

2007

**Informe sobre buenas prácticas en el
derecho de visita en el marco del Convenio
de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre
los aspectos civiles de la sustracción
internacional de menores**



Informe sobre buenas prácticas en el derecho de visita en el marco del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

un informe de

Nigel Lowe

CATEDRÁTICO DE DERECHO

Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cardiff Gales (Reino Unido)

Katarina Horosova

ANTIGUA AYUDANTE DE INVESTIGACIÓN

Centro de Estudios de Derecho Internacional de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cardiff Gales (Reino Unido)

2007

Copyright 2007 © National Center for Missing & Exploited Children. Reservados todos los derechos.
National Center for Missing & Exploited Children® es una marca de servicio registrada del Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados.

Este proyecto se ha realizado con el apoyo de la subvención N.º 2007-MC-CX-K001 otorgada por la Oficina de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia, Oficina de Programas de Justicia, Departamento de Justicia de los EE. UU. Los puntos de vista u opiniones que aparecen en este documento son los de los autores y no representan necesariamente la postura oficial o las políticas del Departamento de Justicia de los EE. UU.

La legislación a la que se hace referencia en este documento es la vigente a 30 de noviembre de 2006.

Agradecimientos

Nuestro especial agradecimiento al Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados por su ayuda y su generoso apoyo financiero. Asimismo, nos gustaría expresar nuestro agradecimiento a los antiguos miembros del Equipo de Investigación de Cardiff, en especial a **Samantha Patterson**, actualmente asesora jurídica superior en la Oficina del Fiscal General (Australia), y a **Emily Atkinson**, actualmente abogada en prácticas en el gabinete Burges Salmon (Reino Unido), así como a las siguientes personas:

Julia Alanen, antigua directora de la División Internacional de Menores Desaparecidos del Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados (EE. UU.)

Sarah Armstrong, antigua asesora jurídica de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (Países Bajos)

Leila Ben Debba, directora de la división europea del Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados (EE. UU.)

Denise Carter, directora del Centro de Sustracción Internacional de Menores Reunite (Reino Unido)

Nancy Dube, vicepresidenta y directora general del Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados (EE. UU.)

Anatol Dutta, Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Privado (Alemania)

Catherine Meyer, fundadora de PACT (Padres y niños sustraídos unidos, por sus siglas en inglés) (Reino Unido)

Christina Portz, coordinadora de programas del Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados (EE. UU.)

Susan Rohol, directora de la División Internacional de Menores Desaparecidos del Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados (EE. UU.)

Geeske Ruitenberg, Centro de Estudios sobre los Niños de la Facultad de Derecho de la Universidad Vrije de Ámsterdam (Países Bajos)

Jessica Sarra, directora administrativa del Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados (EE. UU.)

Jens Scherpe, Trinity College (Reino Unido).

Resumen ejecutivo

I. Introducción

Esta investigación sobre buenas prácticas en la gestión de las solicitudes de derecho de visita en virtud 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 La Haya de 1980”) ha sido financiada por el Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados de los Estados Unidos. Este informe se basa en investigaciones previas sobre los procedimientos y los sistemas de 13 de los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980 —Alemania, Australia, Canadá, España, los Estados Unidos de América, Francia, Irlanda, Israel, Italia, México, Nueva Zelanda, los Países Bajos y el Reino Unido—, así como en otros informes centrados específicamente en la aplicación del Convenio en los siguientes 8 Estados contratantes: Alemania, Australia, Eslovaquia, Francia, Inglaterra y Gales, los Países Bajos, Rumania, y Suecia. También se han tenido en cuenta el informe sobre el Derecho de visita/Derecho a mantener un contacto transfronterizo y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante el “Informe Duncan”)¹, así como las respuestas de determinados Estados contratantes al cuestionario sobre la ejecución de las órdenes de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 y de las órdenes de derecho de visita/derecho a mantener contacto, distribuido por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante la “Oficina Permanente”). El objetivo de este informe es proponer reformas que mejoren la gestión de las solicitudes de derecho de visita en los Estados contratantes.

II. Principios Generales

1. **Comunicación:** es necesaria una comunicación clara y eficaz entre las Autoridades Centrales,² especialmente en casos concretos.
2. **Cooperación:** de acuerdo con el requisito de cooperación establecido en el Artículo 7, las Autoridades Centrales deben ponerse en contacto para intercambiar ideas sobre buenas prácticas.
3. **Transparencia:** los Estados contratantes deben proporcionar información sobre sus procedimientos jurídicos y administrativos, que debe estar fácilmente accesible tanto para las Autoridades Centrales como para las partes en los procesos judiciales.
4. **Rapidez (agilidad en los procedimientos):** dado que la falta de contacto prolongada puede llevar a la pérdida de afecto del menor hacia el progenitor que no tiene la custodia, existe una necesidad urgente de resolver de forma rápida los litigios sobre el derecho de visita.

III. Obligaciones de las Autoridades Centrales

El Artículo 7 (f) debería revisarse para dejar claro que las Autoridades Centrales deberían estar obligadas, cuando proceda, a iniciar procedimientos legales ante una autoridad jurídica o administrativa, por sí mismas o a través de un intermediario autorizado, para proteger el derecho de visita.

IV. Artículo 21

En la medida de lo posible, el Artículo 21 debería modificarse para dejar claro lo siguiente:

1. La obligación de garantizar el derecho de visita corresponde tanto a los tribunales como a las Autoridades Centrales.
2. Debería entenderse que “derecho de custodia” incluye “derecho de visita”.
3. Los solicitantes con derecho de visita indefinido deberían poder utilizar el Artículo 21 para obtener y garantizar un derecho de visita definido.

¹ Informe Final, Documento Preliminar n.º 5 de julio de 2002 para la Comisión Especial de septiembre/octubre de 2002. Este informe fue presentado a la Comisión Especial de la Conferencia de La Haya sobre el Derecho Internacional Privado celebrada en septiembre/octubre del 2002 en el que el autor analizó la situación del derecho de visita en virtud del Convenio de La Haya de 1980 en los Estados Contratantes.

² Guía para la Buenas Prácticas con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, Parte I – Práctica de la Autoridad Central, p. 11 (en lo sucesivo ‘Guía de la Autoridad Central para Buenas Prácticas’).

En todos los casos en que se tramite una solicitud de derecho de visita de acuerdo con la legislación nacional, se recomienda lo siguiente:

- Donde exista una jurisdicción concentrada para conocer casos relacionados con el Convenio de La Haya de 1980, las solicitudes de derecho de visita también deberían ser gestionadas por dichos tribunales.
- En caso de que no exista jurisdicción concentrada en el Estado contratante, las solicitudes de derecho de visita deberían ser tramitadas por un tribunal familiarizado con el Convenio de La Haya de 1980, que estará más capacitado para tratar casos de derecho de familia con elemento extranjero.
- Las solicitudes de derecho de visita deberían tratarse con toda prontitud y tener prioridad sobre los casos nacionales.

En los casos en que se trata el derecho de visita como una solicitud en virtud del Convenio de La Haya de 1980:

- El solicitante debería recibir una amplia asistencia jurídica.
- Se deberían reducir al mínimo las audiencias judiciales, ya que los procesos con elemento extranjero dan lugar a unos gastos considerables, especialmente para el demandado, que puede tener que viajar largas distancias para asistir a las sesiones.
- La solicitud de derecho de visita debería tramitarse con prontitud, es decir, entre tres y seis meses.

V. Tramitación inicial de las solicitudes

- Las solicitudes deberían procesarse con la mayor rapidez.
- Las Autoridades Centrales deberían responder con prontitud a todas las comunicaciones y acusar recibo de las solicitudes con rapidez.
- Las Autoridades Centrales deberían utilizar modelos de formularios que les permitan tramitar más rápidamente las solicitudes.³
- Cuando proceda, deberían proporcionarse ejemplares de la legislación nacional sobre derecho de visita del Estado contratante requirente. Cuando proceda, dicha legislación debería traducirse al idioma del Estado contratante requerido.
- Deberían fomentarse las soluciones de mutuo acuerdo a los litigios sobre el derecho de visita, mediante mecanismos como la mediación. Las negociaciones deberían tener una duración limitada (un mes) para impedir al demandado prolongar el proceso.

VI. Tramitación judicial de las solicitudes

- Los Estados contratantes deberían utilizar los procedimientos judiciales más ágiles posibles.
- Las Autoridades Centrales deberían contar con un sistema de seguimiento para supervisar la rapidez y el resultado de cada caso.
- Los casos de derecho de visita en virtud del Convenio de La Haya de 1980 deberían ser tramitados por un número reducido de profesionales jurídicos con la formación adecuada, de forma que se pueda ir desarrollando un alto nivel de experiencia. Las Autoridades Centrales deberían establecer una lista de dichos profesionales.
- Los jueces deberían dirigir firmemente la evolución de los procesos sobre derecho de visita, tanto en los juicios como en apelación.
- Cuando se estime necesario (p. ej., cuando exista una distancia geográfica importante entre el Estado requirente y el requerido y/o cuando las partes dispongan de recursos económicos limitados), también se debería considerar la posibilidad de establecer contacto por teléfono o por correo electrónico.

³ Ibid en 19.

- Cuando esté en juego la seguridad del menor, el tribunal debería tener potestad para dictar medidas preventivas, tales como la visita supervisada o la exigencia de entregar el pasaporte del menor y del demandado.
- Cuando no esté en peligro la seguridad del menor y se considere viable, el tribunal debería tener potestad para permitir que el contacto se produzca en el extranjero.
- Siempre que sea posible, la representación y el asesoramiento jurídico deberían ser gratuitos para el solicitante y, en cualquier caso, no se deberían aplicar costas judiciales.
- Cuando no exista un sistema de asistencia jurídica, el Estado contratante debería establecer una red de abogados dispuestos a ofrecer asesoramiento y representación a los solicitantes y a los demandados de forma gratuita o con unos honorarios reducidos.
- Los juzgados y tribunales, tanto en la fase de juicio como en la de apelación o, en su caso, en la de ejecución, deberían establecer y cumplir unos horarios que garanticen una rápida resolución de las solicitudes de derecho de visita.
- Los distintos sistemas nacionales deberían evitar la utilización de los recursos de apelación para retrasar la ejecución de las órdenes de derecho de visita.
- Los Estados contratantes deberían contar con un mecanismo eficaz para una rápida ejecución de las órdenes de derecho de visita.
- En la medida de lo posible, se debería evitar el uso de la fuerza contra el menor para ejecutar una orden de derecho de visita. En su lugar, se debería recurrir en primer lugar a otras técnicas más sensibles, tales como la asistencia psicológica al menor antes de poner en práctica el derecho de visita.
- Debería existir un servicio de asistencia psicológica a disposición del menor y del demandado para superar, en la medida de lo posible, los litigios sobre el derecho de visita.
- Los tribunales deberían tener potestad, especialmente cuando se trate de menores de más edad, para solicitar un informe de un psicólogo infantil, de forma que el juez pueda evaluar adecuadamente los deseos y los sentimientos del menor.

1. El significado del derecho de visita

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 garantiza el derecho del menor a mantener el contacto con ambos progenitores. El Artículo 9 (3) establece lo siguiente:

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

El derecho del niño separado de uno de los progenitores a mantenerse en contacto con él o ella tiene su equivalente en el derecho de visita que adquiere el progenitor desposeído de la custodia. El Convenio de La Haya de 1980 define el “derecho de visita” como “el derecho de llevar al menor, durante un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual”.⁴ El derecho de visita incluye el derecho del progenitor que no tiene la custodia a mantener la comunicación con el menor, independientemente de la voluntad del otro progenitor. Esta comunicación suele consistir en un contacto físico con el menor, ya sea en el Estado contratante requirente o en el requerido. La frecuencia y la duración del encuentro varían según se convenga en cada caso (de forma semanal o mensual, durante las vacaciones, etc.). Sin embargo, la comunicación no se limita al contacto físico, sino que puede adoptar distintas formas (p. ej., contacto telefónico, mediante video-telefono, correo electrónico o mensajes de texto).

⁴ Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, Artículo 5.

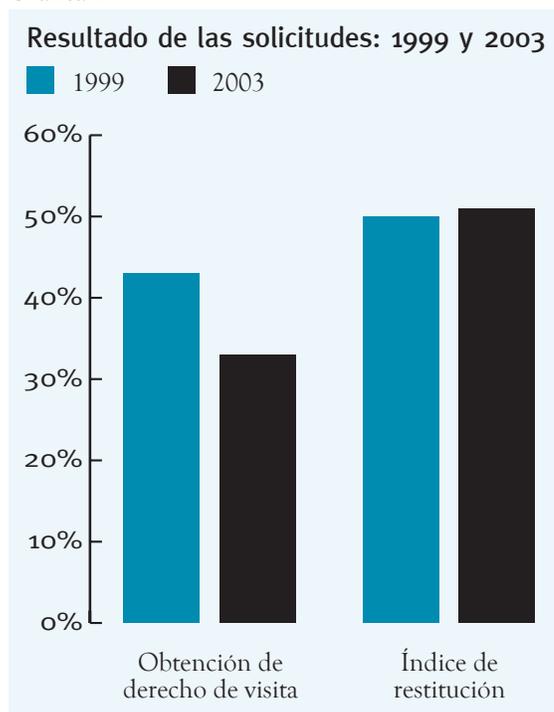
2. Antecedentes

Debido al lenguaje impreciso del Convenio de La Haya de 1980, existen amplias divergencias inaceptables en las prácticas desarrolladas en los distintos Estados contratantes en lo que se refiere al derecho de visita. El Informe Duncan⁵ divide los problemas derivados del Convenio de La Haya de 1980 en las siguientes grandes áreas:

1. La ausencia de normas uniformes para determinar la jurisdicción de las autoridades a la hora de emitir o modificar órdenes de derecho de visita, así como la ausencia de las disposiciones adecuadas para el reconocimiento y la ejecución de las órdenes de derecho de visita extranjeras.
2. La ausencia de acuerdo entre los Estados contratantes sobre la naturaleza y el nivel de apoyo que debe proporcionarse a las personas que intentan proteger su derecho de visita en un país extranjero. Este apoyo incluye, entre otros, la información y el asesoramiento jurídico, la asistencia para acceder al sistema jurídico, los medios para propiciar las soluciones acordadas y el apoyo físico o financiero, que en ocasiones son necesarios para permitir la visita acordada o dictaminada.
3. La aplicación, en algunos Estados contratantes, de procedimientos, tanto en la fase previa al juicio como en la fase de ejecución, que no tienen suficientemente en cuenta las características y necesidades especiales de los casos internacionales y que provocan retrasos y gastos innecesarios.
4. Un nivel de cooperación internacional inadecuado, tanto en el aspecto administrativo como en el aspecto judicial.

Dada la imprecisión del derecho sustantivo, resulta razonable plantearse el funcionamiento en la práctica del Convenio de La Haya de 1980.

Gráfica 1



2.1. Proporción de solicitudes de derecho de visita

Los estudios estadísticos⁶⁷ llevados a cabo en 1999 y 2003 por el Centro de Estudios de Derecho Internacional de Familia de la Facultad de Derecho de Cardiff en colaboración con la Oficina Permanente muestran que solo una pequeña proporción de las solicitudes presentadas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 se refieren al derecho de visita. En efecto, la proporción entre solicitudes de derecho de visita y solicitudes de restitución era del 17% al 83% en 1999, mientras que en 2003 era aún menor, del 16% al 84%. Se calcula que en 1999 se presentaron como máximo 220 solicitudes de derecho de visita en todo el mundo en virtud del Convenio de La Haya⁸ de 1980, mientras que en 2003 se calcula que fueron unas 250 solicitudes. Ante estas cifras, podemos considerar que “la protección del derecho de visita es el objetivo secundario del Convenio de La Haya de 1980”. No obstante, también debemos tener en cuenta que algunas solicitudes de restitución pretenden en realidad conseguir el derecho de visita. De hecho, según el estudio estadístico de 2003, el 3% de las solicitudes de restitución tuvieron como resultado la consecución del derecho de visita por mutuo acuerdo o por decisión judicial.

2.2. Resultado de las solicitudes de derecho de visita

Como muestra la gráfica 1, en 1999, el 43% de las solicitudes de derecho de visita condujeron a la obtención del derecho de visita tras un acuerdo voluntario o una orden judicial. Podemos compa-

5 Op. cit., n.º 1.

6 Viz. Lowe, Armstrong y Mathias, “Análisis estadístico de las solicitudes realizadas en 1999 con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores”, Documento Preliminar n.º 3 (Versión revisada, noviembre de 2001), disponible en www.hcch.net.

7 Viz. Lowe, Atkinson, Horosova y Patterson, “Análisis estadístico de las solicitudes realizadas en el 2003 con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores”, Documento Preliminar n.º 3 (2006), disponible en www.hcch.net.

8 Lowe, “Regulación del derecho de visita internacional a menores”, en *Perspektiven des Familienrechts – Festschrift für Dieter Swab* (eds Hofer, Klippel y Walter, Gieseking 2005) 1153 a 1163.

rar esta cifra con el 50% de solicitudes de restitución que tuvieron como resultado una restitución voluntaria o judicial. Si bien estos datos parecen indicar un funcionamiento relativamente bueno del derecho de visita, los resultados del estudio de 2003 son más desalentadores: solo el 33% de los solicitantes obtuvieron el derecho de visita, tanto de forma voluntaria como por orden judicial, frente al 51% de solicitudes de restitución que dieron lugar a una restitución voluntaria o por vía judicial. En otras palabras, los resultados generales de las solicitudes de derecho de visita están empeorando.

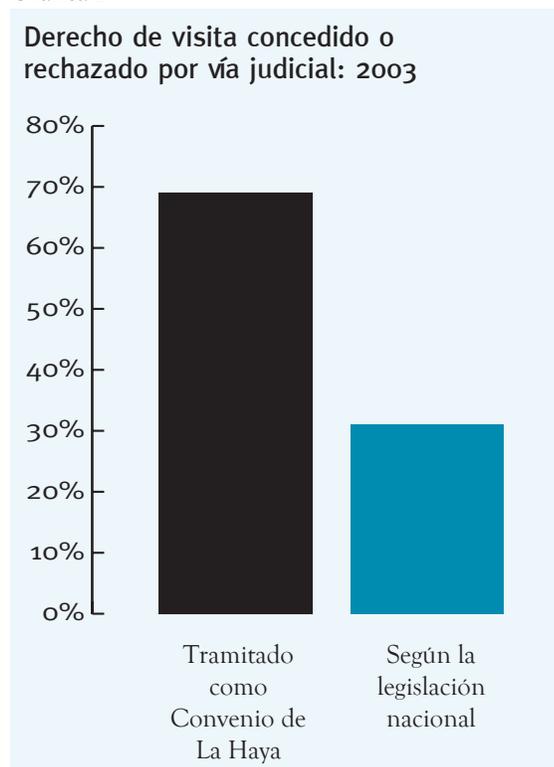
Un dato paradójicamente interesante del estudio de 1999 fue que el 74% de las solicitudes resueltas por vía judicial obtuvieron el derecho de visita, lo que supone la misma proporción que para las solicitudes de restitución. Según el estudio de 2003, se concedió el derecho de visita al 87% de las solicitudes decididas por los tribunales (si bien no se puede determinar si existieron problemas de ejecución).

Como muestra la gráfica 2, de las 55 órdenes judiciales⁹ definitivas registradas en el estudio de 2003, 38 (69%) se decidieron en virtud del Convenio de La Haya de 1980 y 17 (31%) se resolvieron de acuerdo con la legislación nacional correspondiente, lo cual refleja las distintas interpretaciones del Artículo 21, como se verá más adelante.

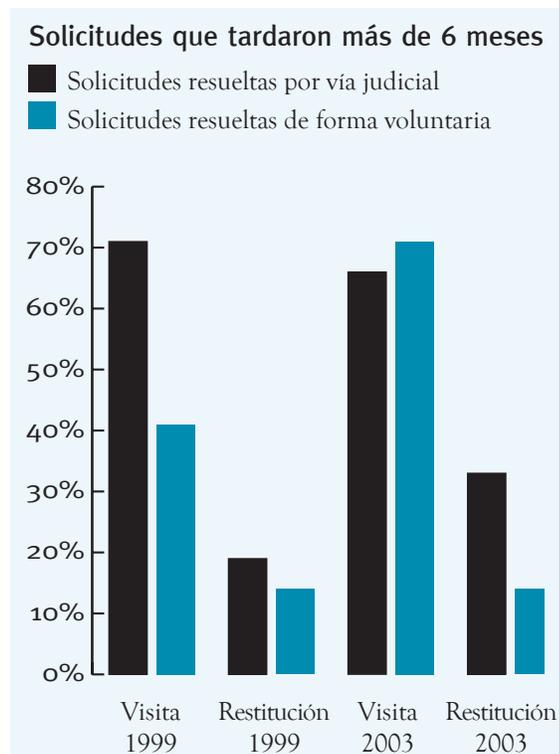
2.3. Rapidez de las solicitudes de derecho de visita

Como se puede ver en la gráfica 3, el estudio de 1999 demostró claramente que las solicitudes de derecho de visita tardan bastante más tiempo en resolverse que las solicitudes de restitución. Así, el 71% de las solicitudes de derecho de visita decididas por vía judicial tardaron más de 6 meses en resolverse,¹⁰ frente al 19% de las solicitudes de restitución. De la misma forma, el 41% de las solicitudes de derecho de visita resueltas de forma voluntaria tardaron más de 6 meses, frente al 14% de las solicitudes de restitución. El estudio de 2003 puso de manifiesto una vez más la relativa lentitud de las solicitudes de derecho de visita: el 66% de las solicitudes resueltas por vía judicial y el 71% de las resueltas de forma voluntaria tardaron más de 6 meses en resolverse, frente al 33% y al 14%, respectivamente, de las solicitudes de restitución. Asimismo, existen algunos indicios de que las solicitudes de derecho de visita tardan más en resolverse por la legislación nacional que en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Por ejemplo, en Austria, las solicitudes de derecho de visita tramitadas según la legislación nacional en 2003 tardaron una media de 102 días, mientras que las solicitudes decididas según el Convenio de La Haya de 1980 se resolvieron en una media de 91 días.¹¹

Gráfica 2



Gráfica 3



9 En cinco casos posteriores, se concedió el derecho de visita durante la vista del juicio.

10 En la fecha límite todavía quedaba pendiente un 13% de las solicitudes de derecho de visita frente al 9% de las solicitudes de restitución.

11 No obstante, este resultado no es cierto en lo que se refiere a Suiza, donde una solicitud de derecho de visita que se acordó con arreglo a la legislación nacional, tardó 6 días en ser resuelta mientras que las solicitudes de derecho de visita estipuladas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 tardaron una media de 239 días.

2.4. Conclusiones

- Solo una pequeña minoría de las solicitudes (16%) son para el derecho de visita.
- Cada año se presentan como máximo unas 250 solicitudes de derecho de visita en todo el mundo en virtud del Convenio de La Haya de 1980.
- De ellas, menos de 100 solicitudes llegan a los tribunales.
- De estas, unos dos tercios se tramitan en virtud del Convenio de La Haya de 1980 y un tercio se resuelven según la legislación nacional correspondiente.
- Las solicitudes de derecho de visita tardan más en resolverse que las solicitudes de restitución. Generalmente, algo más de la mitad de ellas tardan más de 6 meses en resolverse, ya sea de forma voluntaria o por vía judicial.

3. Principios Generales

Los principios básicos de actuación en el contexto del derecho de visita son la comunicación, la cooperación, la transparencia y la rapidez.

3.1. Comunicación

Una buena comunicación puede mejorar la cooperación. Por lo tanto, es necesaria una comunicación clara y eficaz entre las Autoridades Centrales,¹² especialmente en casos concretos. En este sentido, la capacidad para comunicarse con el personal de las Autoridades Centrales en su propio idioma debería tenerse muy en cuenta como una ayuda para la buena cooperación.

3.2. Cooperación

El Artículo 7 del Convenio de La Haya de 1980 exige una cooperación entre las Autoridades Centrales para garantizar un ejercicio efectivo del derecho de visita. Sin embargo, el Convenio de La Haya de 1980 no deja claro el alcance ni la forma de esta cooperación. Por este motivo, para mejorar la cooperación se recomienda¹³ encarecidamente celebrar encuentros entre las Autoridades Centrales para intercambiar ideas sobre buenas prácticas, seminarios internacionales y congresos jurídicos.

3.3. Transparencia

La información, el apoyo y los servicios a disposición de los solicitantes difieren ampliamente de unos Estados a otros. Por este motivo, los Estados contratantes deberían proporcionar información acerca de sus respectivos procedimientos administrativos y judiciales. Esta información debe estar fácilmente accesible tanto para las Autoridades Centrales como para las partes en los procesos judiciales. La mejor forma de garantizar un acceso fácil y sin restricciones a la información es publicarla en Internet.

3.4. Rapidez (agilidad en los procedimientos)

La falta de contacto prolongada puede llevar a la pérdida de afecto del menor hacia el progenitor que no tiene la custodia (solicitante), por lo que existe una necesidad urgente de resolver de forma rápida los litigios sobre el derecho de visita, si bien esta necesidad es seguramente menos urgente para el derecho de visita que para la restitución.

¹² Op. cit., n.º 2.

¹³ Ibid en 10.

4. Obligaciones de las Autoridades Centrales

Las Autoridades Centrales están sujetas a las obligaciones generales de cooperación para “asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho”.¹⁴ Se les exhorta especialmente, “directamente o por vía de intermediarios”, a tomar medidas para “incoar o favorecer la incoación de procedimientos judiciales o administrativos con el fin de organizar o proteger el ejercicio efectivo del derecho de visita”.¹⁵

Como puede comprobarse, el alcance de las obligaciones de las Autoridades Centrales no queda totalmente definido, y el Convenio de La Haya de 1980, en concreto el Artículo 7 (f), deja un amplio margen de decisión a los Estados contratantes. Por este motivo, se pueden observar grandes diferencias entre las actuaciones que se llevan a cabo en este terreno.

Existen distintos enfoques acerca del alcance de la obligación de las Autoridades Centrales según el Artículo 7, entre otros, para incoar procedimientos judiciales. Quizás el enfoque más restrictivo sea el de Inglaterra y Gales, donde se mantiene¹⁶ que la Autoridad Central solo tiene el deber de tomar las medidas necesarias para que haya abogados disponibles para representar al solicitante, y que no es de su incumbencia emitir una citación judicial. En otras jurisdicciones de derecho consuetudinario se puede encontrar una práctica similar, como es el caso de Israel¹⁷, los Estados Unidos¹⁸ y la mayoría de provincias de Canadá,¹⁹ donde el papel de la Autoridad Central en cuanto a las solicitudes de derecho de visita consiste solo en ofrecer información sobre la representación jurídica.²⁰ Sin embargo, de ninguna manera pueden considerarse estas prácticas como el enfoque universalmente compartido, ni siquiera entre los países de derecho consuetudinario. En Australia y Nueva Zelanda, por ejemplo, las Autoridades Centrales pueden iniciar y, de hecho, inician procedimientos judiciales. El enfoque de los sistemas de derecho civil varía igualmente entre las Autoridades Centrales de Alemania,²¹ Eslovaquia,²² España,²³ Italia,²⁴ México,²⁵ los Países Bajos²⁶ y Rumania,²⁷ que sí inician procedimientos, y los casos de Francia²⁸ y Suecia,²⁹ por ejemplo, que no llegan a hacerlo.

Recomendaciones de buenas prácticas:

El Artículo 7 (f) debería revisarse para dejar claro que las Autoridades Centrales deberían estar obligadas, cuando proceda, a iniciar procedimientos legales ante una autoridad jurídica o administrativa, por sí mismas o a través de un intermediario autorizado, para proteger el derecho de visita.

14 Artículo 21(2).

15 Artículo 7(f).

16 Véase *Re T (Menores) (Convenio de La Haya: Derecho de Visita)* [1993] 2 FLR 617. Sin embargo, en la defensa de la queja planteada por Lady Meyer, el Comisario Parlamentario criticó a la Unidad Británica de Secuestro de Menores por no avisarle que podía solicitar la aplicación del Artículo 21 en Alemania. Esta decisión implica que la Autoridad Central tiene unas obligaciones proactivas en virtud del Artículo 7. Véase el Informe del Comisario Parlamentario para la Administración (el Defensor del Pueblo) al Hon. Sir John Stanley, miembro del parlamento, de los resultados de una investigación sobre la queja planteada por Lady Catherine Meyer (2005, C280/04).

17 Véase Lowe y Schuz, “Informe del país: Israel”, (NCMEC 2005) 4.1/4.2.

18 Véase Lowe, Armstrong y Mathias, “Informe del país: Estados Unidos”, (NCMEC 2002) 4.1.

19 Véase Lowe, Armstrong y Mathias, “Informe del país: Canadá”, (NCMEC 2002) 4.1. La única provincia canadiense en la que colaboró la Autoridad Central para la institución de los procedimientos legales es New Brunswick.

20 Véase Lowe, Armstrong y Mathias “Informe del país: Australia”, (NCMEC 2002) 4.1. (en adelante ‘Informe del país: Australia’) y Lowe y Hollingsworth, “Informe del país: Nueva Zelanda”, (NCMEC 2005) 4.1 (en lo sucesivo ‘Informe del país: Nueva Zelanda’).

21 Véase Dutta y Scherpe, “El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores y su Aplicación – Informe Nacional de la Aplicación en Alemania”.

22 Véase Lowe y Di Dachsenhausen, “Informe del país: Italia” (NCMEC 2005) 4.1/4.2.

23 Véase Lowe, Armstrong y Mathias, “Informe del país: México”, (NCMEC 2002) 4.

24 Véase Lowe y Ruitenber, “Informe del país: Países Bajos”, (NCMEC 2005) 4.2.

25 Véase Ciurtin y Brasoveanu, “El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores y su Aplicación – Informe Nacional de la Aplicación en Rumania”.

26 Véase Horosova, “El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores y su Aplicación – Informe Nacional de la Aplicación en Eslovaquia”.

27 Véase Lowe y González-Beilfuss, “Informe del país: España”, (NCMEC 2005) 4.1/4.2.

28 Véase Lowe, Armstrong, Mathias y Navarro “Informe del país: Francia”, (NCMEC 2002) 4.1/4.2.

29 Véase Nilsson, “El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores y su Aplicación – Informe Nacional de la Aplicación en Suecia”.

Las Autoridades Centrales también tienen otras obligaciones que se derivan del Artículo 21 y que se analizan de forma más amplia en el siguiente apartado.

5. Artículo 21

Una de las principales disposiciones que regulan el derecho de visita es el Artículo 21 del Convenio de La Haya de 1980, que establece lo siguiente:

“Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, de la misma forma que la solicitud para la restitución del menor.

Las Autoridades Centrales están sujetas a las obligaciones de cooperación, establecidas en el Artículo 7, para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo”.

Si bien el Artículo 21 establece una estructura básica, su falta de precisión ha reducido su eficacia en la práctica y ha dado lugar a muy distintas interpretaciones. En especial, no existen enfoques uniformes acerca de las siguientes cuestiones:

1. ¿Ofrece el Artículo 21 una base jurídica para pedir a un tribunal que garantice el derecho de visita?
2. Si realmente ofrece una base jurídica para iniciar procedimientos legales, ¿cuáles son los límites y los procedimientos disponibles?
3. ¿Qué criterios sustantivos deberían aplicarse para resolver las solicitudes referentes al derecho de visita en virtud del Artículo 21? ¿Deberían ser los mismos que para las solicitudes nacionales de derecho de visita?

En cualquier caso, ofrezca o no el Artículo 21 una base jurídica para incoar procedimientos judiciales, queda claro que no da lugar a obligación alguna de reconocer en sentido estricto, ni de ejecutar, una orden de derecho de visita extranjera.

5.1. Las distintas interpretaciones del Artículo 21

5.1.1. JURISDICCIONES DE DERECHO CONSUECUDINARIO

(i) El enfoque restrictivo

a. Estados Unidos de América

En el caso *Bromley contra Bromley*,³⁰ un tribunal federal de primera instancia estimó que no tenía jurisdicción en virtud del Artículo 21 para resolver una demanda por incumplimiento del derecho de visita. El Artículo 21 solo establece que se podrán presentar solicitudes a la Autoridad Central para pedir asistencia. El Convenio de La Haya de 1980 no dispone ninguna solución jurídica para el incumplimiento del derecho de visita. Igualmente, en *Tejeiro Fernandez contra Yeagar*³¹ se consideró que el Artículo 21 no otorga a los tribunales ninguna autoridad independiente para hacer cumplir el derecho de visita con respecto a los niños. Este mismo enfoque se siguió en la resolución *Cantor contra Cohen*,³² donde un tribunal federal de primera instancia rechazó una petición de ejercicio efectivo del derecho de visita del solicitante argumentando que los tribunales federales no tienen jurisdicción para decidir tales reclamaciones, ya que el Convenio de La Haya de 1980 “no proporciona [...] recurso alguno a la autoridad judicial” para las reclamaciones relativas al derecho de visita. En virtud del Artículo 21, el único recurso

30 30 F Supl 2d 857 (ED Pa 1998), Juzgado de Distrito estadounidense del Distrito Oriental de Pensilvania. Nota: en los Estados Unidos, los casos contemplados por el Convenio de La Haya de 1980 pueden ser juzgados tanto a nivel federal como estatal. Sin embargo, en este contexto, nada se opone a esta cuestión de la jurisdicción paralela.

31 121 F Supl 2d 1118 (WD Mich 2000), Juzgado de Distrito estadounidense del Distrito Occidental de Michigan.

32 442 F3d 196 (4º Cir. 2006).

del progenitor sin custodia por supuesta violación del derecho de visita consiste en presentar una solicitud a la Autoridad Central del Estado contratante donde se encuentre el menor.

b. *Inglaterra y Gales*

En el precedente judicial de *Re G (A Minor) (sobre la ejecución del derecho de visita en el extranjero)*,³³ se dictaminó que el Artículo 21 no confería potestad a los tribunales para resolver casos relacionados con el derecho de visita ni para reconocer y ejecutar las órdenes de derecho de visita extranjeras. Así, se consideró que el Artículo 21 no se refería a los tribunales sino a la Autoridad Central, que puede prestar asistencia al solicitante poniéndole en contacto con un abogado. Por consiguiente, las solicitudes de derecho de visita se tramitan de acuerdo con la legislación nacional.

En *Hunter contra Murrow (sobre la sustracción y el derecho de custodia)*,³⁴ el magistrado del Tribunal de Apelación Lord Thorpe manifestó que podría ser necesario revisar la decisión del caso de *Re G*. Según su argumentación, el Convenio de La Haya de 1980 es un documento vivo, pero, dado que las revisiones del texto son “sencillamente irrealizables [...], la necesaria evolución para seguir el ritmo de las tendencias sociales debe acometerse a través de una evolución en su análisis e interpretación”. El magistrado sostiene que esta evolución es lícita en virtud del Artículo 31 (3)(b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que permite una interpretación que refleje “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación”. Según Lord Thorpe, en los 12 años que han pasado desde el caso de *Re G*, “la mayoría de los Estados contratantes con un sistema de derecho consuetudinario han adoptado una postura más positiva y, por consiguiente, una postura que amplía la utilidad del Convenio de La Haya de 1980. Francamente, en mi opinión, cuando este asunto vuelva a someterse a la consideración de este tribunal, el tribunal podrá perfectamente reconsiderarlo a la luz de la jurisprudencia internacional. Dado que la cuestión debe decidirse en virtud del Convenio de La Haya de 1980, este tribunal no permanece sujeto para siempre a la decisión adecuadamente tomada hace más de 12 años reflejando la jurisprudencia internacional, tal como estaba entonces”.

Sin embargo, sigue siendo un asunto incierto el hecho de si en el futuro el Tribunal de Apelación se considerará libre del precedente de *Re G*, si bien los comentarios de Lord Thorpe parecen haber recibido el apoyo de la Baronesa Hale, quien comentó en el caso de *Re D (A Child) (sobre la sustracción y el derecho de custodia)*,³⁵ tras referirse al caso de *Hunter and Murrow*, que “no sería descabellado concebir un procedimiento por el cual se contemplara facilitar el derecho de visita en este país en virtud del Artículo 21 al mismo tiempo que la restitución del menor en virtud del Artículo 12”. En cualquier caso, más allá de la cuestión de si un tribunal de derecho consuetudinario puede abandonar decisiones previas al interpretar convenciones internacionales, es cuestionable la afirmación de Lord Thorpe de que la mayoría de las jurisdicciones de derecho consuetudinario interpretan el Artículo 21 como una obligación a la que está sujeto el tribunal.

c. *Irlanda*

Irlanda también trata el derecho de visita según su legislación nacional³⁶

33 [1993] Fam 216.

34 [2005] EWCA Civ 976, [2005] 2 FLR 1119 en pár. 30-31.

35 [2006] UKHL 51, [2006] 3 WLR 989 pár. 67.

36 Véase Lowe y Armstrong, “Informe del país: Irlanda”, (NCMEC 2002) 4.2.

d. *Israel*

El enfoque adoptado por los tribunales israelíes³⁷ está en la línea de la jurisprudencia de Inglaterra y Gales. En efecto, se establece que el Artículo 21 del Convenio de La Haya de 1980 junto con las correspondientes disposiciones del Reglamento de Derecho Procesal Civil israelí conceden al solicitante beneficios procesales a la hora de solicitar la ejecución de una orden de derecho de visita extranjera, pero por sí mismos no suponen ningún derecho de ejecución de la orden. Así, por ejemplo, el solicitante está exento de presentar caución por las costas judiciales y disfruta de unos plazos menos exigentes y de unas normas más relajadas para el reconocimiento de la legislación y las decisiones extranjeras. Sin embargo, como ya se ha señalado,³⁸ el Reglamento de Derecho Procesal Civil israelí no establece ningún mecanismo para emitir o ejecutar órdenes de derecho de visita.

(ii) **El enfoque intermedio**

a. *Escocia*

El Artículo 21 puede usarse como base jurídica para recurrir a los tribunales, por medio de rápidos procedimientos. De conformidad con el caso de *Donofrio contra Burrell*³⁹ y con la norma modificada 70.5 (2) del reglamento procesal del Tribunal Superior de Justicia de Escocia, pueden presentarse solicitudes ante el tribunal “en virtud del Convenio de La Haya de 1980” para hacer efectivo “el derecho de visita concedido por cualquier tribunal de un Estado contratante del Convenio”. Sin embargo, al igual que en Inglaterra y Gales, se considera que el Artículo 21 no otorga a las personas derechos privados ni recursos jurídicos atribuibles al Convenio de La Haya de 1980, ni impone obligación alguna a las autoridades judiciales del Estado contratante requerido.

b. *Nueva Zelanda*

En el caso de *Secretary for Justice contra Sigg*⁴⁰ se dictaminó que, si bien la legislación neozelandesa de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 (en su momento el Artículo 20 de la Ley de Reforma de la Custodia 1991 y en la actualidad el Artículo 105 de la Ley de Atención al Menor 2004) que establece, en términos similares al Artículo 7 (f), que la Autoridad Central “deberá tomar las medidas apropiadas para organizar o garantizar el ejercicio efectivo del derecho de visita del solicitante”, no indicaba expresamente el derecho a acudir a los tribunales, tampoco existía disposición alguna que impidiera tal recurso. El juez Bremner consideró que la Ley debe negar claramente el derecho a solicitar ante un tribunal el derecho de visita antes de que se pueda deducir que no existe tal derecho. *Tras el caso de Sigg* el de *Gumbrell contra Jones*⁴¹ también coincide en que la legislación de aplicación debería interpretarse de forma que la Autoridad Central esté autorizada a solicitar una orden de derecho de visita, ya sea en su nombre o en nombre del solicitante.

(iii) **El enfoque más amplio: Australia**

En Australia, los tribunales tratan los casos de derecho de visita en virtud de los reglamentos de aplicación del Convenio de La Haya⁴² de 1980, en lugar de basarse en la legislación normal del país.

En el pasado, el caso de *Police Commissioner of South Africa contra Castell*⁴³ limitaba

37 Véase op. cit., n.º 17. Cabe observar que en pocas ocasiones los casos de derecho de visita contemplados por el Convenio de La Haya de 1980 llegaron a los tribunales israelíes (Solicitud Familiar 89790/00, M.R.B. v A.R. – no figura y Solicitud Familiar 39216/97 A.B. v A.B. – no figura).

38 Solicitud Familiar 39216/97 A.B. v A.B. (no figura).

39 2000 SLT 1051.

40 (1992) 10 FRNZ 164.

41 [2001] NZ FLR 593.

42 Reglamentos del Derecho Familiar (Convenio del Secuestro de Menores) 1986.

43 (1997) 138 FLR 437, (1997) 21 Fam LR 643

el grado de asistencia que podía prestar la Autoridad Central, ya que interpretaba el derecho de visita como aquel “derecho ya establecido en otro país del Convenio, ya sea de oficio, como consecuencia de una decisión judicial o administrativa o tras adquirir valor jurídico un acuerdo apropiado”. El efecto de esta interpretación era que se impedía a los progenitores presentar una solicitud si no disponían de un orden de derecho de visita, un acuerdo o una concesión de oficio del derecho de visita de un país extranjero. En efecto, el Convenio de La Haya de 1980 no podía usarse para establecer el derecho de visita, sino para garantizar el respeto del derecho de visita concedido en el extranjero. Aun así, se permitía a la Autoridad Central iniciar procedimientos judiciales en los casos apropiados.

Los recientes cambios en la legislación australiana están encaminados a superar el enfoque restrictivo del derecho de visita establecido en *Castell* a través de enmiendas tanto a la Ley de Derecho de Familia (mediante la Ley de Reforma del Derecho de Familia 2000) como a los reglamentos de aplicación (mediante el Reglamento de Reforma del Derecho de Familia 2004). La nueva normativa permite al tribunal emitir una orden a instancias de una solicitud para establecer, garantizar u organizar el ejercicio efectivo del derecho de visita “cuando se haya emitido una orden o resolución en virtud de la legislación aplicable en otro país del Convenio acerca del derecho de visita al menor en cuestión” [norma 25 (8)].

Existen distintos ejemplos de buenas prácticas en el enfoque actual de Australia. En primer lugar, los casos de derecho de visita no se tramitan según la legislación nacional sino en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Por otro lado, los procedimientos son incoados por la Autoridad Central, que corre con las costas, y existe conciencia de la necesidad de agilizar los procedimientos. Por último, la interpretación amplia del derecho de visita permite también a aquellos solicitantes cuyo derecho de visita no ha sido concedido por una orden judicial beneficiarse de los procedimientos del Convenio de La Haya de 1980.

5.1.2. JURISDICCIONES DE DERECHO CIVIL

Los enfoques de las jurisdicciones de derecho civil son igualmente variados.

i. Alemania

En Alemania, el Artículo 21 se considera vinculante para los tribunales y “son posibles los procedimientos judiciales siempre que el solicitante persiga un derecho sustantivo”.⁴⁴ Los casos de derecho de visita se rigen por el *Internationales Familienrechtsverfahrensgesetz*⁴⁵ que desarrolla el Convenio de La Haya⁴⁶ de 1980.

ii. Eslovaquia

En Eslovaquia,⁴⁷ el Artículo 21 se considera vinculante para los tribunales cuando existe una orden judicial que otorga el derecho de visita. Si no se ha concedido el derecho de visita por medio de una decisión judicial, el caso se trata según la legislación nacional.

iii. España, Italia y México

En España,⁴⁸ Italia⁴⁹ y México,⁵⁰ el Artículo 21 se considera vinculante para los tribunales.

vi. Francia

En Francia⁵¹ no se incoan procedimientos judiciales en virtud del Artículo 21, por lo que los casos internacionales de derecho de visita se tratan según la legislación nacional.

44 Véase op. cit., n.º 1, p. 15.

45 BGBl (2005) I 162.

46 Véase op. cit., n.º 21.

47 Véase op. cit., n.º 26.

48 Véase op. cit., n.º 27.

49 Véase op. cit., n.º 22.

50 Véase op. cit., n.º 23.

51 Véase op. cit., n.º 28.

v. *Noruega*

En Noruega⁵² el Artículo 21 no se considera vinculante para los tribunales, por lo que no se incoan procedimientos judiciales en virtud de dicho artículo. El Artículo 21 solo afecta a la Autoridad Central en la medida en que le impone la obligación de prestar asistencia en cuestiones prácticas, tales como ofrecer información sobre abogados, asistencia jurídica gratuita, etc.

vi. *Países Bajos*

En los Países Bajos,⁵³ la Autoridad Central tiene potestad para emprender acciones legales en virtud del Artículo 21, pero, en la práctica, los casos de derecho de visita se resuelven en los tribunales según su base jurídica aplicando la normativa correspondiente de la legislación nacional.

vii. *Suecia*

En Suecia,⁵⁴ el Artículo 21 no está incorporado a la legislación nacional y las solicitudes de derecho de visita se tramitan de acuerdo con la legislación nacional.

viii. *Suiza*

En Suiza,⁵⁵ la Autoridad Central solo actúa en nombre de los solicitantes en aquellos casos en que el derecho de visita ya ha sido concedido en otro Estado contratante por medio de una ley u orden judicial. Según el enfoque suizo, el objeto del Convenio de La Haya de 1980 es garantizar el respeto del derecho de visita extranjero.

5.2. La importancia de la disparidad de interpretaciones

Más allá de que sería deseable contar con un enfoque uniforme sobre las obligaciones derivadas del Convenio de La Haya de 1980, el hecho de que existan distintas interpretaciones del Artículo 21 es significativo por los siguientes motivos:

- Puede disuadir a los posibles solicitantes, a la vista de la complejidad y los potenciales costes de emprender acciones legales.
- En aquellas jurisdicciones donde las solicitudes de derecho de visita tienen que ser resueltas según la legislación nacional, los casos acogidos al Convenio de La Haya de 1980 se ven obligados a competir con los casos nacionales, y de ninguna manera se considera que los casos internacionales deban tener prioridad. (Como ya se ha dicho, el estudio de 2003 halló indicios de que las solicitudes de derecho de visita tardan más en resolverse cuando se deciden por la legislación nacional que cuando se tramitan en virtud del Convenio de La Haya de 1980). Esta postura ha sido expresada por Lord Macfadyen en primera instancia y por Lord Prosser en apelación en la resolución del caso escocés de *Donofrio contra Burrell*.⁵⁶ En efecto, ninguno de ellos reconocía la necesidad de agilizar las solicitudes internacionales de derecho de visita a costa de las nacionales. Si bien se pueden aportar distintos argumentos para rebatir esta postura, como la dificultad para procesar los casos de forma internacional o las molestias claramente mayores que se provocan a las familias inmersas en litigios internacionales, sería más fácil para todos los interesados acordar internacionalmente la obligación de tramitar de forma rápida las solicitudes de derecho de visita como una obligación derivada del Convenio de La Haya de Restitución 1980. Esto solo se puede llevar a cabo si el Artículo 21 se hace extensivo a las solicitudes a los tribunales.
- Resulta más fácil persuadir a los legisladores para que elaboren disposiciones generosas en cuanto a la asistencia y/o la representación jurídica (semejantes a las de las solicitudes de restitución) si la solicitud de derecho de visita se tramita en virtud del Convenio de La Haya de 1980.

52 Conferencia de La Haya sobre el Derecho Internacional Privado, "Cuestionario sobre la Aplicación de las Órdenes de Restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 y de las Órdenes de Derecho de Visita/Contacto: Respuesta de Noruega", p. 12, disponible en Internet en http://www.hcch.net/upload/abd_return_no.pdf.

53 Véase op. cit., n.º 24.

54 Véase op. cit., n.º 29.

55 Carta de la Autoridad Central Suiza a la Autoridad Central Eslovaca, 23 de enero de 2003.

56 2000 SLT 1051.

- Resulta difícil, si no imposible, elaborar pautas globales de buenas prácticas cuando existe un enfoque fundamentalmente distinto sobre el Artículo 21.

5.3. Opciones para avanzar

5.3.1. NO HACER NADA

Una opción puede ser dejar las cosas como están, la postura que se tomó, de hecho, en las cuatro reuniones anteriores de la Comisión Especial, especialmente en la segunda.⁵⁷ Los argumentos a favor de mantener esta postura pueden resumirse de la siguiente forma:

1. Se presentan relativamente pocas solicitudes, por lo que la reforma, que puede ser potencialmente costosa en términos de tiempo y esfuerzo, sencillamente no merece la pena.
2. Resulta demasiado problemático reformar el Artículo 21, especialmente si tenemos en cuenta que ello implicaría redefinir los límites con otros instrumentos jurídicos internacionales existentes, entre ellos el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la jurisdicción, 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 denominado “Convenio de La Haya de 1996”).
3. En cualquier caso, es posible que las diferencias de enfoque actuales puedan ser “subsanaadas” por los propios jueces, como sugiere Lord Thorpe en *Hunter contra Murrow* (véase más arriba).
4. No se debería acometer la reforma hasta que no se hayan probado los intentos actuales de elaborar unas pautas de buenas prácticas.

Los argumentos en contra de no hacer nada son los siguientes:

1. No puede ser conveniente que una disposición tan esencial esté sujeta a interpretaciones tan fundamentalmente distintas.
2. A pesar de los ruegos de Lord Thorpe en *Hunter contra Murrow* para que los tribunales reconsideren su interpretación del Artículo 21, parece altamente improbable que se pueda alcanzar la homogeneidad de forma judicial y, ciertamente, no de forma rápida.

En cualquier caso, de ningún modo está claro que la interpretación restrictiva del Artículo 21 esté justificada ni sea la interpretación pretendida. A este último respecto, se podrían evocar los comentarios del profesor Anton⁵⁸ (que fue presidente de la Conferencia que redactó el Convenio de La Haya de 1980):

“El Convenio de La Haya de 1980 no contiene ninguna disposición obligatoria para proteger el derecho de visita comparable a aquellas que protegen del incumplimiento del derecho de custodia. Esto es así incluso en el caso extremo en que el progenitor que tiene el derecho de custodia se lleve a un menor a otro país de forma deliberada, con la intención de hacer imposible el disfrute del derecho de visita. Se consideró que no solo sería difícil elaborar normas obligatorias en el difuso campo del derecho de visita, sino que, lo que es quizá más importante, el ejercicio efectivo del derecho de visita depende más al fin y al cabo de la buena voluntad o, al menos, de la moderación de las partes que de la existencia de reglas formales”.

3. Las divergencias en la interpretación no pueden ser “subsanaadas” por las buenas prácticas. Al contrario, las diferencias actuales perjudicarán cualquier intento de elaborar pautas de actuación integrales.

5.3.2. ELIMINAR TODAS LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL DERECHO DE VISITA

Dada la relativa debilidad de las disposiciones y el número relativamente bajo de solicitudes, existe la tentación de sugerir que se eliminen las disposiciones relativas al derecho de visita y

⁵⁷ Sin embargo, cabe observar las Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Comisión Especial, párrafo 1.7.3., debatidas a continuación.

⁵⁸ “Convenio de La Haya sobre el Secuestro Internacional de Menores” (1981) 30 ICLQ 537, 554-555. Véase también Pérez-Vera, Informe Aclaratorio sobre el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, párrafo 125.

que, en su lugar, se ponga la confianza en el Convenio de La Haya de 1996. Una de las ventajas de adoptar esta estrategia es que se reduciría el número de instrumentos jurídicos internacionales que regulan el derecho de visita.

Existen, sin embargo, algunos argumentos extraordinarios en contra de esta opción:

1. Se supone que el Convenio de La Haya de 1980 no tiene ningún papel útil que desempeñar y que el Convenio de La Haya de 1996 sencillamente puede sustituirlo. Pues bien, ninguna de esas suposiciones es correcta. A diferencia del Convenio de La Haya de 1996, que trata principalmente de la jurisdicción, el reconocimiento y la ejecución de las órdenes, el Convenio de La Haya de 1980 se ocupa del “derecho de visita”, que es un concepto más amplio. En efecto, el Convenio de La Haya de 1980 es el único instrumento jurídico internacional que trata ese concepto tan amplio. El Reglamento revisado Bruselas II⁵⁹ solo cubre las órdenes y los acuerdos formalmente vinculantes, mientras que el Convenio del Consejo de Europa de 2003 relativo al contacto con los hijos solo rige, en el contexto internacional, las órdenes de derecho de visita transfronterizas. También sería un error pensar que las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980 relativas al derecho de visita son un total fracaso. Después de todo, tanto el estudio de 1999 como el de 2003 muestran que una proporción nada desdeñable de solicitudes acaba en acuerdos voluntarios o en órdenes de derecho de visita judiciales (43% y 33% respectivamente).
2. Incluso si el Convenio de La Haya de 1996 pudiese asumir adecuadamente el papel del Convenio de La Haya de 1980, el primero cuenta con muy pocos Estados contratantes si lo comparamos con los 77 Estados contratantes del Convenio de 1980.

En cualquier caso, para eliminar las disposiciones relativas al derecho de visita habría que alcanzar un acuerdo internacional a gran escala para rechazar esas disposiciones, un esfuerzo que podría ser más rentable si se dedicara a mejorarlas.

5.3.3. REFORMAR EL ARTÍCULO 21

Obviando las dificultades prácticas, en principio parece haber argumentos más que fundados para reformar el Artículo 21.⁶⁰ Sin embargo, la cuestión que queda por resolver es cómo debe reformarse. En términos generales, lo mínimo que se necesita es dejar claro que la obligación de garantizar el derecho de visita reside tanto en los tribunales como en las Autoridades Centrales. Para conseguir ese objetivo sería necesario llevar a cabo una cuidadosa redacción, pero un enfoque sencillo consistiría simplemente en agregar un pequeño Protocolo al Convenio de La Haya de 1980 que incluya una frase al final del Artículo 21 para establecer que “Cualquier procedimiento así iniciado deberá ser considerado por las autoridades judiciales o administrativas como un procedimiento en virtud del Convenio de La Haya⁶¹ de 1980”.

Si bien no cabe duda de que esta redacción puede mejorarse, cabe destacar que la reforma propuesta se limita deliberadamente a corregir el principal problema del Artículo 21 de la forma más simple posible. Por ello, se dejan abiertos de forma intencionada los asuntos de jurisdicción y los principios sobre los que deben resolverse los litigios. Aquellos Estados contratantes que ya consideran que el Artículo 21 establece que se presenten las solicitudes de derecho de visita ante un tribunal, no parecen estar preocupados por los asuntos de jurisdicción. De la misma forma, la ausencia en estos Estados de principios expresos sobre los que deberían resolverse las solicitudes no ha causado especiales problemas. Existen muchas razones para pensar que aquellas jurisdicciones (principalmente de derecho consuetudinario) que no consideran que el Artículo 21 imponga una obligación a los tribunales serían igualmente ingeniosas.

Una vez superada esta sencilla reforma, se pasaría a un verdadero debate acerca de cuáles deberían ser las normas jurisdiccionales y qué poderes debería tener el tribunal y, a continuación, qué relación debería haber entre el Convenio de La Haya de 1980 y el Convenio de La Haya

59 Reglamento del Consejo (CE) N.º 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 relativo a la jurisdicción y al reconocimiento y aplicación de sentencias relativas a cuestiones matrimoniales y a cuestiones de responsabilidad parental que revocan el Reglamento (CE) n.º 1347/2000.

60 Véase también los argumentos de Silberman “Arreglos provisionales para el Convenio de Secuestro: petición de un nuevo Protocolo Internacional y una sugerencia para las Enmiendas al ICARA” (2003) 38 Texas Int LJ 41 en 48-50.

61 Aunque el añadido de un Protocolo exigiría en primer lugar el acuerdo de los Estados Contratantes, los Estados sólo quedarían obligados por este si ratificaran o accedieran a él con carácter individual.

de 1996. Se podría pensar que es necesario afrontar abiertamente estos asuntos; sin embargo, es más probable que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado acepte una reforma estrictamente limitada.

Otro aspecto del Artículo 21 que debe discutirse es el significado de la frase “organizar o proteger el ejercicio efectivo del derecho de visita”. En este punto se pueden distinguir dos elementos, a saber: el significado de “derecho de visita” a estos efectos y el significado de “organizar o proteger”.

“Derecho de visita” incluye indiscutiblemente el derecho otorgado de oficio o a través de una decisión judicial o administrativa en virtud de la legislación del Estado contratante correspondiente. También incluye probablemente el derecho concedido por un acuerdo legalmente válido, pero sería conveniente reflejar esto expresamente en el Artículo. No obstante, ha surgido el problema acerca de si, en ausencia de una orden o un acuerdo sobre el derecho de visita, debería considerarse automáticamente que el derecho de custodia incluye el derecho de visita. En nuestra opinión, así debería considerarse.

Sin embargo, el derecho de visita indefinido obtenido de oficio plantea el segundo problema inherente al Artículo 21: el significado de “organizar o proteger” el derecho de visita. ¿Incluye esta frase “establecer” ese derecho en el sentido de poder utilizar el Artículo 21 para obtener una orden de derecho de visita definida y ejecutable? Nosotros recomendamos que se deje claro que el Artículo 21 puede utilizarse para ello.

Son para nosotros tranquilizadoras las Recomendaciones y Conclusiones de la 5ª Comisión Especial celebrada en La Haya en octubre/noviembre de 2006 en la medida en que declaran, en el punto 1.7.3, que

“La Comisión Especial reconoce la fuerza de los argumentos a favor de añadir un Protocolo al Convenio de 1980 que podría en particular clarificar las obligaciones de los Estados Partes en virtud del Artículo 21 y efectuar una clara distinción entre ‘derecho de custodia’ y ‘derecho de visita’”.

Sin embargo, el párrafo concluye

“Sin embargo, se acordó que en este momento se le debía dar prioridad a los esfuerzos en relación con la aplicación del Convenio de 1996 [sobre la protección de los niños]”.

Si bien entendemos esa postura, como ya se ha destacado, el Convenio de La Haya de 1996 no reproduce exactamente el papel del Convenio de La Haya de 1980.

5.4. Buenas prácticas recomendadas para cada una de las distintas interpretaciones del Artículo 21

A falta de alguna reforma del Artículo 21, ofrecemos las siguientes recomendaciones de buenas prácticas para cada una de las distintas interpretaciones.

5.4.1. SOLICITUDES DE DERECHO DE VISITA EN VIRTUD DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 TRAMITADAS SEGÚN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Cuando se tramite una solicitud de derecho de visita en virtud del Convenio de La Haya de 1980 según la legislación nacional, se recomienda lo siguiente:

- Donde exista una jurisdicción concentrada para conocer casos relacionados con el Convenio de La Haya de 1980, las solicitudes de derecho de visita también deberían ser gestionadas por dichos tribunales.
- En caso de que no exista jurisdicción concentrada en el Estado contratante, las solicitudes de derecho de visita deberían ser tramitadas por un tribunal familiarizado con el Convenio de La Haya de 1980, que estará más capacitado para tratar casos de derecho de familia con elemento extranjero.
- Las solicitudes de derecho de visita deberían tratarse con toda prontitud y tener prioridad

sobre los casos nacionales.

Los principales motivos por los que las solicitudes de derecho de visita bajo el Convenio de La Haya de 1980 deben tener prioridad sobre los casos nacionales son los siguientes:

1. Los solicitantes deben hacer frente a menudo a barreras jurídicas, culturales y lingüísticas.
2. Con frecuencia, sus recursos emocionales y financieros se encuentran al límite.
3. A menudo se hace creer a los niños sustraídos que el progenitor víctima les ha abandonado.

En cualquier caso, las solicitudes deben tramitarse con prontitud, es decir, entre tres y seis meses (véase más abajo).

Una de las objeciones para dar prioridad a los casos del Convenio de La Haya de 1980 sobre los casos nacionales es que esto entra en conflicto con el concepto de que todos los menores son igualmente importantes. Si bien este argumento está justificado hasta cierto punto, dado el reducido número de solicitudes de derecho de visita en virtud del Convenio de La Haya de 1980 (aunque las cifras podrían aumentar si se mejora el Convenio), no es previsible que la necesidad de agilizar las solicitudes internacionales a costa de los casos nacionales perjudique de forma significativa la tramitación global de las solicitudes nacionales.

5.4.2. SOLICITUDES DE DERECHO DE VISITA EN VIRTUD DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 TRAMITADAS COMO SOLICITUDES SEGÚN EL CONVENIO

Cuando se tramite una solicitud de derecho de visita como una solicitud de La Haya, se recomienda lo siguiente:

- El solicitante debería disfrutar de disposiciones generosas en cuanto a la asistencia y/o la representación jurídica (comparables a las que se conceden a las solicitudes de restitución).
- Las solicitudes de derecho de visita deberían tratarse con toda prontitud, es decir, dentro de un margen de entre tres y seis meses (véase más abajo).

5.5. Recomendaciones generales de buenas prácticas

- Debería acordarse un calendario para la tramitación de las solicitudes de derecho de visita. El periodo de seis semanas indicado por el Convenio de La Haya de 1980 parece demasiado corto para los procedimientos del derecho de visita, por lo que se sugiere un periodo de entre tres y seis meses.
- Con respecto a la rapidez de los procedimientos, es importante reducir al mínimo las vistas judiciales, ya que los gastos derivados de los procedimientos con elemento extranjero son considerablemente mayores (especialmente para el demandado, que podría tener que viajar largas distancias para asistir a las vistas) que los de los procedimientos sin elemento extranjero.

6. Tramitación inicial de las solicitudes

6.1. Recepción de la solicitud

Al recibir la solicitud de derecho de visita, la Autoridad Central la examina para asegurarse de que está completa y de que se cumplen las condiciones legales mínimas. En algunas jurisdicciones (como Rumania⁶²) la solicitud debe ir acompañada de un documento que establezca el derecho de visita del solicitante (es decir, la decisión de una autoridad administrativa o judicial competente).

6.2. Negociaciones con el demandado

Como paso siguiente, en determinados Estados contratantes (como Australia,⁶³ Alemania,⁶⁴ los Estados Unidos,⁶⁵ Italia,⁶⁶ los Países Bajos⁶⁷ y Suecia⁶⁸), la Autoridad Central se pone en contacto con el demandado, le informa acerca de la solicitud de derecho de visita y le pregunta si está dispuesto a cooperar. De esa forma, la Autoridad Central intenta alcanzar una solución amistosa. Esta fase, en la que la Autoridad Central actúa como “intermediario” entre los progenitores, puede durar unas cuantas semanas. Las negociaciones ente la Autoridad Central y el demandado se llevan a cabo por teléfono o por carta. La Autoridad Central de Eslovaquia ha introducido una práctica interesante, que da preferencia⁶⁹ a celebrar una reunión personal entre un representante de la Autoridad Central y el demandado.

En otros Estados contratantes, la Autoridad Central como tal no actúa como intermediario, sino que encomienda ese deber a otra autoridad. En Rumania,⁷⁰ por ejemplo, el intermediario puede ser un mediador profesional. En Nueva Zelanda,⁷¹ la Autoridad Central designa a un abogado, que puede ayudar a resolver el caso de forma voluntaria. En Canadá,⁷² las prácticas varían de unas provincias a otras. En Manitoba, por ejemplo, la mediación y la conciliación son ofrecidas por los Servicios de Conciliación Familiar, dependientes del Departamento de Servicios Familiares. En Francia,⁷³ la Autoridad Central remite el caso al fiscal, que localiza al menor (si es necesario) y se pone en contacto con el demandado para solicitarle que acepte de forma voluntaria el derecho de visita del solicitante. En esta fase es muy importante el papel de los trabajadores sociales y de organismos como la *Mission d'Aide à la Médiation Internationale pour les Familles* (MAMIF), ya que se les pueden confiar las negociaciones con el demandado. En Alemania,⁷⁴ la Autoridad Central solicita a una autoridad local encargada de la juventud y la atención social que apoye la mediación.

Sin embargo, en algunos Estados contratantes (como España,⁷⁵ Israel⁷⁶ y México⁷⁷), ni la Autoridad Central ni ninguna otra autoridad lleva a cabo intentos para alcanzar una solución amistosa. En Inglaterra y Gales, las negociaciones se encomiendan a profesionales independientes, aunque para todos los casos de menores nacionales existe ahora lo que se denomina “citación para una resolución en primera vista”⁷⁸ en la que se intenta persuadir a las partes para que alcancen una solución de mutuo acuerdo.

62 Véase op. cit., n.º 25.

63 Véase Informe del país: Australia, op. cit., n.º 20, en 4.1.

64 Véase Lowe, Armstrong y Mathias, “Informe del país: Alemania”, (NCMEC 2002) 4.1/4.2.

65 Véase op. cit., n.º 18.

66 Véase op. cit., n.º 22.

67 Véase op. cit., n.º 24, en 4.1.

68 Véase op. cit., n.º 29.

69 Véase op. cit., n.º 26.

70 Véase op. cit., n.º 25.

71 Véase Informe del país: Nueva Zelanda, op. cit., n.º 20, en 4.1.

72 Véase op. cit., n.º 19.

73 Véase Richez-Ponz, “El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores y su Aplicación – Informe de Aplicación Nacional en Francia”.

74 Véase op. cit., n.º 21.

75 Véase op. cit., n.º 27.

76 Véase op. cit., n.º 17.

77 Véase op. cit., n.º 23.

78 Véase el “Programa de Derecho Privado” del Presidente (emitido en noviembre de 2004 y publicado en el 2005).

6.3. Ejemplos de buenas prácticas

6.3.1. ALEMANIA⁷⁹ Y ESPAÑA⁸⁰

Las Autoridades Centrales utilizan modelos de formularios que se pueden encontrar en sus sitios web. El propósito de esta práctica es acelerar los procedimientos, especialmente en la fase inicial.

6.3.2. ITALIA⁸¹

La propia Autoridad Central ofrece mediación, conciliación, asesoramiento y asistencia al solicitante que trata de alcanzar un acuerdo entre las partes.

6.3.3. ESLOVAQUIA⁸²

En la creencia de que una solución acordada tiene mayores posibilidades de éxito, el primer paso de la Autoridad Central tras la recepción de la solicitud de derecho de visita consiste en acordar una reunión personal con el demandado para discutir el caso y negociar los asuntos relacionados con la visita basándose en la propuesta del solicitante.

6.4. Recomendaciones generales de buenas prácticas

- Es vital que se tramiten las solicitudes con la máxima rapidez.
- Las Autoridades Centrales deberían responder con prontitud a todas las comunicaciones y acusar recibo de las solicitudes con rapidez.
- Las Autoridades Centrales deberían usar modelos de formularios, ya que esto les ayudaría a procesar más rápidamente las solicitudes y a asegurarse de que no se omite información esencial, y sería más fácil comprobar si las solicitudes cumplen con el Convenio de La Haya⁸³ de 1980.
- Cuando proceda, deberían proporcionarse ejemplares de la legislación nacional sobre derecho de visita del Estado contratante requirente. Cuando proceda, dicha legislación debería traducirse al idioma del Estado contratante requerido.
- En los litigios sobre el derecho de visita, deberían fomentarse las soluciones de mutuo acuerdo, mediante mecanismos como la mediación. Para garantizar su validez legal y su posterior aplicación, cualquier acuerdo redactado en la fase de mediación debería tomar la forma de un orden de consentimiento y registrarse o reflejarse en el Estado contratante requirente.
- Deberían disponerse mecanismos para facilitar una reunión personal con el demandado, de forma que se pueda discutir el caso y alcanzar una solución amistosa.
- Las negociaciones deberían tener una duración limitada (se recomienda un mes) para impedir al demandado prolongar el proceso.

⁷⁹ Véase la web de la Autoridad Central Alemana, disponible en http://www.bundeszentralregister.de/hkue_esue/008.html.

⁸⁰ Véase op. cit., n.º 27.

⁸¹ Véase op. cit., n.º 22.

⁸² Véase op. cit., n.º 26.

⁸³ Véase op. cit., n.º 2, p. 19.

7. Tramitación judicial de las solicitudes

7.1. Procedimientos legales

Cuando fracasan las negociaciones para una solución amistosa, normalmente se inician procedimientos legales. En algunos Estados contratantes, los procedimientos son incoados por la Autoridad Central, ya sea en nombre propio como solicitante (como ocurre en Australia⁸⁴), como representante legal del solicitante (el caso de México⁸⁵) o tanto como representante del solicitante como en su propio nombre (p. ej., los Países Bajos⁸⁶ o Eslovaquia⁸⁷). En Alemania,⁸⁸ la Autoridad Central suele iniciar los procedimientos judiciales. De esta forma, presenta la solicitud de derecho de visita, pero a continuación delega el caso en un abogado local para que continúe con los procedimientos. No obstante, la Autoridad Central supervisa regularmente la actividad del abogado, que está obligado a presentar informes sobre el estado del caso de forma periódica. En casos excepcionales, los funcionarios de la Autoridad Central pueden personarse en los procedimientos judiciales o enviar expedientes al tribunal.

En otros Estados contratantes, los procedimientos legales no son incoados por la Autoridad Central. En los Estados Unidos,⁸⁹ por ejemplo, el Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados⁹⁰ se encarga de encontrar abogados que estén dispuestos a ocuparse del caso de forma remunerada, por unos honorarios reducidos o de forma desinteresada. Esta práctica, no obstante, conlleva el riesgo de provocar retrasos, ya que puede resultar difícil encontrar a un abogado dispuesto a ocuparse del caso. En Inglaterra y Gales,⁹¹ la Autoridad Central remite al solicitante a uno de los abogados de la lista utilizada para las solicitudes de restitución, quien a su vez puede recomendar un abogado local si el solicitante no es de Londres. En Italia,⁹² la Autoridad Central remite el caso al fiscal del Tribunal de Menores del distrito en que se encuentre el menor, que será quien lleve el caso ante el Tribunal de Menores. En España,⁹³ la Autoridad Central designa a un abogado del Estado⁹⁴ para que represente a la Autoridad Central en el procedimiento judicial. Sin embargo, esta práctica ha sido criticada por diversos motivos: en primer lugar, los abogados del Estado no suelen estar familiarizados con los litigios de derecho de familia; en segundo lugar, el solicitante no tiene contacto directo con el abogado del Estado; y en tercer lugar, los procedimientos legales tardan mucho tiempo en ser iniciados por el abogado del Estado. En Francia,⁹⁵ la Autoridad Central solo ofrece información acerca de los servicios o instituciones que pueden proporcionar asistencia al solicitante. El solicitante está representado por el *Procureur*, que puede representarlo por sí mismo o remitirle a un abogado (si el solicitante tiene derecho a recibir asistencia jurídica). Si el solicitante no tiene derecho a recibir asistencia jurídica, el *Procureur* le proporciona el nombre de tres o cuatro abogados. En Nueva Zelanda,⁹⁶ el abogado designado por la Autoridad Central está obligado a presentar una solicitud de derecho de visita si es necesario. En Suecia,⁹⁷ la Autoridad Central ayuda al solicitante a encontrar a un abogado, que iniciará los procedimientos judiciales en nombre del solicitante.

84 Véase Informe del país: Australia, op. cit., n.º 20, en 4.2.

85 Véase op. cit., n.º 23, en 3.3/4.

86 Véase Ruttenberg, “El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores y su Aplicación – Informe de Aplicación Nacional en los Países Bajos”.

87 Véase op. cit., n.º 26.

88 Véase op. cit., n.º 21.

89 Véase op. cit., n.º 18.

90 El Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados radicado en Estados Unidos trata los nuevos casos contemplados por el Convenio de La Haya de 1980, en representación del Departamento estadounidense de la Oficina estatal de Asuntos de Menores en virtud de un acuerdo tripartito con el Departamento de Estado, que es la Autoridad Central estadounidense.

91 Véase Lowe, Armstrong y Mathias, “Informe del país: Reino Unido”, (NCMEC 2002) 4.1/4.2.

92 Véase op. cit., n.º 22.

93 Véase op. cit., n.º 27.

94 *Abogado del Estado* es un funcionario civil que representa al Estado y defiende sus intereses cuando el Estado es parte de un procedimiento judicial.

95 Véase op. cit., n.º 28.

96 Véase Informe del país: Nueva Zelanda op. cit., n.º 20, en 4.1.

97 Véase op. cit., n.º 29.

7.1.1. EJEMPLOS DE BUENAS PRÁCTICAS

i. Irlanda⁹⁸

Los tribunales tienen una amplia potestad para ayudar a garantizar el derecho de visita. Cuando existe riesgo de sustracción, frecuentemente ordenan entregar los pasaportes. Esta práctica puede contribuir al ejercicio seguro del derecho de visita y, al mismo tiempo, reducir la preocupación del demandado.

ii. México⁹⁹

El juez puede ordenar el derecho de visita por teléfono y por correo electrónico. Esta práctica puede ser útil en los casos en que exista una distancia geográfica considerable entre el Estado contratante requirente y el requerido. Igualmente, el contacto por teléfono y por correo electrónico puede ser útil si el derecho de visita debe ejercerse a costa del solicitante (que es la práctica común), especialmente cuando el solicitante no dispone de recursos económicos suficientes.

iii. España¹⁰⁰

En ocasiones los jueces permiten el ejercicio del derecho de visita en el extranjero si el Estado al que debe ser llevado el menor es un Estado contratante o si dicho Estado reconoce la orden de custodia española. Esta práctica puede ser útil en los casos en que el solicitante no disponga de los recursos económicos suficientes para ejercer su derecho de visita en el Estado contratante requerido.

7.1.2. RECOMENDACIONES GENERALES DE BUENAS PRÁCTICAS

- Los Estados contratantes deberían utilizar los procedimientos judiciales más ágiles posibles.
- Las Autoridades Centrales deberían contar con un sistema de seguimiento para supervisar la rapidez y el resultado de cada caso.
- Los casos de derecho de visita relacionados con el Convenio de La Haya de 1980 deberían ser tramitados por un número reducido de profesionales jurídicos con la formación adecuada, de forma que se pueda ir desarrollando un alto nivel de experiencia. Las Autoridades Centrales deberían establecer una lista de dichos profesionales.
- Los jueces deberían dirigir firmemente la evolución de los procesos sobre derecho de visita, tanto en los juicios como en apelación.
- Cuando se estime necesario (p. ej., cuando exista una distancia geográfica importante entre el Estado requirente y el requerido y/o cuando las partes dispongan de recursos económicos limitados), también se debería considerar la posibilidad de usar el teléfono o el correo electrónico.
- Cuando esté en juego la seguridad del menor, el tribunal debería tener potestad para dictar medidas preventivas, tales como la visita supervisada o la exigencia de entregar el pasaporte del menor y del demandado.
- Cuando no esté en peligro la seguridad del menor y se considere viable, el tribunal debería tener potestad para permitir que el contacto se produzca en el extranjero.

7.2. Asistencia jurídica

El alcance de la asistencia jurídica que se ofrece al solicitante es muy distinto en los diferentes países. En algunos países, la asistencia jurídica se ofrece de la misma forma que para las solicitudes de restitución. En otros, los solicitantes deben procurarse (y costearse) una representación privada. Un ejemplo de buenas prácticas es Australia,¹⁰¹ donde la Autoridad Central acude al tribunal en su propio nombre, en tanto que solicitante, y carga con todas las costas judiciales.

98 Véase op. cit., n.º 38, en 4.3.

99 Véase op. cit., n.º 23.

100 Véase op. cit., n.º 27.

101 Véase Informe del país: Australia, op. cit., n.º 20, en 4.2.

7.2.2. RECOMENDACIONES GENERALES DE BUENAS PRÁCTICAS

- Siempre que sea posible, la representación y el asesoramiento jurídico deberían ser gratuitos para el solicitante y, en cualquier caso, no se deberían aplicar costas judiciales.
- En aquellos Estados contratantes donde no exista un verdadero sistema de asistencia jurídica, deberían hacerse esfuerzos para crear una red de abogados dispuestos a ofrecer asesoramiento y representación de forma gratuita o por unos honorarios reducidos a los solicitantes y a los demandados.

7.3. Ejecución de las órdenes de derecho de visita

En general, la ejecución de las órdenes de derecho de visita es más complicada que la ejecución de las órdenes de restitución. Asimismo, los mecanismos disponibles varían de un Estado contratante a otro.

En Italia,¹⁰² por ejemplo, el fiscal del Tribunal de Menores tiene la responsabilidad de ejecutar las órdenes de derecho de visita. De esa forma, puede solicitar la ayuda de la comisaría de policía competente y debe notificar la ejecución a la Autoridad Central.

En Nueva Zelanda,¹⁰³ el tribunal que emitió la orden de derecho de visita puede emitir una orden en virtud del Artículo 119 de la Ley de Atención al Menor 2004, a instancia de parte o de oficio, autorizando a la policía, a un trabajador social o a cualquier otra persona que se nombre en la orden a apropiarse del menor y entregarlo a la persona o autoridad indicada en la orden.

En Inglaterra y Gales,¹⁰⁴ los tribunales están capacitados para multar o encarcelar al demandado si no cumple la orden de derecho de visita. No obstante, no es habitual encarcelar el demandado, ya que se considera negativo para los intereses del menor. En los casos de sustracción no es extraño ordenar medidas para realizar un seguimiento electrónico y establecer un contacto indirecto (es decir, por teléfono o correo electrónico).¹⁰⁵ La Ley de Menores y Adopción 2006 (no en vigor en el momento de la redacción de este informe) incluye medidas que establecen pautas o condiciones para el contacto entre los padres y el menor y, para los casos de incumplimiento de una orden de derecho de visita, añade una sanción en forma de servicios a la comunidad (no remunerados) y la obligación de pagar una indemnización monetaria por cada incumplimiento.

En Escocia¹⁰⁶ e Irlanda del Norte,¹⁰⁷ los tribunales pueden imponer reparaciones civiles por desacato a los tribunales, incluidas multas y el encarcelamiento. En teoría, en Escocia existe la posibilidad de ejecutar la orden de derecho de visita por la fuerza, si bien, en la práctica, ocurre muy raramente. En todas las jurisdicciones del Reino Unido, a las condiciones de la visita pueden añadirse la supervisión de la visita o la entrega del pasaporte del solicitante con el objetivo de evitar la posibilidad de la sustracción.

En Irlanda¹⁰⁸ existen recursos similares a los del Reino Unido.

En los Países Bajos,¹⁰⁹ las órdenes de derecho de visita son ejecutables de forma inmediata en la mayoría de los casos, incluso si se presenta un recurso de apelación. Si el demandado no cumple con una orden de derecho de visita, pueden imponerse medidas de acuerdo con el derecho civil, como el *Dwangsom*, que consiste en una sanción económica que debe pagarse diariamente al solicitante hasta el cumplimiento de la orden. El demandado también puede ser condenado a prisión por un máximo de un año por incumplimiento de una orden judicial (*Lijfswang*).

En Alemania,¹¹⁰ si el demandado no cumple una orden de derecho de visita, se puede ordenar el encarcelamiento (*Ordnungshaft*) del demandado o el pago de una multa (*Ordnungsgeld*) de hasta 25.000 euros. El uso de la fuerza como medida coercitiva contra el menor para ejecutar

102 Véase op. cit., n.º 22, en 3.7/4.3.

103 Véase Informe del país: Nueva Zelanda op. cit., n.º 20, en 3.7/4.3.

104 Véase op. cit., n.º 90, en 4.3.

105 Véase *Re C (Secuestro: Indicaciones Provisionales: Acomodo de la Autoridad Local)* (2003) EWHC 3065 (Fam), (2004) 1 FLR 653.

106 *Ibid.*

107 *Ibid.*

108 Véase op. cit., n.º 38, en 4.3.

109 Véase op. cit., n.º 24, en 4.3.

110 Véase op. cit., n.º 21.

la orden judicial está permitido para las órdenes de restitución, pero no para la ejecución de las órdenes de derecho de visita. También es posible usar la fuerza contra el demandado. Sin embargo, algunos profesionales han indicado que la ejecución forzosa del derecho de visita es imposible en la práctica.

En los Estados Unidos,¹¹¹ los mecanismos disponibles para ejecutar una orden de derecho de visita varían según las jurisdicciones estatales. Entre los mecanismos de ejecución posibles se encuentran: imponer multas y/o penas de cárcel, imponer un garantía monetaria, ordenar una reparación por mandato judicial (suponiendo que el tribunal tenga potestad para ello), modificar órdenes de custodia existentes (incluyendo la concesión de la custodia al otro progenitor), fijar daños y perjuicios monetarios y usar las sanciones penales de acuerdo con la legislación estatal y federal.

En Francia,¹¹² los solicitantes tienen derecho a iniciar procedimientos penales en caso de que se haya violado su derecho de visita. Si fracasa la mediación familiar, el *Procureur* puede solicitar la mediación judicial.

En Australia,¹¹³ cuando el solicitante ha presentado una solicitud de derecho de visita en virtud del Convenio de La Haya de 1980, la normativa aplicable permite al tribunal emitir cualquier orden que considere necesaria para aplicar el Convenio. Si existe un riesgo patente de incumplimiento de una orden de derecho de visita, la Autoridad Central intentará asegurarse de que el riesgo esté cubierto dentro de los términos de la orden emitida. Si existe riesgo de sustracción del menor, el tribunal puede dictaminar, por ejemplo, que el contacto solo puede tener lugar en Australia, que sea supervisado, que se prohíba al menor salir del país y que se incluya el nombre del menor en la lista de control de los aeropuertos. Aun así, si se produce un incumplimiento de la orden, el solicitante puede pedir la asistencia de la Autoridad Central para ejecutarla. El tribunal también puede dictaminar que se emita una orden que permita a la policía tomar las medidas necesarias para localizar y recuperar al menor.

En España,¹¹⁴ el abogado del Estado presenta una petición de ejecución basada en una orden de derecho de visita. El demandado será avisado de la ejecución y se le ordenará cumplir con la decisión. Sin embargo, cabe destacar que, en general, la ejecución de las órdenes de derecho de visita resulta bastante difícil.

En Israel¹¹⁵ existen, en teoría, una serie de recursos disponibles si no se cumple una orden de derecho de visita. El primero de ellos está relacionado con el desacato civil al tribunal.¹¹⁶ Si el tribunal considera que se ha producido un incumplimiento de una orden de derecho de visita, puede emitir una nueva orden exigiendo que se subsane dicho incumplimiento e indicando la sanción aplicable en caso de no proceder a la subsanación. La sanción, que consistirá en una multa y/o encarcelamiento, no pretende ser punitiva, sino que tiene el propósito de conseguir el cumplimiento de la orden judicial. En la práctica, sin embargo, la mayoría de los jueces son reacios a utilizar dichas sanciones, y sencillamente realizan una advertencia a la parte infractora. En segundo lugar, el tribunal puede decidir la ejecución de la orden de derecho de visita.¹¹⁷ Tras esta decisión, la orden que establece el derecho de visita del progenitor será ejecutada por el organismo encargado de la ejecución de las resoluciones judiciales. No obstante, si el funcionario del tribunal encargado de ejecutar la orden considera que solo puede hacerlo mediante el uso de la fuerza contra el menor y el menor es capaz de comprender el asunto, o si existen dificultades para la ejecución de la orden, el caso puede devolverse al tribunal para proseguir su instrucción. El derecho consuetudinario va más allá y exige al director del organismo de ejecución de las resoluciones que no ejecute la decisión en contra de los deseos del menor, a menos que esté convencido, o el tribunal así lo indique expresamente, de que la protección del menor requiera el uso de la fuerza para la ejecución de la resolución.¹¹⁸ No se ha conocido ningún caso en que el tribunal haya autorizado la ejecución en contra de los deseos del menor. En tercer lugar, existe la posibilidad de incoar procedimientos

111 Véase op. cit., n.º 18, en 4.3.

112 Véase op. cit., n.º 28, en 4.2.

113 Véase Patterson, “El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores y su Aplicación – Informe de Aplicación Nacional en Australia”.

114 Véase op. cit., n.º 27, en 3.7/4.3.

115 Véase op. cit., n.º 17, en 4.3.

116 Sección 6 del Desacato a la Ordenanza del Tribunal.

117 Sección 62 de la Ley de Ejecución (1967).

118 C.A. 653/72 *Yahalomi v Yahalomi* 27 P.D. (2) 434.

penales contra el demandado que haya incumplido una orden emitida por un tribunal.¹¹⁹ Si se declara culpable, puede ser condenado hasta a dos años de prisión. Sin embargo, los procesos penales solo pueden ser incoados por el Estado, lo cual ocurre muy raramente, entre otros motivos porque en muchos casos el enjuiciamiento penal puede ser perjudicial para el menor. Finalmente, si el encargado de la atención social considera que la negación del derecho de visita está causando un daño grave e irreparable al menor, puede emprender acciones legales en virtud de la Ley de Juventud (Atención y Supervisión) de 1960, solicitando que el menor sea declarado “un menor necesitado de protección”. Cuando se produce dicha declaración, el tribunal puede emitir una orden de atención o una orden de supervisión. El efecto de una orden de atención es el traspaso de la custodia del menor a las autoridades de asuntos sociales, que determinarán dónde debe residir y que tratamiento debe recibir el menor. Sin embargo, resulta muy controvertido retirar al menor de la custodia del progenitor en tales circunstancias.

En Suecia,¹²⁰ la ejecución de las órdenes de derecho de visita está regulada por el Artículo 21 de la ley de 1989 sobre el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras sobre la custodia y asuntos relacionados y sobre la restitución de menores. Los casos de ejecución de estas órdenes son tramitados por los tribunales administrativos. En caso de que el menor tenga una necesidad especialmente importante de mantener el contacto con el solicitante y si la orden de derecho de visita no puede cumplirse de otro modo, el tribunal puede ordenar la ejecución de la orden con intervención de la policía.

7.3.1. UN EJEMPLO DE BUENAS PRÁCTICAS: ALEMANIA¹²¹

Se trata de un enfoque sensible e individual sobre el ejercicio del derecho de visita. Si se considera apropiado conceder el derecho de visita supervisado o que el menor y el progenitor se vayan acercando prudentemente, el Servicio de Atención Social a la Juventud ofrece su asistencia y, si es necesario, también hay disponible un servicio de asistencia psicológica. Está prohibido el uso de la fuerza contra el menor para ejecutar una orden de derecho de visita. En su lugar, siempre se prefieren los métodos no coercitivos, tales como la mediación o la participación de los servicios de atención al menor.

7.3.2. RECOMENDACIONES GENERALES DE BUENAS PRÁCTICAS

- Los juzgados y tribunales, tanto en la fase de juicio como en la de apelación o, en su caso, en la de ejecución, deberían establecer y cumplir unos horarios que garanticen una rápida resolución de las solicitudes de derecho de visita.
- Los distintos sistemas nacionales deberían evitar la utilización de los recursos de apelación para retrasar la ejecución de las órdenes de derecho de visita.
- Los Estados contratantes deberían contar con un mecanismo eficaz para una rápida ejecución de las órdenes de derecho de visita.
- En la medida de lo posible, se debería evitar el uso de la fuerza contra el menor para ejecutar una orden de derecho de visita. En su lugar, se debería recurrir en primer lugar a otras técnicas más sensibles, tales como la asistencia psicológica al menor antes de la ejecución del derecho de visita.
- Debería existir un servicio de asistencia psicológica a disposición del menor y del demandado para superar, en la medida de lo posible, los litigios sobre el derecho de visita.
- Los tribunales deberían tener potestad, especialmente cuando se trate de menores de más edad, para solicitar un informe de un psicólogo infantil, de forma que el juez pueda evaluar adecuadamente los deseos y los sentimientos del menor.

119 Sección 287 del Código Penal (1977).

120 Véase op. cit., n.º 29.

121 Véase op. cit., n.º 64.

8. Resumen de las recomendaciones generales de buenas prácticas

8.1. La rapidez, un principio de actuación básico

- Es vital que se tramiten las solicitudes con la máxima rapidez.
- Las Autoridades Centrales deberían responder con prontitud a todas las comunicaciones y acusar recibo de las solicitudes con rapidez. El uso de modelos de formularios únicos ayudaría a conseguir una rápida tramitación de las solicitudes.
- Debería acordarse un calendario para la tramitación de las solicitudes de derecho de visita. El periodo de seis semanas indicado por el Convenio de La Haya de 1980 parece demasiado corto para los procedimientos del derecho de visita, por lo que se sugiere un periodo de entre tres y seis meses.
- Las vistas judiciales deberían reducirse al mínimo.

8.2. Obligaciones de las Autoridades Centrales

El Artículo 7 (f) debería revisarse para dejar claro que las Autoridades Centrales deberían estar obligadas, cuando proceda, a iniciar procedimientos legales ante una autoridad jurídica o administrativa, por sí mismas o a través de un intermediario autorizado, para proteger el derecho de visita.

8.3. Tramitación inicial de las solicitudes

Cuando proceda, deberían proporcionarse ejemplares de la legislación nacional sobre derecho de visita del Estado contratante requirente. Cuando proceda, dicha legislación debería traducirse al idioma del Estado contratante requerido.

8.4. Mediación

- Puesto que el derecho de visita convenido es el que tiene las mayores posibilidades de éxito, es necesario fomentar las soluciones de mutuo acuerdo mediante mecanismos como la mediación. Por lo tanto, deberían disponerse mecanismos para concertar una reunión personal con el demandado, con la idea de discutir el caso y alcanzar una solución amistosa.
- En todos los casos apropiados, la Autoridad Central o un intermediario que actúe en su nombre (como un abogado o un mediador) deberían intentar buscar una resolución voluntaria.
- La duración de la mediación debería limitarse (a un mes como máximo) para evitar una prolongación indeseada del proceso.
- La mediación debería ser realizada por mediadores especializados que tengan un buen conocimiento de los convenios internacionales.
- El resultado final de la mediación debe ser legalmente válido para que pueda ejecutarse. Por tanto, cualquier acuerdo redactado en la fase de mediación debería tomar la forma de una orden de consentimiento y registrarse o reflejarse en el Estado contratante requirente.

8.5. Tramitación judicial de las solicitudes

8.5.1. PROCEDIMIENTOS LEGALES

- Los casos de derecho de visita relacionados con el Convenio de La Haya de 1980 deberían ser tramitados por un número reducido de profesionales jurídicos con la formación adecuada, de forma que se pueda ir desarrollando un alto nivel de experiencia. Las Autoridades Centrales deberían establecer una lista de dichos profesionales.
- Los jueces deberían dirigir firmemente la evolución de los procesos sobre derecho de visita, tanto en los juicios como en apelación.

- Cuando se estime necesario (p. ej., cuando exista una distancia geográfica importante entre el Estado requirente y el requerido y/o cuando las partes dispongan de recursos económicos limitados), también se debería considerar la posibilidad de usar el teléfono o el correo electrónico.
- Cuando esté en juego la seguridad del menor, el tribunal debería tener potestad para dictar medidas preventivas, tales como la visita supervisada o la exigencia de entregar el pasaporte del menor y del demandado.
- Cuando no esté en peligro la seguridad del menor y se considere viable, el tribunal debería tener potestad para permitir que el contacto se produzca en el extranjero.
- Las Autoridades Centrales deberían contar con un sistema de seguimiento para supervisar la rapidez y el resultado de cada caso.

8.5.2. ASISTENCIA JURÍDICA Y COSTAS JUDICIALES

- Siempre que sea posible, el asesoramiento y la representación jurídica deberían ser gratuitos para los solicitantes.
- Cuando los solicitantes no estén representados por la Autoridad Central sino que tengan que recurrir a un abogado privado, debería existir una red de abogados dispuestos a ofrecer representación y asesoramiento a los solicitantes y a los demandados de forma gratuita o por unos honorarios reducidos.
- Las vistas judiciales deberían reducirse al mínimo, ya que los gastos derivados de los procedimientos con elemento extranjero son considerablemente mayores que los de los procedimientos sin elemento extranjero.

8.5.3. EJECUCIÓN DE LAS ÓRDENES DE DERECHO DE VISITA

- Los juzgados y tribunales, tanto en la fase de juicio como en la de apelación o, en su caso, en la de ejecución, deberían establecer y cumplir unos horarios que garanticen una rápida resolución de las solicitudes de derecho de visita.
- Los distintos sistemas nacionales deberían evitar la utilización de los recursos de apelación para retrasar la ejecución de las órdenes de derecho de visita.
- Los Estados contratantes deberían contar con un mecanismo eficaz para una rápida ejecución de las órdenes de derecho de visita.
- En la medida de lo posible, se debería evitar el uso de la fuerza frente al menor para ejecutar una orden de derecho de visita. En su lugar, se debería recurrir en primer lugar a otras técnicas más sensibles, tales como la asistencia psicológica al menor antes de la ejecución del derecho de visita.
- Debería existir un servicio de asistencia psicológica a disposición del menor y del demandado para superar, en la medida de lo posible, los litigios sobre el derecho de visita.
- Los tribunales deberían tener potestad, especialmente cuando se trate de menores de más edad, para solicitar un informe de un psicólogo infantil, de forma que el juez pueda evaluar adecuadamente los deseos y los sentimientos del menor.

8.6. Artículo 21

8.6.1. REFORMA DEL ARTÍCULO 21

Las diferentes interpretaciones del Artículo 21 causan dudas y dan lugar a prácticas muy divergentes. Por lo tanto, se recomienda que esta disposición se reforme de la siguiente manera:

- La obligación de garantizar el derecho de visita reside tanto en los tribunales como en las Autoridades Centrales.

- “Derecho de visita” debería definirse como “derecho ya establecido en otro país del Convenio, ya sea de oficio, como consecuencia de una decisión judicial o administrativa o tras adquirir valor jurídico un acuerdo apropiado”.
- Debe indicarse que “derecho de custodia” incluye “derecho de visita”.
- Los solicitantes con derecho de visita indefinido deberían poder utilizar el Artículo 21 para obtener y garantizar un derecho de visita definido.
- También debe afrontarse la falta de poderes de ejecución y debe haber disposiciones que otorguen poderes tanto al tribunal de origen como al tribunal de ejecución para modificar las órdenes de derecho de visita.
- Finalmente, la necesidad de una tramitación rápida de las solicitudes de derecho de visita debería incorporarse expresamente al Convenio de La Haya de 1980.

8.6.2. INTERPRETACIÓN UNIFORME DEL ARTÍCULO 21

A falta de reforma, podrían conseguirse mejoras mediante una interpretación uniforme del Artículo 21.¹²² Recomendamos que, en la medida de lo posible, el Artículo 21 se interprete de manera uniforme, de forma que se entienda que:

- impone claramente a los tribunales el deber/obligación de tramitar las solicitudes de derecho de visita. “Derecho de visita” significa el derecho establecido de oficio, por una decisión judicial o administrativa o por un acuerdo con valor jurídico;
- incluye “derecho de visita” dentro de “derecho de custodia”;
- permite a los solicitantes con derecho de visita indefinido utilizar el Artículo 21 para obtener y garantizar un derecho de visita definido.

Esperamos que mediante la interpretación uniforme del Artículo 21 que se sugiere, pueda establecerse una práctica que garantice un tratamiento equitativo de todos los casos de solicitudes de derecho de visita en virtud del Convenio de La Haya de 1980. El enfoque propuesto tiene, entre otras ventajas, las siguientes:

- Los solicitantes podrán disfrutar de disposiciones generosas en cuanto a la asistencia y/o la representación jurídica (comparables a las que se conceden a las solicitudes de restitución).
- Ayudará a conseguir que se traten de forma rápida las solicitudes de derecho de visita en virtud del Convenio de La Haya de 1980.
- Contribuirá a evitar la discriminación de aquellos solicitantes cuyo derecho de visita no ha sido establecido por una orden judicial, sino por medio de un acuerdo legalmente válido o de oficio.

¹²² Un ejemplo de jurisdicción en la que la interpretación que se sugiere ya ha sido puesta en práctica es Australia (véase Sección 5 de este informe). A este respecto, Australia es el mejor modelo para la resolución de las disputas relacionadas con el derecho de visita. El Artículo 21 se considera como vinculante en los tribunales australianos y los casos de derecho de visita contemplados por el Convenio de La Haya de 1980 son tratados no con arreglo a la legislación nacional sino mediante la aplicación de los Reglamentos, lo que denota la necesidad de unos procedimientos rápidos. La amplia interpretación de los ‘derechos de visita’ permite también que los solicitantes cuyos derechos de visita no hayan sido establecidos por la sentencia de un tribunal, se beneficien de los procedimientos contemplados por el Convenio de La Haya de 1980.

Charles B. Wang International Children's Building

699 Prince Street

Alexandria, Virginia 22314-3175

Estados Unidos de América

Tel.: +1 (703) 224 2150

Fax: +1 (703) 224 2122

