrollo de un protocolo, apoyó la promoción de principios no vinculantes tales como los principios que están siendo desarrollados por el grupo de trabajo sobre Mediación dentro del contexto del Proceso de Malta.

(ii) Comisión Especial de 2011 (Parte I)

La Comisión Especial (Parte I) trató en detalle la cuestión de la mediación, conciliación y medios similares en el contexto del Convenio de 1980 al considerar el proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación en virtud del Convenio³⁶. La cuestión también fue debatida en relación con la obligación de las Autoridades Centrales en virtud del artículo 7 del convenio relativa a "la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable"³⁷, como así también dentro del contexto de los debates sobre el proyecto Revisado del Manual Práctico sobre el Convenio de 1996³⁸.

²⁶ Israel.

²⁷ Australia, Chile, Ucrania.

²⁸ Zimbabwe.

²⁹ Israel.

³⁰ Armenia, Australia, Bahamas (respuesta a Pregunta 1.1), Chile, Suiza, Ucrania.

³¹ Ucrania.

³² Zimbabwe.

³³ Bahamas.

³⁴ Ucrania, Zimbabwe.

³⁵ Bahamas, México, Montenegro, Nueva Zelanda, República Dominicana.

³⁶ *Op. cit.* nota 16. Véanse las "Conclusiones y Recomendaciones e Informe de la Parte I de la Sexta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños", redactados por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 14 de noviembre de 2011 a la atención de la Comisión Especial de enero de 2012 (en adelante, el "Informe de la Parte I de la Comisión Especial"), párrs. 225 y ss.

³⁷ *Ibíd.*, párrs. 43 y ss.

³⁸ Proyecto Revisado de Manual Práctico sobre el funcionamiento práctico del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 4 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Trabajo en curso" y "Sustracción de niños"; véanse Minutas N° 8 y 9 de la Comisión Especial de 2011 (Parte I).

La Comisión Especial celebró "el rol cada vez más importante que desempeñan las Autoridades Centrales en el marco de los casos de sustracción internacional de niños con miras a la solución amistosa del conflicto incluso a través de la mediación. Al mismo tiempo, la Comisión Especial reconoc[ió] que la adopción de medidas a tal efecto no debería redundar en demoras"³⁹.

El proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación⁴⁰ fue recibido con agrado por la Comisión Especial y se "solicit[ó] a la Oficina Permanente que realice revisiones de la Guía a la luz de las discusiones de la Comisión Especial, tomando en consideración, asimismo, el asesoramiento de expertos"⁴¹.

Una cuestión que fue identificada durante el debate como generadora de desafíos prácticos particulares fue la manera en la cual los acuerdos entre progenitores alcanzados en casos de sustracción internacional de niños pueden formalizarse efectivamente para ser vinculantes y ejecutables en todos los Estados involucrados, en los casos en que dichos acuerdos contienen disposiciones relativas a la custodia, es decir, cuestiones sobre las cuales el Estado en el cual tramitan los procedimientos de restitución carece de competencia. Esta cuestión será debatida en la Comisión Especial de 2012 (Parte II): véase, para más detalles, el Documento Preliminar N° 13 (Capítulo IV sección A)⁴².

2. Comunicaciones judiciales directas

(i) Respuestas al Cuestionario II

Un gran número de respuestas indicaron que si se decidiese iniciar el desarrollo de un protocolo, se apoyaría la provisión de un fundamento jurídico para el uso de comunicaciones judiciales transfronterizas directas respecto a casos entablados en virtud del Convenio de 1980⁴³. Varias respuestas resaltaron la importancia de las comunicaciones judiciales directas para garantizar el funcionamiento adecuado del Convenio⁴⁴, especialmente en el contexto de la restitución segura del niño⁴⁵ y la ejecución de órdenes de restitución⁴⁶. La provisión de dichos fundamentos para el uso de las comunicaciones judiciales directas se vio como un medio para fomentar el uso de las comunicaciones judiciales directas en Estados que hasta ahora se han mantenido escépticos⁴⁷, en particular, debido a su práctica y tradición jurídicas, y como una oportunidad para aclarar el rol de la Autoridad Central en comparación con el rol de las autoridades judiciales en su cooperación y comunicaciones, que incluye las circunstancias y procedimientos requeridos de las Autoridades Centrales para solicitar asistencia a través de la red judicial relativa a casos particulares⁴⁸.

Por el contrario, algunas respuestas⁴⁹ expresaron la opinión de que, a pesar de la utilidad de las comunicaciones judiciales directas, no sería necesario ni adecuado abordar esta cuestión en un protocolo. Las razones esgrimidas fueron que la comunicación judicial directa ya era actualmente posible en los casos de La Haya⁵⁰, que la cuestión se encuentra regida por el derecho del Estado de las autoridades judiciales que entienden

³⁹ Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de 2011 (*op. cit.* nota 7), párr. 15.

⁴⁰ *Op. cit.* nota 16.

⁴¹ Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de 2011 (*op. cit.* nota 7), párr. 58.

⁴² "Guía para la Parte II de la Sexta Reunión de la Comisión Especial y consideración de la conveniencia y factibilidad de trabajo adicional relativo a los Convenios de 1980 y 1996", redactada por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 13 de diciembre de 2011 a la atención de la Comisión Especial de enero de 2012, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Trabajo en curso" y "Sustracción de niños".

⁴³ Argentina, Armenia, Australia, Bahamas, Chile, China (RAE de Hong Kong), Colombia, El Salvador, Israel, Montenegro, Panamá, Suiza, Ucrania.

⁴⁴ Chile, Mónaco, Montenegro, Suiza.

⁴⁵ Chile, Suiza.

⁴⁶ Chile.

⁴⁷ Chile, Israel, Panamá, Ucrania.

⁴⁸ Australia, Suiza, Zimbabwe.

⁴⁹ Canadá, Estados Unidos de América, Nueva Zelandia.

⁵⁰ Canadá, Estados Unidos de América.

en dicha cuestión⁵¹ y que las reglas vinculantes posiblemente podrían afectar la independencia del poder judicial o principios fundamentales tales como el debido proceso⁵². Contrariamente, deberían promoverse⁵³ las disposiciones de "soft law", tal como los Principios Generales sobre las Comunicaciones Judiciales Directas⁵⁴.

Varias respuestas consideraron necesario definir el alcance de las comunicaciones directas y / o establecer las salvaguardias procesales para el uso de las comunicaciones judiciales directas⁵⁵. En particular, se consideró necesario prever reglas claras respecto del rol de las autoridades involucradas, incluidas las Autoridades Centrales, dentro del marco de dichas comunicaciones⁵⁶. Por el contrario, Ucrania no consideró adecuadas las disposiciones vinculantes que definen el alcance de las comunicaciones judiciales directas y salvaguardias y prefirió dedicarse al establecimiento de reglas o lineamientos no vinculantes.

Alrededor de la mitad de las respuestas consideraron que sería igual de útil proveer un fundamento explícito para la Red Internacional de Jueces de La Haya⁵⁷.

(ii) Comisión Especial de 2011 (Parte I)

Las comunicaciones judiciales directas fueron analizadas en mayor detalle en la Comisión Especial de 2011 (Parte I)⁵⁸.

En relación con el fundamento legal para las comunicaciones judiciales directas, la Comisión Especial concluyó lo siguiente:

"69. Cuando existan preocupaciones en algún Estado acerca del fundamento jurídico adecuado para las comunicaciones judiciales directas, ya sea en virtud del derecho o procedimiento interno, o en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes, la Comisión Especial invita a los Estados a adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar que dicho fundamento jurídico exista.

70. La Comisión Especial destaca que la cuestión de la conveniencia y la factibilidad de las normas vinculantes en esta materia, incluido el fundamento jurídico, será considerada durante la Segunda Parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial"⁵⁹.

Esta cuestión será debatida en la Comisión Especial de 2012 (Parte II): véanse, para mayor detalle, el Documento Preliminar N° 13 (Capítulo IV, sección B)⁶⁰ y el Documento Preliminar N° 3 D⁶¹.

⁵¹ Nueva Zelandia.

⁵² Canadá.

⁵³ Canadá, Estados Unidos de América y Nueva Zelandia.

⁵⁴ "Reglas emergentes relativas al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y proyecto de principios generales para las comunicaciones judiciales, incluidas las salvaguardias generalmente aceptadas para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos, dentro del contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya", redactadas por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 3 A de marzo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >,"Trabajo en curso" y "Sustracción de niños".

⁵⁵ Armenia, Australia, Bahamas, Chile, China (RAE de Hong Kong), El Salvador, Israel, Mónaco, Montenegro, Panamá, República Dominicana, Suiza, Venezuela.

⁵⁶ El Salvador, Suiza.

⁵⁷ Australia, Bahamas, Chile, China (RAE de Hong Kong), Colombia, El Salvador, Montenegro, Suiza, Ucrania, Venezuela, Zimbabwe.

⁵⁸ Véase el Informe de la Parte I de la Comisión Especial, (*op. cit.* nota 36), párrs. 184 y ss.

⁵⁹ Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de 2011 (*op. cit.* nota 7), párrs. 69 a 70.

⁶⁰ *Op. cit.* nota 42.

⁶¹ "Nota sobre la conveniencia y factibilidad de un posible instrumento jurídico que sirva de fundamento para las comunicaciones judiciales directas", redactada por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 3 D de diciembre de 2011 a la atención de la Comisión Especial de enero de 2012, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >,"Trabajo en curso" y "Sustracción de niños".

3. Procedimientos expeditos

(i) Respuestas al Cuestionario II

Aproximadamente la mitad de las respuestas consideraron que las disposiciones más explícitas o estrictas para asegurar que las solicitudes de restitución se procesen rápidamente en la primera instancia, durante la apelación y en la etapa de ejecución podrían ser útiles⁶² a pesar de las preocupaciones expresadas en relación con la posibilidad de alcanzar consenso sobre dicha cuestión⁶³. Algunas respuestas observaron que el Artículo 11 del Convenio de 1980 no parece ser suficiente y que se registraron demoras significativas en casos de sustracción de niños⁶⁴, inclusive por parte de Autoridades Centrales que pueden retrasar la presentación de la solicitud de restitución ante las autoridades judiciales o demorar la notificación de decisiones⁶⁵. Otras respuestas sugirieron la inclusión de disposiciones más explícitas o estrictas en conjunto con una mayor claridad relativa al rango limitado de cuestiones que deberían ser consideradas por los tribunales al entender sobre una solicitud en virtud del Convenio, en especial en miras de la creciente tendencia a considerar un amplio rango de cuestiones relacionadas con el "interés superior del niño" en lugar de limitar las cuestiones que deben considerarse⁶⁶.

Varias respuestas expresaron la opinión de que disposiciones más estrictas no serían útiles⁶⁷. Los artículos 2 y 11 fueron considerados lo suficientemente claros; sin embargo, se afirmó que debería darse prioridad a enfatizar la implementación práctica de dichas obligaciones y a la revisión regular de las prácticas de los Estados⁶⁸. En la práctica, disposiciones más estrictas no asegurarían procesos más rápidos, ya que las demoras fueron causadas por la falta de cumplimiento por parte de los Estados contratantes con las disposiciones actuales del Convenio de 1980, y no por los propios términos del Convenio⁶⁹. Una respuesta resaltó que acortar el plazo existente podría perjudicar la calidad de los procesos y, por ende, poner en peligro el interés superior del niño⁷⁰. Por último, otra respuesta mencionó que la cuestión relativa a la manera de garantizar procesos expeditos fue tratada en detalle en las Guías de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 1980 y que, además de promover la implementación de dichas buenas prácticas, la promoción de comunicaciones judiciales directas prometía la aceleración de los procesos de restitución⁷¹.

(ii) Comisión Especial de 2011 (Parte I)

Durante las reuniones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980⁷², uno de los temas importantes de debate de la Comisión Especial de 2011 (Parte I) fue la necesidad de contar con procedimientos expeditos en casos de sustracción internacional de niños. Dicha cuestión fue abordada en varias ocasiones durante el curso de la reunión y se resaltó la importancia de la celeridad en todas las etapas de dichos casos⁷³.

⁶² Armenia, Australia, Burkina Faso, Chile, China (RAE de Hong Kong), Colombia, El Salvador, Israel, México, Mónaco, Noruega, Panamá, República Dominicana, Suiza, Venezuela.

⁶³ Noruega.

⁶⁴ Chile, Suiza.

⁶⁵ Chile, México.

⁶⁶ Australia, México.

⁶⁷ Bahamas, Montenegro, Estados Unidos de América, Nueva Zelandia, Ucrania.

⁶⁸ Argentina, Canadá, Nueva Zelandia.

⁶⁹ Canadá, Ucrania.

⁷⁰ Montenegro.

⁷¹ Estados Unidos de América.

⁷² Véanse, e.g., las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico de los Convenios de 1980 y 1996 (30 de octubre – 9 de noviembre de 2006), párr. 1.4.1 (donde se reafirman las Recomendaciones 3.3 a 3.5 de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial (22-28 de marzo de 2001)), disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Sección Sustracción de Niños" y "Reuniones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio".

⁷³ Véase, e.g., el Informe de la Parte I de la Comisión Especial, (*op. cit.* nota 36) – en relación con las Autoridades Centrales, párrs. 21 y ss., en relación con la mediación, párr. 22, en relación con las

La Comisión Especial destacó una vez más "la necesidad de cooperación estrecha entre las Autoridades Centrales a efectos del procesamiento de solicitudes y del intercambio de información en virtud del Convenio de 1980 [e hizo] hincapié en los principios de "respuestas inmediatas" y "medios de comunicación rápidos" establecidos en la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 1980 – Primera Parte – Práctica de las Autoridades Centrales"⁷⁴. Asimismo, la Comisión Especial alentó "el uso de tecnología de la información en aras de acelerar las comunicaciones y mejorar el trabajo en red de las Autoridades Centrales"⁷⁵.

4. La restitución segura del niño

(i) Respuestas al Cuestionario II

La especificación de medidas (e.g., órdenes de protección provisionales) que puedan ser implementadas por cualquiera de los Estados involucrados para ayudar a garantizar la restitución segura del niño y, según corresponda, de un progenitor acompañante fue considerada útil por más de la mitad de las respuestas⁷⁶. Sin embargo, las opiniones presentadas variaron en relación con las medidas que deben especificarse. Se sugirió una mayor especificación de las responsabilidades de las autoridades involucradas para garantizar la restitución segura⁷⁷, y la posible utilidad de disposiciones que regulen la participación de las Embajadas⁷⁸ como representantes de la Autoridad Central del Estado requirente en relación con los documentos de viaje y la logística de la restitución. Otra respuesta enfatizó el rol de los progenitores para quitar los obstáculos de la restitución y para de otro modo garantizar la restitución segura y se enfrentó a la idea de regular requisitos específicos para la propia Autoridad Central al pretender la emisión de órdenes relativas a dichas cuestiones⁷⁹. Dos respuestas resaltaron que la lista de medidas especificadas no debería ser exhaustiva⁸⁰.

Algunos Estados consideraron que dichas disposiciones no parecían ser apropiadas o necesarias⁸¹. Algunos resaltaron la flexibilidad del Convenio de 1980 en este sentido⁸² y temieron que la inclusión de determinadas medidas en un protocolo podría conllevar a una interpretación restrictiva de las normas existentes⁸³. Algunos Estados enfatizaron que la regulación de medidas específicas era una cuestión de derecho interno⁸⁴ y que la enumeración no exhaustiva de medidas en una Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 1980 era el recurso más adecuado⁸⁵. También se enfatizó que la cuestión principal dentro del área de la restitución segura se relacionaba con el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección provisionales implementadas, que ya había sido tratada en el Convenio de 1996 y, por ende, su ratificación debería ser apoyada⁸⁶.

La mayoría de las respuestas consideraron que sería útil prever la cooperación entre tribunales o entre las Autoridades Centrales para garantizar la restitución segura del niño

comunicaciones judiciales directas, párr. 50, en relación con la inmigración, párr. 62, en relación con la visita / contacto, párr. 83, en relación con la asistencia legal, párr. 132, en relación con la violencia doméstica y familiar, párrs. 93 y 104. Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de 2011 (*op. cit.* nota 7), párrs. 15, 33 y 36.

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 7.

⁷⁵ *Ibid.*, párr. 11.

⁷⁶ Armenia, Australia, Burkina Faso, Chile, China (RAE de Hong Kong), Colombia, El Salvador, México, Montenegro, Noruega, Panamá, República Dominicana, Suiza, Ucrania, Venezuela, Zimbabwe.

⁷⁷ Suiza.

⁷⁸ México, Suiza.

⁷⁹ Australia.

⁸⁰ Chile, Ucrania.

⁸¹ Argentina, Bahamas, Canadá, Estados Unidos de América, Israel, Mónaco.

⁸² Bahamas, Estados Unidos de América.

⁸³ Bahamas.

⁸⁴ Argentina, Canadá, Israel.

⁸⁵ Argentina, Canadá, Mónaco. En relación con la cuestión de violencia doméstica, los Estados Unidos de América sugirió la redacción de una Guía de Buenas Prácticas. Véase, asimismo, conforme la sección 5 *infra*.

⁸⁶ Nueva Zelanda indicó que las reglas auxiliares sólo serían de asistencia para los Estados parte del Convenio de 1980, que no sean parte del Convenio de 1996, siempre que las reglas sean similares a las contenidas en el Convenio de 1996.

y para remover los obstáculos de la restitución⁸⁷. Dichas disposiciones fueron consideradas por los Estados, en la medida necesaria, en relación con la cooperación entre tribunales en particular⁸⁸, así como entre autoridades de inmigración⁸⁹ en aras de acelerar los procesos⁹⁰. Un Estado sugirió que dichas disposiciones también deberían aplicarse a la restitución segura del progenitor acompañante⁹¹.

Una cantidad de Estados opinaron que dichas disposiciones eran innecesarias⁹², debido a que el artículo 7 del Convenio de 1980 ya preveía la cooperación entre las Autoridades Centrales y autoridades competentes para garantizar la restitución segura del niño⁹³. Una respuesta resaltó que la cuestión fue tratada en mayor profundidad en la Guía de Buenas Prácticas⁹⁴.

La idea de prever un intercambio de información luego de la restitución del niño fue apoyada por aproximadamente la mitad de las respuestas⁹⁵. Sin embargo, una de dichas respuestas expresó preocupaciones en relación con la implicancia de recursos de dicha disposición⁹⁶. El intercambio de información fue considerado, en particular, útil para garantizar que el niño sea restituido de manera segura, al considerar el seguimiento psicológico del niño⁹⁷, así como también al verificar el cumplimiento con las medidas ordenadas, o los acuerdos extrajudiciales alcanzados, en pos de la restitución segura del niño⁹⁸. De acuerdo con dos Estados, dicho feedback podría permitir que el tribunal que ordena la restitución del niño desarrolle prácticas más eficientes para la restitución segura del niño y lleve a cabo una mejor cooperación con las autoridades del Estado de residencia habitual del niño⁹⁹. En este sentido, se sugirió que luego de una restitución existe la necesidad crucial de obtener una decisión inmediata sobre el fondo por parte de los tribunales del Estado de residencia habitual del niño¹⁰⁰.

Suiza expresó su opinión en el sentido de que tratar la cuestión del seguimiento del niño de manera más general luego de la restitución se considera una forma de reforzar la confianza entre Estados. En su respuesta al Cuestionario I¹⁰¹, Suiza también mencionó que es importante garantizar la cooperación entre las Autoridades Centrales luego de la restitución y que, a tal efecto, las recomendaciones no son suficientes y se necesitan normas vinculantes¹⁰².

Algunas respuestas consideraron que prever un intercambio de información luego de la restitución del niño no era adecuado¹⁰³, mientras que un Estado se mantuvo indeciso respecto a dicha sugerencia¹⁰⁴. En virtud del respeto al sistema jurídico del Estado de residencia habitual, debería aceptarse que dicho Estado tiene la capacidad de proteger al niño luego de su restitución¹⁰⁵. Asimismo, algunas respuestas mencionaron que dichas

⁸⁷ Armenia, Australia, Burkina Faso, Chile, China (RAE de Hong Kong), Colombia, El Salvador, México, Montenegro, Noruega, Panamá, República Dominicana, Suiza, Ucrania, Venezuela, Zimbabwe.

⁸⁸ Chile, Zimbabwe.

⁸⁹ México.

⁹⁰ México, Zimbabwe.

⁹¹ Chile.

⁹² Argentina, Bahamas, Canadá, Estados Unidos de América, Israel, Nueva Zelandia.

⁹³ Argentina, Canadá, Estados Unidos de América, Nueva Zelandia.

⁹⁴ Argentina

⁹⁵ Australia, Burkina Faso, Chile, China (RAE de Hong Kong), El Salvador, Montenegro, Panamá, República Dominicana, Suiza, Ucrania, Venezuela.

⁹⁶ Australia.

⁹⁷ Burkina Faso.

⁹⁸ Australia, Chile, Panamá.

⁹⁹ Australia, Suiza.

¹⁰⁰ Suiza.

¹⁰¹ "Cuestionario sobre el funcionamiento práctico del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*", redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 1 de noviembre de 2010 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >,"Trabajo en curso" y "Sustracción de niños".

¹⁰² Véase respuesta de Suiza a la Pregunta 6.8 del Cuestionario I.

¹⁰³ Argentina, Bahamas, Canadá, Estados Unidos de América, México, Nueva Zelandia.

¹⁰⁴ Israel.

¹⁰⁵ Argentina, Nueva Zelandia.

disposiciones podrían imponer una carga innecesaria sobre los Estados individuales¹⁰⁶. Un Estado indicó poseer una postura abierta al intercambio voluntario de información, sujeto a las restricciones del derecho interno relativas a la privacidad¹⁰⁷.

(ii) Comisión Especial de 2011 (Parte I)

En relación con la facilitación de la restitución segura del niño y del progenitor acompañante, la Comisión Especial de 2011 (Parte I)¹⁰⁸ arribó a las siguientes Conclusiones y Recomendaciones:

“39. La Comisión Especial reconoce el valor de la asistencia prestada por las Autoridades Centrales y otras autoridades pertinentes en virtud de los artículos 7(2) d), e) y h) y 13 (3) en la obtención de información proveniente del Estado requirente, por ejemplo, informes policiales, médicos e informes preparados por asistentes sociales e información acerca de las medidas de protección y los arreglos disponibles en el Estado de restitución.

40. La Comisión Especial reconoce asimismo el valor de las comunicaciones judiciales directas, en particular, a través de redes judiciales, para determinar si en el Estado al que el niño debe ser restituido se encuentran disponibles medidas de protección para el niño y el progenitor acompañante.

41. Se observó que el Convenio de 1996 provee bases jurisdiccionales, en casos de urgencia, a efectos de la adopción de medidas de protección respecto del niño, y también en el marco de procesos de restitución en virtud del Convenio de 1980. Dichas medidas son reconocidas y pueden ser declaradas ejecutorias o registradas para su ejecución en el Estado al que el niño es restituido siempre que ambos Estados involucrados sean Parte del Convenio de 1996.

42. Al momento de considerar la protección del niño en virtud de los Convenios de 1980 y 1996, se recomienda tener en cuenta el impacto que la violencia de un progenitor hacia el otro puede tener sobre el niño.

43. La Comisión Especial celebra la decisión adoptada por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de 2011 “de incorporar a la agenda de la Conferencia, el tema del reconocimiento de las medidas de protección extranjeras en materia civil emitidas, por ejemplo, en el contexto de casos de violencia doméstica, e instruir a la Oficina Permanente a que prepare una breve nota sobre el tema, para ayudar al Consejo a determinar si se justificaría profundizar el trabajo en la materia”. La Comisión Especial recomienda que debería tenerse en cuenta la posible utilización de dichas medidas en el marco del Convenio de 1980¹⁰⁹.

5. Alegaciones de violencia doméstica

(i) Respuestas al Cuestionario II

Casi todas las respuestas consideraron que sería útil brindar lineamientos sobre el modo en que deberían tratarse las alegaciones de violencia doméstica en el contexto de los procesos de restitución de un niño¹¹⁰. No obstante, algunas respuestas¹¹¹ se opusieron a la idea de incluir dicha asistencia en un protocolo o se mantuvieron indecisas¹¹² en dicho

¹⁰⁶ Australia, Nueva Zelanda.

¹⁰⁷ Canadá.

¹⁰⁸ Véase el Informe de la Parte I de la Comisión Especial, (*op. cit.* nota 36), párrs. 52 y ss.

¹⁰⁹ Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de 2011 (*op. cit.* nota 7), párrs. 39-43.

¹¹⁰ Argentina, Australia, Bahamas, Burkina Faso, Canadá, Chile, China (RAE de Hong Kong), El Salvador, Estados Unidos de América, México, Mónaco, Montenegro, Nueva Zelanda, Panamá, República Dominicana, Ucrania.

¹¹¹ Argentina, Canadá, Estados Unidos de América.

¹¹² Argentina.

sentido. Por el contrario, algunas apoyaron la idea de redactar una Guía de Buenas Prácticas¹¹³ sobre la cuestión o brindar lineamientos en la forma de recomendaciones de la Comisión Especial.¹¹⁴ Dos Estados se reservaron sus posiciones sobre la cuestión por el momento.¹¹⁵

Dos Estados opinaron que el trabajo sobre dichas posibles disposiciones debería involucrar especialistas en el área de la violencia doméstica¹¹⁶. Algunas respuestas consideraron potencialmente beneficioso que, en los casos donde se prevea que el demandado puede alegar violencia doméstica, el Estado requirente debería brindar información sobre cualquier supuesta violencia doméstica y sobre las leyes y servicios disponibles para proteger y apoyar al niño y al demandado en el caso de que deba emitirse una orden de restitución¹¹⁷. En particular, la restitución debería ordenarse en el caso de que el Estado requirente garantice que dichas cuestiones serán tratadas ante la restitución del niño¹¹⁸. Varias respuestas mencionaron que sería útil promover un enfoque uniforme y consistente sobre la cuestión¹¹⁹, especialmente en lo relativo a la interpretación de la excepción a la restitución en virtud del artículo 13(1) *b*) del Convenio de 1980 (riesgo grave)¹²⁰. También deberían considerarse las condiciones de vida del niño luego de la restitución, las cuales se relacionan estrechamente con la excepción del artículo 13(1) *b*)¹²¹. Se observó que el Convenio de 1996 podría ser útil en cierta medida¹²², a pesar de que también se observó que no existe una disposición para que la jurisdicción tome medidas de protección en este contexto, a menos que las medidas sean urgentes¹²³. En consecuencia, dos Estados sugirieron que dichas disposiciones también deberían tratar la cuestión de la jurisdicción y facultades de las autoridades que entienden en una solicitud de restitución para tomar medidas de protección¹²⁴. Una de las respuestas se refirió a la decisión reciente del Consejo de Asuntos Generales y Política¹²⁵ de agregar la cuestión del reconocimiento de órdenes extranjeras de protección civil¹²⁶ a la Agenda de la Conferencia de La Haya.

Un Estado advirtió que debería otorgarse una cuidadosa consideración para garantizar que dichos lineamientos no restrinjan la discreción de las autoridades judiciales¹²⁷.

(ii) Comisión Especial de 2011 (Parte I)

La Comisión Especial de 2011 (Parte I) trató la cuestión de violencia doméstica y familiar en el contexto del Convenio de 1980 en mayor detalle¹²⁸.

En las Conclusiones y Recomendaciones de 2011, la Comisión Especial afirmó que:

“35. La Comisión Especial nota que un gran número de jurisdicciones están abordando asuntos de violencia doméstica y familiar como una cuestión destacadamente prioritaria, por ejemplo, a través de la creación de conciencia y la capacitación.

¹¹³ Canadá, Estados Unidos de América.

¹¹⁴ Canadá.

¹¹⁵ Israel, Noruega.

¹¹⁶ El Salvador, Panamá.

¹¹⁷ Australia, México, Venezuela. Nueva Zelandia sugiere limitar la averiguación sobre medidas de protección disponibles.

¹¹⁸ México (respuesta a Pregunta 9.3).

¹¹⁹ Bahamas, Chile, México, Nueva Zelandia, República Dominicana.

¹²⁰ Chile, México, Nueva Zelandia, República Dominicana.

¹²¹ Suiza.

¹²² Canadá, Nueva Zelandia.

¹²³ Suiza.

¹²⁴ Suiza, Ucrania.

¹²⁵ Véanse las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (5-7 de abril de 2011), disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, “Trabajo en curso” y “Asuntos generales”, párr. 23.

¹²⁶ Estados Unidos de América.

¹²⁷ Bahamas.

¹²⁸ Véase el Informe de la Parte I de la Comisión Especial, (*op. cit.* nota 36), párrs. 92 y ss.

36. Cuando el artículo 13(1) b) del Convenio de 1980 es invocado con relación a situaciones de violencia doméstica o familiar, las alegaciones de violencia doméstica o familiar y los posibles riesgos para el niño deberían ser examinados de manera adecuada e inmediata, en la medida necesaria a los fines de esta excepción.

37. La Comisión Especial confirma su apoyo a la promoción de mayor consistencia a efectos del modo de abordar alegaciones de violencia doméstica y familiar al momento de aplicar el artículo 13(1) b) del Convenio de 1980.

38. La Comisión Especial consideró tres propuestas de trabajo futuro con miras a promover consistencia en la interpretación y la aplicación del artículo 13(1) b) del Convenio de 1980, y en el tratamiento de cuestiones de violencia doméstica y familiar surgidas en el marco de procesos de restitución en virtud del Convenio. A saber:

- (a) una propuesta que incluye, entre otros puntos, la redacción de una Guía de Buenas Prácticas sobre la implementación del artículo 13(1) b) (Doc. de Trab. N° 1);
- (b) una propuesta de establecimiento de un grupo de trabajo, proveniente, en particular, de la Red Internacional de Jueces de La Haya, a fin de que considere la factibilidad de desarrollar una herramienta apropiada a efectos de asistir en la consideración de la excepción de grave riesgo de daño (Doc. de Trab. N° 2);
- (c) una propuesta de establecimiento de un grupo de expertos, entre los que se encuentren, en particular, jueces, expertos de las Autoridades Centrales y expertos en la dinámica de violencia doméstica, a fin de que desarrollen principios o una guía de prácticas sobre la gestión de las alegaciones de violencia doméstica en el marco de procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya (Doc. de Trab. N° 9, párr. 151).

La consideración de estas propuestas en mayor detalle se pospuso hasta la celebración de la Segunda Parte de la reunión de la Comisión Especial¹²⁹.

Esta cuestión será debatida en la Comisión Especial de 2012 (Parte II): véase, para más detalles, el Documento Preliminar N° 13 (Capítulo IV sección C)¹³⁰.

6. Opiniones del niño

(i) Respuestas al Cuestionario II

Las opiniones emitidas sobre la necesidad de disposiciones adicionales relativas al derecho del niño a ser oído y a que se tengan en cuenta sus opiniones durante los procesos de restitución estuvieron finamente equilibradas.

Algunos Estados¹³¹ consideraron que dichas disposiciones podían ser útiles para garantizar que las opiniones del niño sean escuchadas en procesos de restitución, ya que esto no se encuentra establecido en el Convenio de 1980. En particular, se sugirió que se trataran las condiciones para escuchar dichas opiniones¹³². Por el contrario, la mayoría de las respuestas consideraron dichas disposiciones innecesarias o redundantes¹³³, conforme a las disposiciones pertinentes de la *Convención sobre los Derechos del Niño* de

¹²⁹ Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de 2011 (*op. cit.* nota 7), párrs. 35 a 38.

¹³⁰ *Op. cit.* nota 42.

¹³¹ China (RAE de Hong Kong), El Salvador, México, República Dominicana, Suiza y Ucrania.

¹³² Burkina Faso, Mónaco, Ucrania.

¹³³ Argentina, Australia, Canadá, Chile, Colombia, Estados Unidos de América, Israel, Montenegro, Nueva Zelandia, Panamá, Zimbabwe.

las Naciones Unidas (CDNNU)¹³⁴ ratificada por la mayoría de los Estados parte del Convenio de 1980 y en lo relativo a la práctica existente de escuchar al niño en los procesos de restitución¹³⁵. Algunas respuestas resaltaron que los procesos aplicados en relación con escuchar al niño eran una cuestión que debía someterse a la determinación de cada Estado de acuerdo a su propia legislación¹³⁶. Otras respuestas vieron la posibilidad de mejorar al llevar a cabo una mejor implementación del CDNNU y otros instrumentos pertinentes¹³⁷, como así también la estandarización de prácticas¹³⁸, donde se considere necesario, incluso a través de una enumeración no exhaustiva de medidas en una Guía de Buenas Prácticas¹³⁹.

Un Estado opinó que, en lugar de analizar la cuestión de escuchar las opiniones del niño, un posible protocolo debería tratar la representación del niño en procesos de restitución y acceso, en especial mediante el uso de un tutor ad litem o institución similar¹⁴⁰.

(ii) Comisión Especial de 2011 (Parte I)

En relación con las opiniones del niño, la Comisión Especial de 2011 (Parte I)¹⁴¹ arribó a las siguientes Conclusiones y Recomendaciones:

“50. La Comisión Especial celebra el apoyo abrumador de la posibilidad de brindarles a los niños, según su edad y grado de madurez, la oportunidad de ser escuchados en el marco del proceso de restitución en virtud del Convenio de 1980 independientemente del hecho de que se haya planteado una excepción en virtud del artículo 13(2). La Comisión Especial destaca que los Estados adoptan distintos enfoques en sus leyes nacionales acerca del modo en que las opiniones del niño pueden obtenerse y presentarse en el proceso. Al mismo tiempo, la Comisión Especial resalta la importancia de garantizar que la persona que entrevista al niño, ya sea el juez, un experto independiente o cualquier otra persona, debería contar con una formación adecuada a efectos de esta tarea, cuando sea posible. La Comisión Especial reconoce la necesidad para el niño de estar informado del proceso en curso y de sus posibles consecuencias en forma adecuada según su edad y grado de madurez.

51. La Comisión Especial destaca que un número creciente de Estados prevén la posibilidad de que el niño cuente con representación legal independiente en el marco de casos de sustracción¹⁴².

7. Ejecución de órdenes de restitución

(i) Respuestas al Cuestionario II

Aproximadamente la mitad de las respuestas indicaron que disposiciones explícitas relativas a los procesos de ejecución (e.g., la limitación de recursos legales, la promoción del cumplimiento voluntario, el uso de procesos expeditos) podrían resultar útiles¹⁴³. Los recursos legales constituían un importante obstáculo para la ejecución de las órdenes de

¹³⁴ Art. 12.

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

¹³⁵ Argentina, Chile, Israel, Montenegro, Nueva Zelanda.

¹³⁶ Canadá, Estados Unidos de América, Nueva Zelanda.

¹³⁷ Ucrania.

¹³⁸ Australia.

¹³⁹ Canadá.

¹⁴⁰ Chile.

¹⁴¹ Véase el Informe de la Parte I de la Comisión Especial, (*op. cit.* nota 36), párrs. 157 y ss.

¹⁴² Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de 2011 (*op. cit.* nota 7), párrs. 50 y 51.

¹⁴³ Armenia, Bahamas, Burkina Faso, Chile, China (RAE de Hong Kong), Colombia, El Salvador, Israel, México, Mónaco, Montenegro, Noruega, Panamá y Suiza.

restitución, ya que generaban demoras que podían, aún en algunos casos, resultar en la modificación de decisiones relativas a la restitución del niño, teniendo en cuenta el tiempo que había transcurrido y la adaptación del niño a un nuevo ambiente¹⁴⁴. Un Estado consideró que el cumplimiento voluntario podía incrementar el riesgo de sustracciones y mayores litigios y que, por ende, no debería promoverse¹⁴⁵.

Varios Estados consideraron que las disposiciones explícitas no eran necesarias¹⁴⁶, al resaltar que la determinación de la naturaleza exacta de las normas procesales era una cuestión de derecho interno¹⁴⁷. No obstante, las recomendaciones o Guías de Buenas Prácticas¹⁴⁸, especialmente la Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución recientemente publicada, fueron consideradas particularmente apropiadas¹⁴⁹.

(ii) Comisión Especial de 2011 (Parte I)

La Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución fue publicada en 2010¹⁵⁰ y una copia de la Guía fue enviada a todos los Órganos Nacionales y de Contacto de los Miembros de la Conferencia de La Haya y a todas las Autoridades Centrales designadas en virtud del Convenio de 1980, como así también a todos los miembros de la Red Internacional de Jueces de La Haya¹⁵¹. Se recordó a la Comisión Especial de 2011 (Parte I) la investigación extensiva y el proceso de redacción que resultó en la publicación de dicha Guía y el amplio rango de las cuestiones de ejecución contempladas en la Guía.

Las Conclusiones y Recomendaciones de la reunión reconocieron el valor de todas las partes de la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 1980¹⁵².

8. Visita / Contacto

(i) Respuestas al Cuestionario II

Más de la mitad de las respuestas¹⁵³ expresaron la necesidad de clarificar las obligaciones en virtud del artículo 21 del Convenio de 1980 (e.g., las responsabilidades de las Autoridades Centrales), el cual, tal como fue observado en algunas de las respuestas¹⁵⁴, ha sido interpretado de maneras muy distintas por los Estados contratantes. Una de las respuestas resaltó un número de factores que hacen que las solicitudes de acceso sean difíciles de manejar, tales como la naturaleza constante de la cuestión debido a los incumplimientos comunes reiterados de las órdenes de contacto y los costos legales frecuentemente significativos¹⁵⁵. En pos de aclarar dicha cuestión, se recomendó la redacción de una lista de obligaciones en virtud del artículo 21¹⁵⁶. Varios

¹⁴⁴ Chile, Colombia, Israel, Panamá.

¹⁴⁵ México.

¹⁴⁶ Argentina, Australia, Canadá, Estados Unidos de América, Nueva Zelandia, República Dominicana, Ucrania, Venezuela.

¹⁴⁷ Canadá, Nueva Zelandia, Ucrania.

¹⁴⁸ Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores – Parte I – Práctica de las Autoridades Centrales (Jordan Publishing, 2003); Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Parte II – Medidas de ejecución (Jordan Publishing, 2003); Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Parte III – Medidas preventivas (Jordan Publishing, 2003); Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Parte IV – Ejecución (Jordan Publishing, 2010, en adelante, "Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución"). Las Guías de Buenas Prácticas se encuentran disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Sección sustracción de niños" y "Guías de Buenas Prácticas".

¹⁴⁹ Argentina, Estados Unidos de América, Nueva Zelandia.

¹⁵⁰ En francés e inglés y, en 2011, en español.

¹⁵¹ Véase el Informe de la Parte I de la Comisión Especial (*op. cit.* nota 48), párrs. 165 y ss.

¹⁵² Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de 2011 (*op. cit.* nota 7), párr. 52.

¹⁵³ Australia, Bahamas, Burkina Faso, Chile, China (RAE de Hong Kong), Colombia, El Salvador, México, Mónaco, Noruega, Panamá, República Dominicana, Suiza, Ucrania, Zimbabue.

¹⁵⁴ Australia, Canadá, Chile, Montenegro, Suiza.

¹⁵⁵ Australia.

¹⁵⁶ Ucrania.

Estados se refirieron al Convenio de 1996 como un posible medio para remediar los problemas existentes relativos a las solicitudes de acceso¹⁵⁷, a pesar de que se observó que el hecho de que no todos los Estados parte del Convenio de 1980 sean Parte del Convenio de 1996 puede resultar en la necesidad de redactar normas de protocolo sobre acceso¹⁵⁸.

Un número reducido de respuestas¹⁵⁹ afirmaron que no era necesaria la aclaración del artículo 21, ya que consideraron que los problemas en casos de acceso se relacionan con la implementación de las disposiciones pertinentes del Convenio en los Estados contratantes. En tal sentido, se observó que la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo¹⁶⁰ y los Perfiles de los Países eran herramientas muy útiles.

La mayoría de las respuestas apoyaron la redacción de más disposiciones para facilitar el contacto entre el niño y el progenitor perjudicado durante el proceso de restitución¹⁶¹. Algunos Estados señalaron una cantidad de beneficios que surgen de facilitar el contacto entre el niño y el progenitor perjudicado durante el proceso de restitución. El contacto evitaría que el niño sufra mayores perjuicios, tales como la enajenación de sus progenitores¹⁶², y facilitaría la solución amigable, en los casos en que sea posible¹⁶³. La falta de contacto durante los procesos de restitución aumentaría la tensión a un punto en el cual es difícil alcanzar una solución amigable. En consecuencia, la promoción del contacto durante el proceso fue interpretada como un aspecto esencial en pos de facilitar una solución amigable y de responder a las preocupaciones del progenitor perjudicado¹⁶⁴.

En particular, algunos Estados expresaron la necesidad de contar con un mecanismo efectivo para la ejecución de derechos de acceso y para clarificar las normas de jurisdicción, las cuales fueron omitidas por el Convenio de 1980¹⁶⁵. Un Estado argumentó que debería priorizarse la restitución inmediata del niño y una mejor implementación del artículo 11, pero que podrían necesitarse nuevas disposiciones para facilitar el contacto cuando hubiese una demora en los procesos de restitución¹⁶⁶.

Un Estado resaltó la importancia de la mediación en esta área y apoyó cualquier propuesta que promueva la mediación¹⁶⁷.

Otro Estado sugirió que el protocolo debería contener disposiciones que soliciten a las Autoridades Centrales, en cooperación con las autoridades judiciales, que mantengan un registro de todas las decisiones en aras de facilitar la ejecución de órdenes ante el incumplimiento de alguna de las partes¹⁶⁸.

(ii) Comisión Especial de 2011 (Parte I)

La cuestión de visita / acceso fue debatida en detalle en la Comisión Especial de 2011 (Parte I), tanto en el contexto de los procesos de restitución en virtud del Convenio de 1980 y de modo más general¹⁶⁹.

La reunión concluyó que:

¹⁵⁷ Argentina, Estados Unidos de América, Israel.

¹⁵⁸ Argentina, Israel.

¹⁵⁹ Canadá, Estados Unidos de América, Nueva Zelanda.

¹⁶⁰ *Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas sobre el Contacto Transfronterizo relativo a los Niños* (Jordan Publishing, 2008).

¹⁶¹ Argentina, Armenia, Australia, Bahamas, Chile, China (RAE de Hong Kong), El Salvador, México, Mónaco, Montenegro, Nueva Zelanda, Panamá, República Dominicana, Suiza, Ucrania, Zimbabwe.

¹⁶² Chile.

¹⁶³ Chile, Ucrania.

¹⁶⁴ Suiza.

¹⁶⁵ Suiza (en relación con la jurisdicción), Ucrania (un mecanismo efectivo).

¹⁶⁶ Nueva Zelanda, de manera similar, Israel.

¹⁶⁷ Australia.

¹⁶⁸ Zimbabwe.

¹⁶⁹ Véase el Informe de la Parte I de la Comisión Especial, (*op. cit.* nota 36), párrs. 80 a 91.

“17. La Comisión Especial destaca que, en muchos Estados contratantes del Convenio de 1980, las solicitudes relativas al derecho de visita en virtud del artículo 21 son actualmente procesadas en la misma forma que las solicitudes de restitución.

18. Se alienta a las Autoridades Centrales designadas en virtud de los Convenios de 1980 y/o 1996 a adoptar un enfoque proactivo y práctico a efectos del ejercicio de sus respectivas funciones en los casos internacionales en materia de visita/contacto.

19. La Comisión Especial reafirma los principios establecidos en los Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas sobre el Contacto Transfronterizo relativo a los Niños y alienta enfáticamente a los Estados contratantes de los Convenios de 1980 y 1996 a revisar, cuando sea necesario, sus prácticas en los casos internacionales en materia de derecho de visita a la luz de estos principios.

20. La Comisión Especial reconoce que en virtud del artículo 7(2) b) y del artículo 21 del Convenio de 1980, durante un proceso de restitución pendiente de resolución, todo Estado contratante requerido puede adoptar las medidas necesarias a fin de que el solicitante en el marco del proceso de restitución tenga contacto con el/los niño/s objeto de la solicitud, cuando corresponda”¹⁷⁰.

9. Definiciones o definiciones refinadas

(i) Respuestas al Cuestionario II

Derecho de custodia

Aproximadamente la mitad de las respuestas consideraron que sería útil brindar una definición refinada de los derechos de custodia¹⁷¹. Sin embargo, se expresaron opiniones disidentes relativas a la manera en la cual tales derechos deberían definirse de modo más amplio. Algunas opiniones apoyaron la extensión del concepto de custodia a su máxima expresión¹⁷², lo cual incluye la *patria potestas*,¹⁷³ *kafala*¹⁷⁴ y situaciones en las cuales se requiera el consentimiento de un progenitor que no posee la custodia para cambiar el lugar de residencia del niño¹⁷⁵. Este último punto también fue resaltado por dos Estados que expresaron su opinión respecto a la cuestión de las órdenes *ne exeat* como derechos de custodia en virtud del Convenio de 1980¹⁷⁶. Este punto fue considerado particularmente importante debido a que dos tercios de los progenitores sustractores eran las personas a cargo del niño, muchos de los cuales no tenían ningún futuro en el país de residencia habitual¹⁷⁷. A la luz de los diferentes enfoques, se han expresado dudas sobre la probabilidad de alcanzar consenso fructífero sobre dicha definición¹⁷⁸.

Las respuestas restantes no consideraron apropiada una definición más profunda de los derechos de custodia¹⁷⁹. Estas respuestas resaltaron que ya se ha provisto una definición en el Convenio de 1980, con sus refuerzos provenientes de la jurisprudencia¹⁸⁰, y que su redacción abierta representa una ventaja significativa para permitir la flexibilidad y su

¹⁷⁰ Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de 2011 (*op. cit.* nota 7), párrs. 17 a 20.

¹⁷¹ Argentina, Armenia, Burkina Faso, Chile, Colombia, El Salvador, México, Mónaco, Montenegro, Panamá, Suiza, Ucrania.

¹⁷² Ucrania.

¹⁷³ México, Panamá.

¹⁷⁴ México.

¹⁷⁵ Colombia.

¹⁷⁶ Argentina, Suiza.

¹⁷⁷ Suiza.

¹⁷⁸ El Salvador, Nueva Zelanda.

¹⁷⁹ Australia, Bahamas, Canadá, China (RAE de Hong Kong), Estados Unidos de América, Israel, Nueva Zelanda, República Dominicana.

¹⁸⁰ China (RAE de Hong Kong), Nueva Zelanda.

funcionamiento en una gran variedad de sistemas legales¹⁸¹. Al disponer que tales derechos deben definirse en virtud de la ley del Estado de residencia habitual, el Convenio refiere explícitamente esta cuestión al derecho interno¹⁸². Por ende, se alentó la comunicación entre las autoridades competentes sobre su legislación y jurisprudencia respectiva en relación con dicho concepto¹⁸³.

También ha sido resaltado que cualquier trabajo sobre la definición de los derechos de custodia impactaría sobre la definición de derechos de acceso, la cual también debería entonces ser analizada¹⁸⁴.

Residencia habitual

Un poco menos de la mitad de las respuestas consideraron necesaria la definición de la residencia habitual¹⁸⁵, incluso en relación con los recién nacidos¹⁸⁶. Un Estado mencionó, en particular, que cabría aclarar la distinción entre la residencia habitual y el período de un año requerido en el artículo 12¹⁸⁷.

Algunos Estados expresaron la opinión de que no serían apropiadas o adecuadas las disposiciones que definan la residencia habitual, y¹⁸⁸, a su vez, resaltaron que sería difícil definir un concepto que depende de los hechos¹⁸⁹ y que ya existe la suficiente jurisprudencia que define el concepto¹⁹⁰. También se observó que, en la práctica, a pesar de que esta cuestión puede ser invocada frecuentemente, no ha sido el factor determinante en la mayoría de los casos¹⁹¹.

Una respuesta¹⁹² indicó que la cuestión garantizaba un debate más profundo para decidir si podría ser analizado de mejor manera en un protocolo o Guía de Buenas Prácticas, etc. Otro Estado¹⁹³ se abstuvo de emitir comentario alguno en esta etapa.

Otros

Un Estado sugirió la necesidad de definir los términos "autenticación", "certificación", "legalización" y "originales"¹⁹⁴. También se sugirió definir los conceptos de "riesgo grave" y "situación intolerable"¹⁹⁵.

(ii) Comisión Especial de 2011 (Parte I)

La Comisión Especial de 2011 (Parte I) analizó en profundidad el concepto de los "derechos de custodia", en particular dentro del contexto del caso *Abbott v. Abbott*¹⁹⁶, una decisión de 2010 de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América¹⁹⁷. La reunión concluyó que:

¹⁸¹ Australia, Chile.

¹⁸² Australia, Bahamas, Estados Unidos de América, Israel. Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de 2011 (*op. cit.* nota 7), párr. 44 el cual afirma que "los términos del Convenio tales como "derechos de custodia" deberían interpretarse en función de la naturaleza autónoma del Convenio y a la luz de sus objetivos".

¹⁸³ Nueva Zelandia.

¹⁸⁴ Australia.

¹⁸⁵ Burkina Faso, Chile, China (RAE de Hong Kong), Colombia, México, Mónaco, Montenegro, Panamá, República Dominicana, Ucrania.

¹⁸⁶ República Dominicana.

¹⁸⁷ Colombia.

¹⁸⁸ Argentina, Australia, Bahamas, Canadá, Estados Unidos de América, Nueva Zelandia.

¹⁸⁹ Australia.

¹⁹⁰ Australia, Bahamas, Canadá, Nueva Zelandia.

¹⁹¹ Nueva Zelandia.

¹⁹² Israel.

¹⁹³ Noruega.

¹⁹⁴ México.

¹⁹⁵ México.

¹⁹⁶ 130 S.Ct. 1983 (2010). Véase, asimismo, el registro deINCADAT para el caso *Abbott v. Abbott*: referencia: HC/E/US 1029.

¹⁹⁷ Véase el Informe de la Parte I de la Comisión Especial, (*op. cit.* nota 36), párrs. 142-156.

"44. La Comisión Especial reafirma que los términos del Convenio tales como "derechos de custodia" deberían interpretarse en función de la naturaleza autónoma del Convenio y a la luz de sus objetivos.

45. Con relación al significado autónomo del término "derechos de custodia" en virtud del Convenio, la Comisión Especial toma nota de la decisión emitida en el marco del caso *Abbott v. Abbott*, 130 S.Ct. 1983 (2010), que sustenta la opinión de que todo derecho de visita combinado con un derecho a determinar la residencia del niño constituye un "derecho de custodia" a los fines del Convenio y reconoce que constituye un aporte significativo hacia el logro de la consistencia a nivel internacional con respecto a su interpretación.

46. La Comisión Especial reconoce la considerable utilidad del Perfil de País y de las comunicaciones judiciales directas para ayudar a determinar la ley del Estado de residencia habitual del niño a fin de establecer si el solicitante en el marco de un proceso de restitución es titular de "derechos de custodia" en los términos del Convenio¹⁹⁸.

10. Reubicación internacional del niño

(i) Respuestas al Cuestionario II

Varias respuestas expresaron el valor de analizar las circunstancias en las cuales un progenitor puede trasladar lícitamente a un niño para que viva en otro país¹⁹⁹ en un posible protocolo, especialmente en pos de prevenir la sustracción internacional de niños²⁰⁰. En particular, se sugirió que cualquier documento que conceda la reubicación debería incluir el destino y la duración de la reubicación²⁰¹.

Sin embargo, más de la mitad de las respuestas²⁰² consideraron las disposiciones del protocolo sobre la reubicación internacional inapropiadas o innecesarias, la mayoría de ellas enfatizaron el rol del derecho interno para determinar la licitud de la reubicación del niño²⁰³. Un Estado agregó que debería aplicarse un enfoque cauteloso para evitar el abuso de la disposición en pos de justificar la sustracción²⁰⁴.

Un Estado estaba indeciso²⁰⁵, mientras que aproximadamente un tercio de las respuestas consideraron dicha cuestión inadecuada para un protocolo correspondiente al Convenio de 1980²⁰⁶. De acuerdo con por lo menos un Estado, dicha cuestión queda excluida del alcance del Convenio de 1980 y debería tratarse en virtud del Convenio de 1996²⁰⁷. Otro Estado consideró que dichas disposiciones no serían necesarias si el concepto de "derechos de custodia" fuese claro²⁰⁸. En su respuesta al Cuestionario I, Suiza también sugirió que los principios adoptados en la Declaración de Washington sobre la Reubicación Internacional de Familias²⁰⁹ sean tratados en un protocolo²¹⁰.

¹⁹⁸ Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de 2011 (*op. cit.* nota 7), párrs. 44-46.

¹⁹⁹ Burkina Faso, China (RAE de Hong Kong), Colombia, El Salvador, Montenegro, Zimbabwe.

²⁰⁰ Chile.

²⁰¹ El Salvador.

²⁰² Argentina, Australia, Canadá, Estados Unidos de América, Israel, México, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, República Dominicana, Suiza, Ucrania.

²⁰³ Argentina, Australia, Canadá, Israel, Noruega, Panamá, Ucrania. De modo similar, Bahamas, a pesar de estar indecisa sobre la pregunta de las normas del protocolo en relación con la reubicación.

²⁰⁴ Chile.

²⁰⁵ Bahamas.

²⁰⁶ Australia, México, Nueva Zelanda, Noruega, República Dominicana, Ucrania.

²⁰⁷ Nueva Zelanda.

²⁰⁸ Suiza.

²⁰⁹ Declaración adoptada por los jueces y expertos que participaron en la Conferencia Internacional Judicial sobre la Reubicación de Familias en Países Fronterizos que se llevó a cabo en Washington, DC del 23 al 25 de marzo de 2010, Anexo A de la "Nota Preliminar sobre reubicación familiar internacional", redactada por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 11 de diciembre de 2011 a la atención de la Comisión Especial de enero de 2012, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Trabajo en curso" y "Sustracción de niños"; también disponible en "Noticias y Acontecimientos" y "2010".

²¹⁰ Véase la respuesta de Suiza a la Pregunta 19.4 del Cuestionario I.

Aproximadamente la mitad de las respuestas consideraron apropiado que un posible protocolo promueva el acuerdo entre progenitores en relación con la reubicación²¹¹. De hecho, el acuerdo entre los progenitores fue apoyado por la Comisión Especial de 2006²¹² y sería más expedito, fácil y adaptado a los Niños que los procesos judiciales u otros mecanismos²¹³. En dicho contexto, la mediación debe cumplir con un importante rol preventivo²¹⁴.

Más de un tercio de las respuestas consideraron inadecuada la promoción de acuerdos entre progenitores en relación con la reubicación para un protocolo²¹⁵. Si bien desean promover las soluciones amigables, algunos Estados consideraron que dicha disposición iría más allá del alcance del Convenio²¹⁶ y que esta es una cuestión de derecho interno²¹⁷. Un Estado consideró que la cuestión sería tratada de mejor manera en virtud del Convenio de 1996²¹⁸. Otro Estado indicó que la promoción de soluciones amigables en los casos de reubicación debería preferentemente ser analizada en la Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación en virtud del Convenio de 1980²¹⁹. Un Estado estaba indeciso y enfatizó el rol del derecho interno²²⁰.

(ii) Comisión Especial de 2011 (Parte I)

La cuestión de la reubicación familiar internacional no fue analizada como un ítem específico de la agenda de la Comisión Especial de 2011 (Parte I) debido a que se encuentra en el proyecto de Agenda propuesto para la Comisión Especial de 2012 (Parte II): para mayor detalle, véanse el Documento Preliminar N° 13 (Capítulo IV, sección D)²²¹ y el Documento Preliminar N° 11²²².

11. Revisión del funcionamiento del Convenio de 1980

(i) Respuestas al Cuestionario II

Aproximadamente la mitad de las respuestas apoyaron la provisión de un fundamento jurídico explícito en un posible protocolo en pos de convocar a la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 para alentar el desarrollo de buenas prácticas en virtud del Convenio y para promover la mejor implementación del Convenio²²³. Un Estado apoyó el refuerzo del mandato y las facultades de la Comisión Especial²²⁴.

Si bien un Estado se mantuvo indeciso sobre la cuestión²²⁵, y otro Estado no se sintió en posición de responder en esta etapa²²⁶, varios de los Estados restantes no consideraron que dicha disposición fuese necesaria²²⁷. Mientras que las reuniones de la Comisión Especial fueron vistas como reuniones muy útiles a fin de promover la cooperación y

²¹¹ Armenia, Australia, Burkina Faso, Chile, China (RAE de Hong Kong), El Salvador, Montenegro, Panamá, Suiza.

²¹² Australia. Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de 2006 (*op. cit.* (nota 72), Recomendación N° 1.7.4.

²¹³ Chile.

²¹⁴ Australia.

²¹⁵ Argentina, Canadá, Estados Unidos de América, Israel, México, Nueva Zelandia, República Dominicana, Ucrania.

²¹⁶ Israel, Nueva Zelandia.

²¹⁷ Argentina, Ucrania.

²¹⁸ Nueva Zelandia.

²¹⁹ Canadá.

²²⁰ Bahamas.

²²¹ *Op. cit.* nota 42.

²²² "Nota Preliminar sobre la Reubicación Familiar Internacional", Doc. Prel. N° 11 de diciembre de 2011 (*op. cit.* nota 209).

²²³ Armenia, Australia, Burkina Faso, Chile, China (RAE de Hong Kong), Colombia, México, Mónaco, República Dominicana, Suiza, Ucrania, Venezuela.

²²⁴ Ucrania, de manera similar, Mónaco.

²²⁵ Bahamas.

²²⁶ Noruega.

²²⁷ Argentina, Canadá, China, Estados Unidos de América, Israel, Nueva Zelandia.

enfoques consistentes²²⁸, el fundamento jurídico existente para convocar Comisiones Especiales en virtud del artículo 8 del Estatuto de la Conferencia de La Haya fue considerado suficiente²²⁹, particularmente en conjunto con la práctica de larga data²³⁰. También se señaló que la provisión de un fundamento jurídico diferente para las reuniones de la Comisión Especial sobre el Convenio de 1980 podría resultar en el cuestionamiento de la legitimación de las recomendaciones de otras Comisiones Especiales²³¹.

Aproximadamente un tercio de las respuestas señalaron que sería útil solicitar la cooperación de los Estados contratantes para recabar estadísticas y jurisprudencia en virtud del Convenio de 1980 y para completar los Perfiles de los Países²³² a través de un protocolo. Entre dichas respuestas, sin embargo, se observó que dicha recolección debería ser requerida de manera razonable sin generar una tarea gravosa para las Autoridades Centrales²³³ y que serán necesarias aclaraciones sobre la manera en la cual se utilizarán y recabarán dichas estadísticas y con qué propósito²³⁴.

Sin embargo, varias respuestas no consideraron que dicha disposición sea necesaria²³⁵, mientras que un Estado estaba indeciso²³⁶ y otros dos indicaron que no deseaban emitir comentarios en esta etapa²³⁷. En particular, la coordinación entre las herramientas nacionales e internacionales para la implementación del Convenio de 1980 necesitaría un análisis profundo²³⁸. No obstante, y a pesar de los recursos limitados que podrían impedir recabar información, dicha práctica fue considerada igual de necesaria y como una práctica que debería ser apoyada²³⁹.

Más de un tercio de las respuestas expresaron la opinión de que la constitución de un órgano competente para revisar el cumplimiento de los Estados parte con las obligaciones del Convenio podría ser útil²⁴⁰, debido a que actualmente no existe una manera para exigir el cumplimiento de un Estado con el Convenio de 1980²⁴¹. En una respuesta, el comité establecido en virtud de la CDNUU fue sugerido como modelo para dicho órgano²⁴². Sin embargo, se destacó que, al considerar la constitución de dicho órgano, debería considerarse cautelosamente el impacto que tendría sobre el presupuesto de la Conferencia y sobre otros Convenios de La Haya²⁴³.

Dos Estados indicaron que su opinión sobre la cuestión dependería de las facultades atribuidas a dicho órgano de revisión²⁴⁴ y de qué sanciones u obligaciones, si las hubiere, resultarían de un incumplimiento²⁴⁵.

Algunos Estados manifestaron que la constitución de dicho órgano no sería apropiada²⁴⁶. Dicha propuesta requeriría un análisis profundo²⁴⁷, ya que haría surgir muchas preguntas, tales como la manera en la cual se realizaría la evaluación, si el órgano

²²⁸ Canadá, Estados Unidos de América, Israel, Nueva Zelandia. Panamá afirmó que sería útil que continúe el trabajo de la Comisión Especial, sin mencionar si consideraba necesario un fundamento jurídico básico explícito.

²²⁹ China, Nueva Zelandia.

²³⁰ Estados Unidos de América.

²³¹ Nueva Zelandia.

²³² Armenia, Australia, Burkina Faso, Chile, China (RAE de Hong Kong), México, Mónaco, Ucrania, Venezuela.

²³³ Australia.

²³⁴ Australia, Suiza.

²³⁵ Argentina, Canadá, Estados Unidos de América, Nueva Zelandia, República Dominicana, Ucrania.

²³⁶ Bahamas.

²³⁷ Israel, Noruega.

²³⁸ Ucrania.

²³⁹ Nueva Zelandia.

²⁴⁰ Argentina, Armenia, Burkina Faso, Chile, China (RAE de Hong Kong), Israel, Mónaco, República Dominicana, Suiza, Zimbabwe.

²⁴¹ Chile, Suiza.

²⁴² Suiza.

²⁴³ China.

²⁴⁴ Ucrania.

²⁴⁵ Australia.

²⁴⁶ Bahamas, Canadá, Estados Unidos de América, Nueva Zelandia.

²⁴⁷ China, México.

tendría facultades de ejecución, y cuál sería el efecto de una revisión negativa²⁴⁸. También se argumentó que el nivel de incumplimiento con el Convenio de 1980 no era de una magnitud tal que requiriese la constitución de un órgano de revisión²⁴⁹. De acuerdo con algunos Estados, la cooperación y comunicación entre las Autoridades Centrales debería, por el contrario, apoyarse como las actividades actuales de la Conferencia de La Haya (e.g., la red judicial, las reuniones nacionales e internacionales)²⁵⁰.

(ii) Comisión Especial de 2011 (Parte I)

La cuestión de las estadísticas fue debatida en detalle durante la Comisión Especial de 2011 (Parte I)²⁵¹. En este sentido, la reunión concluyó animando a las Autoridades Centrales "a mantener estadísticas precisas sobre los asuntos tratados en aplicación del Convenio, y hacerlas saber a la Oficina Permanente de forma anual, de conformidad con los formularios estándar establecidos por la Oficina Permanente de acuerdo con las Autoridades"²⁵².

El ítem de 'revisión del funcionamiento práctico del Convenio de 1980' se encuentra en el proyecto de Agenda propuesto para la Comisión Especial de 2012 (Parte II) siempre que constituya una parte importante del debate que se llevará a cabo en relación con los servicios provistos por la Conferencia de La Haya relativos al Convenio de 1980. Para más detalles, referirse al Documento Preliminar N° 12²⁵³.

12. Otros

Otras cuestiones que deberían considerarse para su inclusión en un protocolo que contenga reglas auxiliares para mejorar el funcionamiento del Convenio de 1980

(i) Respuestas al Cuestionario II

Costos de los procesos y financiación de la restitución

La cuestión de reducción del costo de procesos de restitución y acceso en virtud del Convenio de 1980 fue sugerida como una cuestión a ser debatida en un posible protocolo²⁵⁴. En particular, se observó que en algunos Estados que habían formulado una reserva al artículo 26, el alto costo de los procesos jurídicos hacía casi imposible para el solicitante entablar o perseguir un proceso de restitución²⁵⁵.

Más específicamente, se ha sugerido que existe la necesidad de incluir normas para cubrir la situación en la cual los solicitantes sean pobres o carezcan de recursos económicos para financiar la restitución del niño / de los niños²⁵⁶.

Cuestiones de inmigración

Un Estado sugirió que un protocolo debería contener disposiciones que faciliten el otorgamiento de documentos de viaje para niños y progenitores para la propia

²⁴⁸ Australia (indeterminado), Bahamas, Ucrania (indeterminado).

²⁴⁹ Nueva Zelandia.

²⁵⁰ Estados Unidos de América, Nueva Zelandia.

²⁵¹ Véase el Informe de la Parte I de la Comisión Especial, (*op. cit.* nota 36), párrs. 33 y ss.

²⁵² Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de 2011 (*op. cit.* nota 7), párr. 22 (donde se reafirma la Recomendación N° 1.14 de la Comisión Especial de 2001 y la Recomendación N° 1.1.16 de la Comisión Especial de 2006).

²⁵³ "Informe sobre Servicios y Estrategias previstas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en relación con el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, que incluye el desarrollo de programas regionales y el Proceso de Malta", Doc. Prel. N° 12 de diciembre de 2011 a la atención de la Comisión Especial de enero de 2012, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Trabajo en curso" y "Sustracción de niños".

²⁵⁴ Colombia, Suiza.

²⁵⁵ Suiza.

²⁵⁶ Australia.

restitución, así como durante los procesos de restitución y para el ejercicio de los derechos de acceso²⁵⁷.

Otro Estado consideró que era conveniente contar con disposiciones relacionadas a la reubicación del niño en el caso de la deportación de un progenitor si se considera que no existe la intención real de abandonar el lugar de residencia habitual²⁵⁸.

Carga de la prueba

Un Estado sugirió que un protocolo debería contener disposiciones que hagan recaer la carga de probar que existen posibles excepciones a la restitución sobre el progenitor sustractor²⁵⁹.

Rol de las Autoridades Centrales requirentes antes de enviar solicitudes

Un Estado sugirió que las disposiciones sean concebidas en aras de que las Autoridades Centrales requirentes verifiquen que las solicitudes contienen todos los fundamentos jurídicos y fácticos previos a la transmisión, en aras de que la Autoridad Central requerida esté en posición de actuar de manera rápida²⁶⁰.

(ii) Comisión Especial de 2011 (Parte I)

La Comisión Especial de 2011 (Parte I) debatió en profundidad la cuestión de los costos de los procesos de restitución y acceso dentro del contexto del debate relativo al "acceso a la justicia"²⁶¹.

La reunión arribó a una Conclusión y Recomendación que destacó "la importancia de garantizar el acceso efectivo a la justicia de ambas partes en los procesos de visita/acceso y restitución, al igual que del niño, cuando corresponda. Al hacerlo, reconoce que los medios para garantizar dicho acceso efectivo pueden variar de un Estado a otro, en particular en el caso de los Estados que han formulado reserva al artículo 26 del Convenio"²⁶². Asimismo, la reunión enfatizó "la dificultad de obtener asistencia judicial en primera instancia o en instancia de apelación o de encontrar abogados experimentados para las partes puede redundar en demoras y producir efectos adversos tanto para el niño como para las partes. Se reconoce el importante rol de la Autoridad Central a fin de ayudar al solicitante a obtener asistencia judicial rápidamente o a encontrar un representante legal experimentado"²⁶³. Por último, la reunión reconoció "la importancia de garantizar el acceso efectivo a la justicia de ambas partes, al igual que del niño, cuando corresponda, en el marco del proceso de custodia posterior a la restitución del niño [...]"²⁶⁴.

A su vez, las cuestiones inmigratorias también fueron debatidas durante la Comisión Especial de 2011 (Parte I)²⁶⁵. La reunión concluyó que:

"30. A los efectos de evitar que ciertas cuestiones relativas a la inmigración obstruyan la restitución del niño, y de ser posible, las Autoridades Centrales y otras autoridades competentes deberían aclarar la nacionalidad del niño y determinar tan pronto como sea posible durante el procedimiento de restitución, si el niño cuenta con los documentos necesarios para viajar. Al emitir la orden de visita/contacto, los jueces deberían tener en cuenta que podrían existir cuestiones

²⁵⁷ Suiza.

²⁵⁸ México.

²⁵⁹ México.

²⁶⁰ México.

²⁶¹ Véase el Informe de la Parte I de la Comisión Especial, (*op. cit.* nota 36), párrs. 131 y ss.

²⁶² Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de 2011 (*op. cit.* nota 7), párr. 32.

²⁶³ *Ibid.*, párr. 33.

²⁶⁴ *Ibid.*, párr. 34.

²⁶⁵ Véase el Informe de la Parte I de la Comisión Especial, (*op. cit.* nota 36), párrs. 58 y ss.

inmigratorias que deban resolverse antes de que pueda tener lugar el contacto del modo en que se ha ordenado.

31. Toda vez que haya algún indicio de dificultades migratorias que pudieran afectar la capacidad de un niño o progenitor sustractor (no ciudadano) para regresar al Estado requirente, o para que una persona pueda ejercer sus derechos de visita/contacto, la Autoridad Central debería responder las solicitudes de información de inmediato, a fin de asistir a la persona en la obtención inmediata de las autorizaciones o los permisos (visas) necesarios de parte de las autoridades pertinentes de su jurisdicción. Los Estados deberían actuar con tanta celeridad como sea posible al momento de emitir los permisos o visas a tal efecto y deberían recalcar a sus autoridades nacionales de inmigración el rol esencial que tienen en el cumplimiento de los objetivos del Convenio de 1980²⁶⁶.

Por último, en relación con el rol de la Autoridad Central requirente en cuanto al envío de solicitudes, la reunión afirmó que:

"Se recomienda que la Autoridad Central requirente se asegure de que la solicitud esté completa. Además de los documentos respaldatorios esenciales, se recomienda que la solicitud se encuentre acompañada de toda información complementaria que pudiera facilitar la evaluación y la resolución del caso"²⁶⁷.

B. La cuestión general sobre si se debe iniciar el proceso formal de desarrollo de un protocolo al Convenio de 1980

La Unión Europea se reservó su posición al respecto. Dentro de las respuestas que expresaron opiniones, la mayoría se manifestó a favor de embarcarse en el proceso formal de desarrollo de un protocolo al Convenio de 1980²⁶⁸.

Las respuestas indecisas²⁶⁹ mencionaron una cantidad de cuestiones que deberían considerarse al tomar dicha decisión. En primer lugar, se destacó que ciertas insuficiencias del Convenio de 1980 fueron remediadas por el Convenio de 1996²⁷⁰. Sin embargo, no existe aún suficiente experiencia sobre el Convenio de 1996 para evaluar su funcionamiento práctico y su interacción con el Convenio de 1980 para decidir si deben establecerse normas adicionales en un protocolo²⁷¹.

Asimismo, y de acuerdo con esta opinión, debería considerarse cuidadosamente si los objetivos de un posible protocolo podrían alcanzarse de igual manera mediante el uso de medios del "soft law", tales como las recomendaciones de la Comisión Especial y la asistencia de la Oficina Permanente. En consecuencia, debería evaluarse el impacto práctico de dicho "soft law" al analizar cualquier norma adicional²⁷².

Se manifestó preocupación acerca de que las negociaciones futuras a efectos de un protocolo al Convenio de 1980 no pueden alterar considerablemente la interpretación de artículos clave del Convenio existentes, ya que eso conllevaría el riesgo de menoscabar el consenso cuidadosamente equilibrado entre los Estados contratantes en materia de sustracción parental de niños que también constituye la base de algunos instrumentos regionales²⁷³.

²⁶⁶ Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de 2011 (*op. cit.* nota 7), párrs. 30 a 31.

²⁶⁷ *Ibid.*, párr. 12.

²⁶⁸ Argentina, Armenia, Australia, Burkina Faso, Chile, China (RAE de Hong Kong), Colombia, México, Mónaco, Montenegro, República Dominicana, Suiza, Ucrania, Venezuela, Zimbabwe.

²⁶⁹ Bahamas, Israel, Unión Europea.

²⁷⁰ Unión Europea.

²⁷¹ Unión Europea.

²⁷² Unión Europea.

²⁷³ Unión Europea.

Cuatro Estados²⁷⁴ manifestaron una fuerte oposición a iniciar dicho ejercicio y se hicieron reservas sobre la necesidad y beneficios de desarrollar un protocolo y la probabilidad de alcanzar dicho objetivo de manera exitosa. Se sugirió que la mayoría de las dificultades experimentadas en el funcionamiento del Convenio de 1980 están vinculadas con el hecho de que no se cumplen las disposiciones ya existentes, tales como las disposiciones sobre procesos expeditos²⁷⁵. En aras de promover el entendimiento mutuo de los objetivos y disposiciones del Convenio, se consideró que debía priorizarse el apoyo a la capacitación de las Autoridades Centrales y jueces, como así también a la redacción de la legislación de implementación por sobre el desarrollo de un protocolo al Convenio²⁷⁶, y que la utilización de las Guías de Buenas Prácticas debería promoverse más activamente²⁷⁷. Otra preocupación principal fue que, según la opinión de las respuestas indecisas, algunas cuestiones sugeridas en el Cuestionario II ya habían sido tratadas por el Convenio de 1996²⁷⁸. Pon ende, se consideró que debería buscarse el apoyo de la ratificación del Convenio de 1996 y debería reforzarse la promoción de la concientización internacional²⁷⁹. Si bien se considera importante, la reubicación familiar internacional fue una cuestión interpretada como perteneciente al alcance del Convenio de 1996²⁸⁰.

Además, algunos Estados que se opusieron a la idea de desarrollar un protocolo consideraron que dichas negociaciones pueden tener un posible efecto negativo ya que los nuevos potenciales Estados contratantes podrían desear esperar a la finalización de las negociaciones antes de adherir al Convenio de 1980²⁸¹. Estos Estados advirtieron que un protocolo también podría resultar en la inconsistencia de la solicitud del Convenio de 1980 en el caso de que sólo una parte de los Estados contratantes del Convenio adhiriesen al protocolo²⁸², especialmente si el protocolo fuese a tratar conceptos sustantivos, tales como la "residencia habitual" y los "derechos de custodia"²⁸³.

Determinados temas específicos – procedimientos de mediación, procedimientos expeditos y ejecución de órdenes de restitución – fueron considerados cuestiones de derecho interno y se expresó su respaldo respecto de la necesidad de alentar a los Estados a revisar su derecho interno y sus medidas de ejecución a fin de alcanzar el propósito y los objetivos del Convenio²⁸⁴. Sin embargo, se apoyó el trabajo actual de la Oficina Permanente en aras de brindar más orientación en materia de mediación y comunicaciones judiciales²⁸⁵.

Se expresó preocupación por la circunstancia de que el posible trabajo respecto de ciertas áreas mencionadas en el Cuestionario II consistiera en armonizar el derecho sustantivo, lo que se aparta del enfoque general de la Conferencia de La Haya de trabajar en aras de la armonización del derecho internacional privado²⁸⁶.

En lo que respecta al nivel de prioridad²⁸⁷ que debería darse a este ejercicio, casi la mitad de las respuestas opinaron que debería darse prioridad a dicho ejercicio²⁸⁸ si bien una respuesta le adjudicó una prioridad baja²⁸⁹. Asimismo, algunas respuestas observaron, sin embargo, que, tal como lo establece el Consejo de Asuntos Generales y

²⁷⁴ Canadá, Estados Unidos de América, Noruega, Nueva Zelandia.

²⁷⁵ Noruega, Israel (indeterminado).

²⁷⁶ Noruega, Israel (indeterminado).

²⁷⁷ Canadá.

²⁷⁸ Canadá, Israel (indeterminado), Nueva Zelandia.

²⁷⁹ Nueva Zelandia.

²⁸⁰ Nueva Zelandia.

²⁸¹ Estados Unidos de América.

²⁸² Canadá, Estados Unidos de América. De manera similar, Israel (indeterminado).

²⁸³ Canadá.

²⁸⁴ Nueva Zelandia.

²⁸⁵ Canadá, Nueva Zelandia.

²⁸⁶ Nueva Zelandia.

²⁸⁷ Véase la pregunta 2 de la Parte II del Cuestionario.

²⁸⁸ Argentina, Australia, Chile, China (RAE de Hong Kong), Colombia, México, Montenegro, República Dominicana, Suiza, Venezuela, Zimbabwe.

²⁸⁹ Mónaco, Nueva Zelandia.

Política de la Conferencia en 2009 y 2010²⁹⁰, la decisión de que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado inicie el proceso formal de desarrollo de un protocolo al Convenio de 1980 sólo puede ser tomada, en última instancia, por el Consejo²⁹¹.

²⁹⁰ Véanse las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (31 de marzo – 2 de abril de 2009), en p. 2; y las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (7–9 de abril de 2010), en p. 2; disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, "Trabajo en curso" y "Asuntos Generales".

²⁹¹ Ucrania y la Unión Europea.