

Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

Cuarta parte – Ejecución



Family Law



GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS

*en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre
los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*

CUARTA PARTE – EJECUCIÓN

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS

***en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre
los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores***

CUARTA PARTE – EJECUCIÓN

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

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

© Hague Conference on Private International Law 2011

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en un sistema retrieval ni transmitida de ninguna otra forma ni por ningún medio, incluidos fotocopiado y grabación, sin el permiso escrito del titular del derecho de propiedad intelectual, solicitud que se enviará a la editorial.

British Library Cataloguing-in-Publication Data
Un registro de catálogo de este libro se encuentra disponible en la British Library

ISBN 978 1 84661 243 5

Impreso en Gran Bretaña por Antony Rowe

ÍNDICE

	<i>Página</i>
SÍNTESIS	vii
INTRODUCCIÓN	xv
A. Antecedentes del trabajo de la Conferencia de La Haya en materia de ejecución de órdenes de restitución emitidas de conformidad con el Convenio	xvii
B. Resumen de los factores que pueden demorar la ejecución	xx
C. Terminología	xxiii
LA GUÍA	1
1. Medidas disponibles en el Estado requerido, su contenido y condiciones de aplicación	3
2. Recursos judiciales disponibles contra las órdenes de restitución o su ejecución	12
3. Efecto de los recursos judiciales sobre la ejecutabilidad de las órdenes de restitución	21
4. Procedimiento de ejecución (incluida la orden de restitución a ejecutarse y los objetivos de la ejecución) y actores involucrados	24
5. Promoción del cumplimiento voluntario	28
6. El niño	31
7. Cooperación entre tribunales, autoridades y otros actores dentro del Estado requerido	33
8. Cooperación transfronteriza para garantizar una restitución segura	38
9. Capacitación y educación	40
ANEXO – Capítulo 7 de los <i>Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas sobre el Contacto Transfronterizo relativo a los Niños</i>	

SÍNTESIS

- 1. Medidas disponibles en el Estado requerido, su contenido y condiciones de aplicación**
 - 1.1 Para localizar a un niño sustraído deberá contarse con mecanismos rápidos y efectivos. Estas medidas deberán estar disponibles en todas las instancias del proceso, incluida la instancia de ejecución.**
 - 1.2 Para proteger a un menor sustraído deberá contarse con mecanismos rápidos y efectivos mientras el proceso de restitución se encuentre en curso, especialmente con el objetivo de impedir que el progenitor que sustrajo al menor lo oculte. Estas medidas deberán estar disponibles en todas las instancias del proceso, incluida la instancia de ejecución.**
 - 1.3 En todas las instancias del proceso, el tribunal deberá considerar si son necesarias medidas de protección para prevenir el ocultamiento o el traslado del niño fuera de la jurisdicción del tribunal.**
 - 1.4 Se deberá disponer de mecanismos efectivos que permitan preparar al niño sustraído para su restitución. Estas medidas deberán estar disponibles en todas las instancias del proceso, incluida la instancia de ejecución. También habrá que considerar, si fuera necesario, la cooperación con las autoridades del Estado de residencia habitual para garantizar la protección continua del niño después de su restitución.**
 - 1.5 Se deberá disponer de mecanismos rápidos y efectivos para ejecutar una orden de restitución, incluida una serie de medidas coercitivas efectivas.**
 - 1.6 Se deberán evitar o limitar las condiciones o requisitos adicionales para la ejecución de una orden de restitución mediante la utilización de medidas coercitivas.**
 - 1.7 Se deberán evitar o limitar las cargas administrativas adicionales sobre el solicitante con relación a la ejecución de una orden de restitución (tales como la necesidad de una solicitud formal de ejecución o de requisitos y autorizaciones adicionales, la necesidad de una nueva solicitud de asistencia judicial, etc.).**
 - 1.8 Cuando sea necesario notificar al demandado acerca de la orden de restitución antes de que se puedan aplicar medidas coercitivas, se deberá considerar la posibilidad de cursar la notificación, cuando corresponda, en el momento en el que el agente de ejecución proceda a ejecutarla.**
 - 1.9 No se exigirá, en el contexto del Convenio, legalización ni otras formalidades análogas, ni siquiera respecto de los poderes generales u otros documentos que autoricen a una persona designada por el solicitante a llevarse al niño.**
- 2. Recursos judiciales disponibles contra las órdenes de restitución o su ejecución**
 - 2.1 Concentración de la competencia**
 - 2.1.1 En sistemas jurídicos en los que ciertas órdenes relativas a la ejecución (ya sea una autorización de ejecución o una orden de medidas coercitivas específicas) deben ser dictadas por un tribunal diferente del tribunal que decidió sobre la solicitud de restitución (un tribunal de ejecución determinado), se deberán sopesar cuidadosamente los beneficios eventuales de una concentración de competencia a nivel de los tribunales de ejecución frente a las ventajas de la proximidad del tribunal de ejecución respecto del lugar de ejecución.**

4. Procedimiento de ejecución (incluida la orden de restitución a ejecutarse y los objetivos de la ejecución) y actores involucrados
 - 4.1 El tribunal, al emitir una orden de restitución, deberá elegir cuidadosamente la opción apropiada para restituir al niño. En todas las circunstancias, salvo las excepcionales, la orden deberá requerir la restitución inmediata del niño, ya que las demoras pueden causarle más daño y confusión al niño y darle al progenitor sustractor la oportunidad de sustraerlo nuevamente.
 - 4.2 Al emitir una orden de restitución, el tribunal deberá hacerlo en la forma más detallada y específica posible, incluyendo los datos prácticos de la restitución y las medidas coercitivas que se aplicarán en caso de ser necesario.
 - 4.3 Es preferible que los arreglos prácticos necesarios para la implementación de la orden de restitución se decidan después de que el juez haya escuchado los planteos de las partes y considerado sus respectivas propuestas. Se exhorta a los tribunales a que inviten a las partes a realizar estas propuestas y, si fuera posible, a efectuar conjuntamente los arreglos prácticos que se incorporarán a la orden de restitución.
 - 4.4 Cuando corresponda, el tribunal podrá considerar incluir en la orden de restitución una escala jerárquica de diferentes opciones.
 - 4.5 Las cuestiones relacionadas con los documentos de viaje del niño deberán aclararse mucho antes de la etapa de ejecución, preferentemente al momento de la emisión de la orden de restitución o antes de ello.
 - 4.6 Las autoridades de los Estados interesados deberán tener la posibilidad de emitir un salvoconducto provisional (“*laissez-passer*”), que se utilizará por única vez y permitirá que el niño salga del país y sea restituido al Estado de residencia habitual.
5. Promoción del cumplimiento voluntario
 - 5.1 Considerando los beneficios que obtendría el niño mediante un acuerdo amigable, la Autoridad Central y el tribunal deberán, desde el comienzo y a lo largo de todo el proceso, incluida la instancia de apelación, trabajar apropiadamente con las partes o sus asesores jurídicos y considerar la posibilidad de una mediación u otra forma de acuerdo voluntario, sin perjuicio de la obligación primordial de evitar demoras indebidas en el litigio.
 - 5.2 En la etapa de la ejecución, se deberá continuar con los esfuerzos para lograr una solución amigable, especialmente para acordar las modalidades de la restitución y el cumplimiento voluntario. Con este propósito, el tribunal, la Autoridad Central y los agentes de ejecución deberán trabajar, según corresponda, con las partes o sus asesores jurídicos y considerar la posibilidad de una mediación u otra forma de acuerdo, sin perjuicio de la obligación primordial de evitar demoras indebidas en la aplicación de la orden de restitución.
 - 5.3 Cuando corresponda, los tribunales deberán solicitar la asistencia de profesionales del área de la psicología social así como la de mediadores profesionales con el objetivo de lograr un acuerdo amigable y / o preparar a las partes involucradas, particularmente al niño, para la restitución. Esta asistencia deberá estar disponible en todas las instancias del proceso si fuera necesario, incluida la instancia de ejecución. No obstante, deberá solicitársela lo antes posible durante el proceso.

- 5.4 Deberá haber mecanismos efectivos disponibles que garanticen la ejecutabilidad en los Estados pertinentes de los acuerdos celebrados entre las partes para poder proceder a la ejecución sin demora en el caso de que el acuerdo no se cumpla.
6. El niño
- 6.1 Cuando corresponda, teniendo en cuenta la edad y madurez del niño sustraído, se deberá indagar en sobre los deseos y sentimientos del niño desde los comienzos del proceso de restitución y, cuando se ordene la restitución, éstos deberán tomarse debidamente en cuenta al momento de considerar la mejor manera de aplicar la restitución.
- 6.2 De conformidad con su edad y madurez, el niño deberá, en lo posible, ser informado sobre el proceso de ejecución en su totalidad y sobre lo que sucederá una vez que sea restituido al Estado de residencia habitual.
7. Cooperación entre tribunales, autoridades y otros actores dentro del Estado requerido
- 7.1 Cuando el sistema lo permita, el tribunal responsable de emitir una orden de restitución deberá supervisar el proceso de aplicación. Cuando el tribunal no tenga esta responsabilidad, se deberá hacer cargo otro tribunal (por ej., un tribunal de ejecución especializado) o autoridad pública (por ej., la Autoridad Central). La autoridad responsable de realizar una restitución deberá abocarse a llevarla a cabo de conformidad con los términos de la orden de restitución o en la fecha más cercana posible.
- 7.2 Cuando se prevea la aplicación de medidas coercitivas, los agentes de ejecución deberán tener a su disposición información amplia sobre los hechos del caso en particular y la orden judicial que se ejecutará. También deberán estar familiarizados con los objetivos del Convenio.
- 7.3 Antes de procederse a la ejecución, se considerará la necesidad de incluir a otros profesionales (por ej., profesionales del área de la psicología social, mediadores, intérpretes, un juez cuando corresponda, etc.) en la preparación de la ejecución y / o en el lugar efectivo de la ejecución. El profesional que lleve a cabo la ejecución deberá poder solicitar la asistencia de otros profesionales en caso de que sea necesario. No obstante, la necesidad de inclusión de otros profesionales deberá sopesarse siempre de modo tal de evitar demoras que podrían ocurrir debido a su inclusión.
- 7.4 También deberá ser posible incluir a otros profesionales cuando la necesidad de incluirlos surja exclusivamente *después de que la ejecución haya comenzado*.
- 7.5 Todos los profesionales involucrados en la ejecución de una orden de restitución deberán estar al tanto de las tareas y responsabilidades de los otros. Tendrán que cooperar conjuntamente durante todo el proceso.
- 7.6 Quien sea responsable de decidir quién estará presente en el lugar efectivo de la ejecución (por ej., el tribunal, la Autoridad Central, el agente de ejecución) deberá considerar cuidadosamente si la presencia del solicitante sería de ayuda o podría complicar las cosas en el caso particular.

8. Cooperación transfronteriza para garantizar una restitución segura

- 8.1** El tribunal que considere la restitución de un niño deberá recibir, a través de las Autoridades Centrales o de otros canales apropiados, información relacionada con las medidas de protección y los servicios disponibles en el Estado requirente, cuando sea necesario para garantizar la restitución segura del niño.
- 8.2** Con este propósito, se alienta a los tribunales a utilizar redes judiciales nacionales, regionales e internacionales y recurrir a jueces de enlace y a solicitar la asistencia de las Autoridades Centrales, cuando corresponda.
- 8.3** El Estado requirente deberá hacer todo lo posible para crear las condiciones que permitan la emisión de una orden de restitución, por ejemplo:
- garantizando que el impacto de un proceso penal por la sustracción de un niño en la posibilidad de lograr su restitución se pueda tomar en cuenta al momento del ejercicio de cualquier facultad discrecional que las autoridades procesales tengan para presentar, suspender o retirar cargos;
 - pudiendo otorgar órdenes espejo u otras órdenes que garanticen la protección del niño después de la restitución; y
 - alentando a sus tribunales y autoridades administrativas a aplicar estas normas con la finalidad de favorecer la restitución del niño – cuando sea apropiado, acompañado por el progenitor que lo sustrajo.
- 8.4** Las autoridades de los Estados requirente y requerido (es decir, el tribunal ante el cual tramita la solicitud de restitución, ambas Autoridades Centrales y, cuando corresponda, los tribunales del Estado requirente) deberán comunicarse lo antes posible durante el proceso de restitución con la intención de realizar los arreglos prácticos y jurídicos necesarios para la restitución segura del niño. Estos arreglos deberán disponerse preferentemente antes de que se emita la orden de restitución.

9. Capacitación y educación

- 9.1** Los profesionales responsables de ejecutar una orden de restitución deberán recibir la capacitación apropiada.
- 9.2** Los profesionales responsables de ejecutar una orden de restitución deberán estar al tanto de las tareas que realizan otros profesionales pertinentes en su jurisdicción (por ej., trabajadores sociales, psicólogos, intérpretes) que podrían asistir en la ejecución y su preparación. Se recomienda la capacitación interdisciplinaria que integra a los representantes de estas profesiones diversas.
- 9.3** Todos los profesionales involucrados en procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya y en la ejecución de órdenes de restitución deberán conocer los objetivos del Convenio.
- 9.4** Todos los profesionales involucrados en procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya y en la ejecución de órdenes de restitución deberán saber que los medios de comunicación y / o las iniciativas de los progenitores y los grupos de apoyo pueden ejercer presión en estos casos y deberán estar preparados para manejar esta situación.

- 9.5 Podrán surgir dificultades cuando los jueces, abogados y otros profesionales no estén familiarizados con el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya. Resulta conveniente que un grupo de jueces y abogados especialistas debidamente capacitados y educados se dedique a este tema de manera tal de reducir demoras y fomentar la integridad del proceso.**
- 9.6 Se recomienda que se preparen guías de práctica, manuales, listas de control y/u otros documentos que puedan servir de ayuda para los profesionales involucrados en la ejecución de órdenes de restitución en virtud del Convenio de La Haya.**

INTRODUCCIÓN

Introducción

A. ANTECEDENTES DEL TRABAJO DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE ÓRDENES DE RESTITUCIÓN EMITIDAS DE CONFORMIDAD CON EL CONVENIO¹

1. En la reunión de la Comisión Especial sobre el *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* que tuvo lugar en La Haya entre el 27 de septiembre y el 1° de octubre de 2002, se adoptó la siguiente recomendación:

“La Oficina Permanente debería continuar reuniendo información sobre la práctica de la ejecución de las órdenes de restitución en los diferentes Estados contratantes. La Oficina Permanente debería preparar un informe sobre la materia con vistas al posible desarrollo de una Guía de Buenas Prácticas.”²

2. Como primera medida, entre el verano de 2004 y el otoño de 2006, Andrea Schulz, entonces Primera Secretaria de la Oficina Permanente, llevó a cabo un estudio jurídico comparativo³ sobre la ejecución de órdenes emitidas de conformidad con el Convenio. Este estudio se llevó a cabo mediante un Cuestionario al que respondieron 46 jurisdicciones⁴. Al mismo tiempo, a solicitud de la Oficina Permanente y con el patrocinio del Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados (*International Centre for Missing and Exploited Children*), el Profesor Nigel Lowe de la Universidad de Cardiff⁵ realizó una investigación empírica sobre la ejecución de órdenes emitidas en virtud del Convenio de La Haya en varios Estados contratantes⁶.

3. Los dos proyectos de investigación identificaron conjuntamente ciertos problemas estructurales así como buenas prácticas existentes con respecto a la ejecución de las órdenes de restitución emitidas en virtud del Convenio de La Haya⁷. Varios de los Estados que respondieron el Cuestionario de la Oficina Permanente señalaron que recibirían con agrado una Guía de Buenas Prácticas sobre ejecución. Consecuentemente, se propusieron principios rectores para que la Quinta Reunión de la Comisión Especial realice un estudio

¹ Cualquier referencia en esta Guía al “Convenio” corresponde al *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*.

² Ver “Informe y Conclusiones de la Comisión Especial con respecto al *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (27 de septiembre – 1 de octubre de 2002)”, redactado por la Oficina Permanente, marzo 2003, en pp. 45 y 46 (disponible en < www.hcch.net > en “Sección Sustracción de Niños” y “Reuniones de la Comisión Especial”, párr. 1 c).

³ Ver A. Schulz, “Ejecución de Ordenes conforme al Convenio de La Haya de 1980 – Un Estudio Jurídico Comparativo”, Doc. Prel. N° 6 de octubre de 2006 a la atención de la Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (La Haya, 30 de octubre al 9 de noviembre de 2006) (disponible en < www.hcch.net > en “Sección Sustracción de Niños” y “Reuniones de la Comisión Especial”).

⁴ Alemania, Argentina, Austria, Bahamas, Belarús, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Canadá (Autoridad Central Federal, Alberta, Manitoba, Quebec, Saskatchewan), Chile, China (Hong Kong (RAE), Macao (RAE)), Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, México, Mónaco, Nueva Zelandia, Noruega, Países Bajos, Panamá, Reino Unido (Escocia, Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte, Isla de Man, Montserrat), República Checa, Rumania, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía. Después de haberse completado el estudio (*ibid.*), se recibió la respuesta de Bosnia y Herzegovina. Las respuestas se encuentran disponibles en < www.hcch.net > en “Sección Sustracción de Niños” y “Cuestionarios y Respuestas”.

⁵ Ver N. Lowe, S. Patterson y K. Horosova, “Ejecución de Ordenes dictadas en virtud del Convenio de 1980 – Un Estudio Empírico”, encargado por la Oficina Permanente y patrocinado por el Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados, Doc. Info. N° 1 a la atención de la Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (La Haya, 30 de octubre al 9 de noviembre de 2006) (disponible en < www.hcch.net > en “Sección Sustracción de Niños”, “Reuniones de la Comisión Especial” y “Documentos sobre el funcionamiento práctico”) y el subsiguiente “Informe de Buenas Prácticas sobre Ejecución conforme al *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, 2007, de los mismos autores (disponible en < www.icmec.org >).

⁶ Los Estados contratantes son Estados que ratificaron y adhirieron al *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*.

⁷ Las órdenes de restitución en virtud del Convenio de La Haya son órdenes de restitución de uno o más niños al Estado de su residencia habitual emitidas en virtud de una solicitud presentada de conformidad con el *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*.

sobre el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* que podría constituir la base de una Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución⁸. Se recurrió a la investigación sobre derecho comparado realizada por la Oficina Permanente, a la investigación empírica del Profesor Nigel Lowe y el Equipo de Cardiff y a los informes nacionales de 14 Estados relacionados con la ejecución contenidos en *El Boletín de los Jueces (The Judges' Newsletter)* de la primavera de 2004. Además, se tomaron en cuenta las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por las Comisiones Especiales para estudiar el funcionamiento del Convenio⁹ y los seminarios judiciales anteriores¹⁰.

4. La Comisión Especial, después de debatir el tema en detalle, adoptó las siguientes Conclusiones y Recomendaciones¹¹:

1.5.1 La Comisión Especial alienta el apoyo a los principios de buenas prácticas establecidos en el Documento Preliminar N° 7.

1.5.2 La Comisión Especial recomienda que se invite a la Oficina Permanente a redactar un proyecto de Guía de Buenas Prácticas en materia de Ejecución basado en el Documento Preliminar No 7, tomando en consideración los debates sobre los principios propuestos durante la Quinta Reunión de la Comisión Especial, y cualquier otra información adicional recibida sobre las experiencias en los Estados contratantes. El proyecto debería completarse con la asistencia de un grupo de expertos. Como punto de partida, este grupo incluirá a Nigel Lowe (Consultor de la Oficina Permanente), Eberhard Carl (Alemania), Irène Lambreth (Bélgica), Sandra Zed Finless (Canadá), Suzanne Lee Kong Yin (China – Hong Kong RAE), Peter Beaton (Comunidad Europea – Comisión), Mariano Banos (Estados Unidos de América), Markku Helin (Finlandia), Leslie Kaufmann (Israel), Peter Boshier (Nueva Zelanda), Petunia Seabi (Sudáfrica) y Ricardo Pérez Manrique (Uruguay). Antes de la publicación, el proyecto de Guía de Buenas Prácticas será difundido a los Estados miembros de la Conferencia de La Haya así como a otros Estados contratantes al Convenio de La Haya de 1980 para que formulen sus comentarios.

1.5.3 La Comisión Especial recibe con agrado el estudio legal comparativo llevado a cabo por la Oficina Permanente y el estudio empírico llevado a cabo por el Profesor Lowe sobre la ejecución de órdenes bajo el *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Asimismo, expresa su agradecimiento hacia los autores de los estudios, y al *International Centre for Missing and Exploited Children* que proveyó la financiación para el estudio empírico.

⁸ A. Schulz, "Ejecución de las Órdenes fundadas en el Convenio de La Haya de 1980 – Hacia Principios de Buenas Prácticas", Doc. Prel. N° 7 de octubre de 2006 a la atención de la Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (La Haya, 30 de octubre al 9 de noviembre de 2006) (disponible en < www.hcch.net > en "Sección Sustracción de Niños" y "Reuniones de la Comisión Especial").

⁹ Ver "Informe de la Tercera Reunión de la Comisión Especial para Revisar el Funcionamiento del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (17 al 21 de marzo de 1997)", redactado por la Oficina Permanente, párr. 53; "Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial para Revisar el Funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (22 al 28 de marzo de 2001)", redactadas por la Oficina Permanente, Conclusiones 3.9 a 3.11, disponibles en < www.hcch.net > en "Sección Sustracción de Niños" y "Reuniones de la Comisión Especial".

¹⁰ Ver en particular las Conclusiones del Seminario de Jueces sobre el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Noordwijk, 19 al 22 de octubre de 2003, dedicado a temas de ejecución, disponibles en < www.hcch.net > en "Sección Sustracción de Niños" y "Seminarios Judiciales sobre la Protección Internacional de Niños", Conclusiones N° 1 c, 4 a 8. Las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas en otros seminarios y conferencias judiciales en cierta medida también se refieren al tema de la ejecución (De Ruwenberg 2001, Malta 2004, Malta 2006, La Haya 2006 (para participantes de la Región del Este y Sur de África), disponibles en *ib.*).

¹¹ Ver "Informe sobre la Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores* y la implementación práctica del *Convenio del 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (30 de octubre al 9 de noviembre de 2006)", redactado por la Oficina Permanente, marzo de 2007, disponible en < www.hcch.net > en "Sección Sustracción de Niños" y "Reuniones de la Comisión Especial".

5. En respuesta a la solicitud de la Comisión Especial, se elaboró la presente Guía de Buenas Prácticas basada en los procedimientos establecidos precedentemente. Se espera que sirva de ayuda a los Estados contratantes en la implementación de un sistema eficiente para ejecutar las órdenes de restitución en virtud del Convenio de La Haya para favorecer el interés superior de los niños involucrados. Si bien se reconoce que esta Parte de la Guía de Buenas Prácticas es más técnica y detallada en su enfoque sobre el tema que otras Partes anteriores, se considera que esto refleja la complejidad y diversidad de los enfoques adoptados por los Estados respecto del tema de la ejecución. Con esto en mente, se espera que, en la medida de lo posible, los Estados tomen medidas para simplificar sus leyes y procedimientos relacionados con la ejecución de conformidad con los principios establecidos en esta Parte.

6. Las respuestas al Cuestionario sobre la ejecución de órdenes emitidas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 que la Oficina Permanente hizo circular en 2004 como preparación de esta Parte de la Guía de Buenas Prácticas abordaban principalmente la ejecución de órdenes de *restitución* que, por consiguiente, es el tema principal de esta Guía. No obstante, muchos de los principios de buenas prácticas para la ejecución de órdenes de restitución también se aplican a la ejecución de órdenes de contacto. La ejecución de órdenes mediante las cuales se otorga *el derecho de visita / contacto* recibe tratamiento en el Capítulo 7 de los *Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas sobre el Contacto Transfronterizo relativo a los Niños*¹² que se incluye como Anexo en esta Guía.

7. La Oficina Permanente desea agradecer a las muchas Autoridades Centrales designadas de conformidad con el Convenio y a los expertos que contribuyeron a la Guía con su aporte de sabiduría y experiencia¹³. Agradecemos especialmente a Andrea Schulz, ex Primera Secretaria de la Oficina Permanente, que realizó el trabajo principal de esta Parte de la Guía y al Profesor Nigel Lowe, Samantha Patterson y Katarina Horosova por su trabajo sobre el Estudio Empírico y el Informe de Buenas Prácticas¹⁴. Asimismo, agradecemos a Eimear Long y Hannah Baker quienes, como Oficiales Legales de la Oficina Permanente, ayudaron en la preparación de esta Guía para su publicación.



8. Si bien el contenido de esta Guía no ha de interpretarse como vinculante para un Estado contratante en particular, se alienta a todos los Estados, ya sea que estén contemplando la posibilidad de ser Parte del Convenio o que ya sean Parte de él, a considerar, a la luz de esta Guía, la mejor forma de garantizar la ejecución efectiva de las órdenes de restitución emitidas de conformidad con el Convenio.



¹² *Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas sobre el Contacto Transfronterizo relativo a los Niños* (Jordan Publishing, 2009), en adelante denominado "Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo", también disponible en < www.hcch.net > en "Sección Sustracción de Niños" y "Guía de Buenas Prácticas".

¹³ Se recibieron comentarios de: Sra. Mari Aalto (Comisión Europea, Unión Europea), del Sr. James Bischoff (Departamento de Estado, Estados Unidos de América), Sr. Peter Boshier (Juez Principal, Tribunal de Familia, Nueva Zelanda), Sra. Leslie Kaufman (Autoridad Central de Israel), Srta. S. K. Lee (Departamento de Justicia, Hong Kong (RAE)) y Sra. Sandra Zed Finless (Autoridad Central Federal de Canadá).

¹⁴ *Op. cit.* nota 5.

B. RESUMEN DE LOS FACTORES QUE PUEDEN DEMORAR LA EJECUCIÓN¹⁵

9. Puede servir de ayuda observar más detenidamente los problemas identificados en los dos proyectos de investigación desarrollados a efectos de la preparación de esta Guía. Las dificultades para ejecutar una orden de restitución¹⁶ pueden tener orígenes diversos.

La orden de restitución

- La orden de restitución no especifica los detalles exactos de la entrega o restitución del niño, tales como de qué manera se debe efectuar, ni dentro de qué espacio de tiempo ni el lugar preciso en el Estado de residencia habitual al que se deberá restituir al niño.

Procesamiento de las solicitudes por las Autoridades Centrales y otras autoridades

- La ejecución se demora por la falta de respuesta de las autoridades, (incluidas la policía, los agentes de ejecución y otras autoridades involucradas en la ejecución) a una solicitud de ejecución o por otras demoras injustificadas de las autoridades al momento de tomar algunas medidas necesarias.

Apelaciones

- La ejecución se dilata porque existen varios niveles de recursos judiciales y no es posible ejecutar una orden de restitución hasta que se agoten todas estas instancias.
- La ejecución se dilata porque el tribunal o los tribunales de apelaciones se demoran en decidir acerca de la apelación.
- El progenitor sustractor utiliza el sistema de apelaciones / sistema legal para demorar la ejecución, por ejemplo, mudándose a otra localidad dentro del Estado, lo que conduce a un cambio de jurisdicción del proceso.

Medidas coercitivas – su contenido y condiciones de aplicación

- En algunos sistemas legales faltan medidas coercitivas efectivas.
- En algunos sistemas legales se requiere una orden judicial específica para *cada* intento de ejecución.
- En algunos sistemas legales el requisito de notificación formal puede producir más demoras innecesarias entre la notificación de la ejecución y su implementación.
- En algunos sistemas legales se requieren diferentes autorizaciones, decisiones y aprobaciones antes de que se pueda realizar la ejecución.
- En algunos sistemas legales, estas autorizaciones, decisiones y aprobaciones y / o las decisiones que ordenan medidas coercitivas específicas se encuentran sujetas a recursos judiciales que son independientes de la orden de restitución y este tipo de recurso suspende la ejecución.

¹⁵ Para una definición de “ejecución” en este contexto, ver la sección de terminología, *infra*, Parte C.

¹⁶ Para la ejecución de órdenes de visita / contacto, ver Capítulo 7 de la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo, *op. cit.* nota 12, que se incluye como Anexo en esta Guía.

El niño

- El niño se opone a ser restituido a pesar de que se ordenó la restitución y se niega a viajar / cooperar.

El progenitor sustractor

- El progenitor sustractor oculta al niño, ya sea mientras el proceso de restitución se encuentra pendiente de resolución o después de que se dictó la orden de restitución.
- El progenitor sustractor traslada al niño a otro país, ya sea durante la tramitación del proceso de restitución o después de que se dictó la orden de restitución, algunas veces transitando por el país de restitución.
- El progenitor sustractor adopta una conducta que obstruye el proceso para demorar o evitar la ejecución (por ej., el demandado se niega a revelar planes de viaje o los cambia, simula tener dificultades para movilizarse, se niega a firmar solicitudes de visa o pasaporte).
- La ejecución se demora por la presión del público y / o de los medios de comunicación o por temor a que los medios se interesen o involucren.
- La ejecución de la orden de restitución se demora porque el progenitor sustractor no puede reingresar en el país de residencia habitual (por ej., por razones de inmigración o por una orden de captura) en el caso de que tenga que retornar con el menor.

El solicitante y el Estado requirente

- La ejecución se demora porque el progenitor solicitante cambia de opinión con respecto a continuar solicitando la ejecución de la orden de restitución.
- La ejecución se demora porque el progenitor solicitante no reclama la ejecución de la orden de restitución.
- El tribunal ordenó que se entregue el niño al solicitante o a una persona designada por éste pero ninguno de ellos se encuentra presente en el momento y lugar fijados para la ejecución, por ejemplo, porque el solicitante no puede viajar o no puede afrontar los gastos del viaje (o el solicitante no designa a otra persona).
- La ejecución se demora porque no se cumple con las condiciones / obligaciones establecidas en la orden de restitución o por la necesidad de obtener una orden espejo¹⁷ en el Estado requirente (por ej., el solicitante no realiza el pago requerido o no cumple con otras condiciones o el proceso para obtener órdenes espejo es extenso).
- La presencia del solicitante en el lugar de la ejecución hace que se agudice el conflicto, lo que conduce al fracaso de la ejecución.

Procesos penales en el Estado requirente

- Una orden de arresto o denuncia penal contra el progenitor sustractor en el Estado de residencia habitual amedrenta al progenitor sustractor e impide que restituya al menor pronta y voluntariamente.
- El solicitante no puede o no quiere reclamar que se retire la orden de arresto o las autoridades del Estado requirente se niegan a hacerlo.

¹⁷ Esta es una orden dictada por los tribunales del Estado requirente que es idéntica o similar a una orden dictada en el Estado requerido. En calidad de tales, las órdenes son totalmente ejecutables y efectivas en sus respectivos países.

Otros aspectos prácticos y legales

- La ejecución se demora porque ninguna de las partes puede pagar los costos del traslado o ninguna de las partes puede afrontar los gastos de alojamiento.
- En el lugar efectivo de la ejecución, cuando se enfrenta a una situación de crisis familiar, el agente de ejecución no está preparado para aplicar medidas coercitivas.
- En el lugar efectivo de la ejecución, no es posible la comunicación entre el agente de ejecución, el progenitor sustractor y / o el niño por inconvenientes con el idioma.
- En el lugar efectivo de la ejecución, otros actores involucrados (por ej., trabajadores sociales profesionales) no están de acuerdo en cooperar en una ejecución coercitiva.

10. De esta perspectiva queda claro que algunos de los problemas que pueden surgir tienen su origen en las disposiciones legales subyacentes mientras que otros son de naturaleza más práctica o fáctica y podrían subsanarse sin modificar la legislación. La Guía de Buenas Prácticas refleja esta diferencia. Los principios se presentan en el siguiente orden:

- Contenido y condiciones de aplicación de las medidas coercitivas.
- Recursos judiciales disponibles contra las órdenes de restitución o su ejecución.
- Efecto de los recursos judiciales sobre la ejecutabilidad de las órdenes de restitución.
- Procedimiento de ejecución y actores involucrados.
- Promoción del cumplimiento voluntario.
- El niño.
- Cooperación dentro del Estado requerido.
- Cooperación transfronteriza para garantizar una restitución segura.
- Capacitación y educación para los profesionales.

C. TERMINOLOGÍA

11. Es importante observar que en esta Guía “ejecución” se utiliza con el significado de “aplicación mediante medidas coercitivas”, es decir, “consumación”. La aplicación de la restitución a través del cumplimiento voluntario no se considera “ejecución” a los efectos de esta Guía. No obstante, hay que subrayar que el cumplimiento voluntario de la orden de restitución será la solución que sirva generalmente mejor a los intereses del menor. También cabe destacar que aunque en esta Guía se utiliza la expresión “*progenitor o padre sustractor*”, otra persona que no sea uno de los progenitores puede ser la responsable del traslado o de la retención ilícita del niño de conformidad con el Convenio. Además, la expresión “*progenitor o padre sustractor*” se utiliza en la Guía para incluir a los que se supone que han trasladado o retenido a un niño de manera ilícita según el Convenio.

12. Por último, cuando las notas al pie se refieren a nombres de Estados o unidades territoriales sin indicación de la fuente, la información se obtuvo de las respuestas al Cuestionario de 2004¹⁸ o de los comentarios de los Estados al responder sobre el Proyecto de la Guía. Se pueden encontrar más detalles sobre los Estados respectivos bajo una perspectiva de comparación en A. Schulz, “*Enforcement of Orders made under the 1980 Convention – A Comparative Legal Study*”, Documento Preliminar N° 6 de octubre de 2006 a la atención de la Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (La Haya, 30 de octubre a 9 de noviembre de 2006)¹⁹.

¹⁸ Cuarenta y seis jurisdicciones diferentes respondieron al Cuestionario de 2004. *Op. cit.* nota 4.

¹⁹ *Op. cit.* nota 3.

LA GUÍA

La Guía

1. MEDIDAS DISPONIBLES EN EL ESTADO REQUERIDO, SU CONTENIDO Y CONDICIONES DE APLICACIÓN

1.1 Para localizar a un niño sustraído deberá contarse con mecanismos rápidos y efectivos. Estas medidas deberán estar disponibles en todas las instancias del proceso, incluida la instancia de ejecución.

13. Durante la tramitación del proceso y luego de que un tribunal haya dictado una orden de restitución, es importante que se pueda localizar rápidamente al niño con la intención de aplicar dicha orden de restitución. En la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales se describen medidas y facultades útiles a estos efectos, particularmente en el Principio 4.10 y en el Anexo 5.1²⁰. Dicha Guía también subraya que las facultades efectivas de localización son importantes en todas las etapas del proceso.

14. Primero, antes de que se presente una solicitud de restitución ante un tribunal, es importante la pronta localización del niño para determinar el foro correcto donde se desarrollará el proceso y garantizar que éste comience dentro del período de un año mencionado en el artículo 12.

15. Segundo, mientras tramita el proceso judicial, el progenitor sustractor puede huir con el menor, siendo importante localizarlos lo antes posible para garantizar que el proceso de restitución y la consiguiente orden de restitución²¹ no se vean frustradas. Al respecto, sería ventajoso que el tribunal que entiende en el proceso de restitución retenga la jurisdicción territorial (fuero) al menos hasta que se establezca que el niño se encuentra en otro Estado contratante. Preferentemente, el traslado del niño dentro del Estado contratante requerido no deberá conducir a que el proceso de restitución que está tramitando ante un tribunal finalice por pérdida de la jurisdicción territorial. De otra manera sería fácil para el progenitor sustractor frustrar la restitución trasladando al niño, haciendo que siempre sea necesario iniciar nuevos procesos judiciales.

16. Tercero, en el caso de que ya se hayan entablado procesos judiciales o que hayan derivado en una orden de restitución y después se necesite localizar (nuevamente) al niño, alguna institución deberá asumir el rol de coordinación. Podría ser, por ejemplo, la Autoridad Central²² o el tribunal. Parece que en la mayoría de las jurisdicciones, se solicitará a la policía que busque al niño²³. Esto puede involucrar a fuerzas o cuerpos policiales

²⁰ *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Cíviles de la Sustracción Internacional de Menores, Primera parte – Práctica de las Autoridades centrales* (Jordan Publishing, 2003), en adelante, “Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales”, también disponible en < www.hoch.net > en “Sección Sustracción de Niños” y “Guías de Buenas Prácticas”. Estas medidas podrán incluir, entre otras, las siguientes (ver Anexo 5.1 de la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales): 1. Verificar el Registro de la Población (utilizado por algunos países europeos). 2. Solicitar ayuda a la policía local (en el caso de conocerse la dirección). 3. Solicitar ayuda a la policía federal, ya que ellos tienen una unidad especial dedicada a cuestiones de niños desaparecidos o de familia. 4. En el **Reino Unido (Inglaterra y Gales)** y **Australia**, es posible solicitar a los tribunales que citen a comparecer a una persona que supuestamente tiene información sobre el lugar donde se encuentra un niño. La persona debe comparecer ante el tribunal y dar a conocer la información. 5. En **Quebec (Canadá)**, existe un coordinador policial provincial que se pondrá en contacto con la policía local, la que designará a una persona para que busque al niño en un área determinada. 6. En algunos países, la policía puede hacer averiguaciones discretas sobre un niño. 7. En algunos países, es posible contratar a investigadores privados para que ayuden a localizar a niños desaparecidos. Algunas Autoridades Centrales pagarán los gastos del investigador.

²¹ En el caso *Sylvester v. Austria*, Solicitudes N° 36812/97 y N° 40104/98, 24 de abril de 2004 [INCADAT cite: HC/E/502], la Corte Europea de Derechos Humanos criticó a las autoridades austriacas por no tomar medidas para localizar al niño después de que la madre sustractora cambió de lugar de residencia junto con el niño después de un infructuoso intento de ejecución y comprobó que éste y otros tipos de demora en la ejecución condujeron a la violación del derecho del progenitor solicitante a la vida familiar.

²² Este es el caso de, por ej., **Austria, Bahamas, Canadá (Alberta, Manitoba, Nueva Escocia, Quebec, Saskatchewan), Chipre, Estados Unidos de América, Finlandia, Grecia, Malta, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Reino Unido (Escocia), Rumania, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía.**

²³ **Alemania, Argentina, Austria, Bahamas, Bulgaria, Canadá (Alberta, Manitoba, Nueva Escocia, Quebec, Saskatchewan), Chile, China (Hong Kong (RAE), Macao (RAE)), Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Mónaco,**

específicos, tales como la INTERPOL²⁴ o el FBI²⁵ u otras autoridades encargadas de mantener el orden público²⁶. Se aplicarán entonces las técnicas habituales²⁷ de localización de personas desaparecidas. Si fuera necesario, se alertará a las autoridades fronterizas²⁸. Allí donde existan sistemas electrónicos de investigación policial nacionales, regionales o internacionales, se deberá considerar su utilización para localizar al niño y / o al progenitor sustraedor²⁹. Otro tipo de medida a considerar es una “orden de divulgación” que ordena a una persona que pueda tener información sobre el paradero del niño y / o del progenitor sustraedor a suministrar dicha información³⁰.

- 1.2 Para proteger a un menor sustraído deberá contarse con mecanismos rápidos y efectivos mientras el proceso de restitución se encuentre en curso, especialmente con el objetivo de impedir que el progenitor que sustrajo al menor lo oculte. Estas medidas deberán estar disponibles en todas las instancias del proceso, incluida la instancia de ejecución.**
- 1.3 En todas las instancias del proceso, el tribunal deberá considerar si son necesarias medidas de protección para prevenir el ocultamiento o el traslado del niño fuera de la jurisdicción del tribunal.**
- 1.4 Se deberá disponer de mecanismos efectivos que permitan preparar al niño sustraído para su restitución. Estas medidas deberán estar disponibles en todas las instancias del proceso, incluida la instancia de ejecución. También habrá que considerar, si fuera necesario, la cooperación con las autoridades del Estado de residencia habitual para garantizar la protección continua del niño después de su restitución³¹.**

17. Después de que se haya dictado una orden de restitución, es importante poder proteger rápidamente al niño de cualquier otro peligro, incluido el riesgo de ser ocultado. Otras medidas de protección, por ejemplo, garantizar el contacto entre el niño y el progenitor perjudicado, podrán ser igualmente importantes pero no son el objetivo de esta Parte de la Guía de Buenas Prácticas que se enfoca en medidas que garanticen la ejecución de la orden de restitución.

Nueva Zelanda, Noruega, Panamá, Reino Unido (Irlanda del Norte, Isla de Man), República Checa, Rumania, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía. En Bélgica, un departamento de la policía federal con competencia en el ámbito de la cooperación internacional se ocupa de las investigaciones necesarias para localizar a un niño. Este departamento se vincula directamente con funcionarios en el exterior.

²⁴ Mencionado por **Argentina, Chile, Italia, Letonia, Lituania y Suecia.** Italia, Lituania y Suecia especificaron que INTERPOL se involucraría sólo cuando se cree que el niño fue trasladado a otro país.

²⁵ **Estados Unidos de América.**

²⁶ **Canadá (Manitoba), Estados Unidos de América, Letonia.** En los **Estados Unidos de América**, se puede contactar a la Aduana y Protección de Fronteras que podrá actuar en virtud de una orden judicial.

²⁷ **Bulgaria, Francia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Mónaco y Nueva Zelanda** se refirieron al uso de estas técnicas en su respuesta al Cuestionario de 2004.

²⁸ **Argentina, Canadá (Manitoba, Nueva Escocia, Quebec), China (Hong Kong (RAE))** (información suministrada por la Srta. Sau Kong Lee), **Letonia, Lituania y Suiza.**

²⁹ Por ejemplo, el Sistema de Información de Schengen (SIS) para **Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Suecia y Suiza.** Para más detalles sobre la sustracción internacional de menores y el Sistema de Información de Schengen, ver *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Tercera Parte – Medidas de Prevención* (Jordan Publishing, 2003), en adelante denominada “Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Prevención” (disponible también en < www.hcch.net > en “Sección Sustracción de Niños” y “Guías de Buenas Prácticas”), conforme al Principio 1.2.3, especialmente las notas 63 y ss. En **Suiza**, el niño también puede ser ingresado en un sistema electrónico de investigación policial (RIPOL). En **Estados Unidos de América**, el niño puede ser ingresado en el Índice del Centro Nacional de Información Criminal (*National Crime Information Center Index*).

³⁰ En **Estados Unidos de América**, una persona a la que se le ha ordenado suministrar información y se niega a hacerlo puede ser castigada por desacato al tribunal.

³¹ Ver Principio 8, *infra*.

18. Medidas y facultades útiles a los efectos antes mencionados se describen en el Principio 4.15 de la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales³², en el Principio 6.2. de la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación³³ y muy detalladamente en la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Prevención³⁴. Esas secciones también subrayan la importancia de la disponibilidad de medidas de protección efectivas en todas las etapas del proceso.

19. Estas medidas de protección pueden incluir: 1) el depósito de pasaportes u otros documentos de viaje en el tribunal³⁵ (o ante el defensor del solicitante³⁶ o ante cualquier otra persona, organismo o autoridad). No obstante, deberá tenerse en cuenta que, aun en los Estados en donde se pueda ordenar el depósito de documentos de viaje, el progenitor puede estar autorizado a obtener un pasaporte y también tener autoridad legal para obtener un pasaporte en representación del niño. Por lo tanto, las autoridades consulares del Estado del que el progenitor sustractor y el niño son nacionales deberán ser informadas acerca de la orden. Esto garantizará que las autoridades estén al tanto de la orden cuando se ocupen de una solicitud de emisión de documentos de viaje nuevos. Esto minimizará el riesgo de que el progenitor sustractor pueda obtener nuevos documentos de viaje para él o el niño y salir del país³⁷. 2) La imposición del requisito de que el progenitor sustractor informe periódicamente a una autoridad determinada³⁸, quizás conjuntamente con una restricción de su libertad de movimiento, como podría ser la obligación de residir en un lugar determinado³⁹. 3) En algunas jurisdicciones, el tribunal puede ordenar que el progenitor sustractor pague una fianza o un depósito⁴⁰ o lleve al menor a un lugar determinado, bajo pena de multa o detención o la amenaza de que la policía recupere al niño si no cumple con lo ordenado⁴¹. 4) Otra posibilidad es dictar una orden judicial que prohíba el traslado del niño fuera de la jurisdicción, combinada con una alerta en la frontera⁴². En este aspecto, una opción consistiría en obtener una orden que impida que el niño abandone la jurisdicción y solicite a las autoridades fronterizas que notifiquen de dicha orden al padre sustractor en la frontera. 5) Otra medida posible es asignar provisionalmente al niño al cuidado de las autoridades de protección de la infancia, por ejemplo, en una institución o familia de acogida⁴³, o al cuidado del solicitante⁴⁴ o de un familiar de uno de los progenitores⁴⁵ o de cualquier otra persona específica o de cualquier otra forma que el tribunal o la autoridad

³² *Op. cit.* nota 20.

³³ *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Segunda parte – Medidas de aplicación* (Jordan Publishing, 2003), en adelante denominada "Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación". También disponible en < www.hcch.net > en "Sección Sustracción de Niños" y "Guías de Buenas Prácticas".

³⁴ *Op. cit.* nota 29.

³⁵ **Alemania, Argentina, Canadá (Alberta, Manitoba, Nueva Escocia, Quebec), China (Hong Kong (RAE)), España, Estados Unidos de América, Nueva Zelanda, Reino Unido (Inglaterra y Gales), Sudáfrica, Suiza, Turquía.** Esto algunas veces abarca sólo documentos de viaje del niño, otras veces también documentos de una persona que eventualmente se lleve al menor fuera del país.

³⁶ **Canadá (Manitoba), Reino Unido (Escocia, Irlanda del Norte).** Debe recordarse, sin embargo, que existen regiones donde no se necesita pasaporte para el desplazamiento transfronterizo como en el Área de Schengen o dentro de Escandinavia.

³⁷ Se hace referencia, entre otros, al Programa de Alerta sobre Emisión de Pasaportes de Niños en los **Estados Unidos de América** (ver http://travel.state.gov/abduction/prevention/passportissuance/passportissuance_554.html, consultado por última vez el 1 de junio de 2010).

³⁸ **Alemania, Canadá (Alberta), Panamá, Suiza.** Podría incluir, por ejemplo, la obligación del progenitor sustractor de presentarse, en intervalos regulares y acompañado por el niño, ante las autoridades de protección del niño, la policía y otras autoridades que puedan corresponder.

³⁹ **Alemania.**

⁴⁰ **Canadá (Manitoba), España, Estados Unidos de América.**

⁴¹ **Estados Unidos de América, Finlandia, Panamá.**

⁴² **Alemania, Argentina, Bahamas, Canadá (Alberta, Manitoba, Nueva Escocia, Quebec), China (Hong Kong (RAE)), España, Estados Unidos de América, Grecia, Malta, Nueva Zelanda, Panamá, Reino Unido (Irlanda del Norte), Suiza, Turquía.**

⁴³ **Argentina, Belarús, Bulgaria, Canadá (Manitoba, Quebec), Chile, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia** (sólo en casos excepcionales cuando el niño está realmente en peligro), **Georgia, Italia, Luxemburgo, México, Países Bajos, Suecia, Suiza** (como último recurso).

⁴⁴ **Dinamarca, Estados Unidos de América.**

⁴⁵ **Canadá (Saskatchewan), Estados Unidos de América.**

competente considere apropiada⁴⁶. En una situación de este tipo el contacto con el progenitor sustractor podrá excluirse o supervisarse⁴⁷. Algunas veces el niño puede ser trasladado por la policía a un lugar seguro en este caso⁴⁸.

20. También deberá contarse con medidas disponibles para, cuando sea necesario, preparar al menor sustraído para su restitución⁴⁹. Estas medidas, incluida la asistencia psicológica, deberán considerarse especialmente cuando la restitución involucre el cambio de la persona que ejerce el cuidado primordial del menor y / o cuando el contacto entre el niño y el progenitor perjudicado se interrumpió por un tiempo considerable o cuando se le informó al niño que el otro progenitor falleció o lo abandonó. Se realizará un cambio de la persona que ejerce el cuidado primordial del menor, que al menos sea temporario, cuando el progenitor sustractor se rehúse a restituirlo al país donde vive el progenitor solicitante y / o cuando el tribunal ordene la entrega del niño al progenitor solicitante. También puede ocurrir cuando el progenitor perjudicado tiene la custodia exclusiva. No obstante, cuando se necesite preparar al niño para la restitución, el tiempo previsto para ello se limitará a lo que sea necesario y no se permitirá que se convierta en causal de demora. Al respecto, hay que tomar en cuenta que la percepción del tiempo de un niño es diferente de la de un adulto y, desde la perspectiva del niño, un cierto período sin haber tenido contacto con el progenitor perjudicado puede rápidamente parecerle mucho tiempo.

21. También podrá ser de utilidad para las autoridades que organicen la restitución contactar a las autoridades del Estado de residencia habitual para determinar qué medidas, tales como la evaluación y el asesoramiento psicológicos, estarán disponibles para el menor después de su restitución. Organizar un plan de medidas inmediatas para el bienestar del niño después de su restitución podría tranquilizar al niño y al progenitor sustractor y ayudarlos a aceptar la restitución y reducir el riesgo de huida.

22. Es importante que las medidas establecidas en los Principios 1.2 a 1.4 se encuentren disponibles al menos⁵⁰ desde el momento en que el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya se inicie ante el tribunal. Las medidas deberán estar disponibles durante todo el proceso, incluso después de que se ordene la restitución pero antes de su puesta en práctica. Podrá incluirse cualquier medida que sea necesaria para proteger al niño y habrá que considerar cualquier indicio de que el sustractor no estaría dispuesto a cumplir con la orden de restitución⁵¹.

⁴⁶ **Belarús, Canadá (Quebec, Saskatchewan), China (Hong Kong (RAE)), Dinamarca, Estados Unidos de América, Nueva Zelandia, Reino Unido (Isla de Man), Suecia.** En Bélgica, el Departamento de la Familia y la Juventud se ocupa de las medidas de protección para evitar el ocultamiento o la nueva sustracción del niño. Si es necesario, el departamento puede escoger a un juez especialista en materia de juventud para que el tribunal pueda dictar órdenes.

⁴⁷ **Canadá (Manitoba), China (Hong Kong (RAE)), Reino Unido (Isla de Man).**

⁴⁸ **Canadá (Manitoba, Saskatchewan), Estados Unidos de América, Nueva Zelandia.**

⁴⁹ Ver también la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, sentencia del 25 de enero de 2000, Solicitud N° 31679/96 (disponible en <http://www.echr.coe.int/echr>, consultado por última vez el 1 de junio de 2010, Informe de Sentencias y Decisiones 2000-I [INCADAT: HC/E/336]), en párrs. 94, 105, 112 (se consideró que Rumania había incumplido el art. 8 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (en adelante, “Convenio Europeo de Derechos Humanos”), por no haber trabajado adecuada y efectivamente en la ejecución del derecho del solicitante a la restitución de sus hijos ni en la preparación de los niños para su restitución).

⁵⁰ También puede haber situaciones en las que no sea posible presentar la solicitud de restitución en virtud del Convenio de La Haya ante el tribunal porque falta algún documento o traducción, pero sería importante, sin embargo, lograr que se dicte una medida que proteja al niño para que no sea trasladado al exterior, especialmente a un Estado no contratante, o de un peligro inminente dentro de la jurisdicción. Se podrán lograr estas medidas en tales circunstancias. Cuando corresponda, el tribunal podrá establecer un plazo para presentar la solicitud de restitución y ordenar que las medidas provisionales caduquen o que se levanten posteriormente, si la solicitud de restitución no se presenta ante el tribunal en tiempo debido.

⁵¹ **Bulgaria, China (Hong Kong (RAE)), España, Estados Unidos de América, México.**

1.5 Se deberá disponer de mecanismos rápidos y efectivos para ejecutar una orden de restitución, incluida una serie de medidas coercitivas efectivas.

23. Cuando se haya dictado una orden de restitución, es importante contar con medidas coercitivas efectivas disponibles para su ejecución. Comparándolas con las medidas relacionadas con la localización, la protección y la prevención, no existen tantas “medidas de ejecución coercitivas”. La investigación comparativa realizada por la Oficina Permanente y el Equipo de Cardiff acerca de los sistemas jurídicos en los que el Convenio se encuentra vigente indica que en la mayoría de las jurisdicciones existen una o más de las siguientes medidas coercitivas: 1) multas pecuniarias⁵², 2) prisión del progenitor sustractor⁵³ y 3) la separación física del niño del progenitor sustractor por los agentes de ejecución⁵⁴. Esta última medida continuará con la entrega del niño al solicitante o a la persona designada por él o ella o con la posible asignación del niño al cuidado provisorio de una institución antes de ser restituido al Estado de residencia habitual. En Noruega, el agente de ejecución también estaría autorizado a repatriar al niño después de que haya sido separado del progenitor sustractor⁵⁵.

24. Los tres tipos de medidas antes mencionadas reciben diversas denominaciones, tales como “desacato al tribunal”⁵⁶ o “medidas de ejecución coercitivas”. Generalmente se encuentran disponibles en los procesos *civiles* más que en los penales aunque no todos estos tipos aparecen en el conjunto de los sistemas jurídicos. Igualmente allí donde existen no se utilizan frecuentemente, ni siquiera en los casos en los que el progenitor sustractor se niega a cumplir con la orden de restitución, basándose en la consideración del interés superior del niño. No obstante, se recomienda que los tres tipos de medidas coercitivas se encuentren disponibles en los sistemas jurídicos de manera que los tribunales puedan elegir la medida que sea más apropiada en cada caso en particular⁵⁷.

25. En este contexto se considerará la reglamentación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que dice que, para la ejecución de las órdenes de restitución de en virtud del Convenio La Haya en los Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁸, no es suficiente establecer lo que el tribunal llamó medios de coerción “indirectos y excepcionales”, por ejemplo, una multa impuesta al progenitor sustractor, su prisión o la instauración de un proceso penal – especialmente cuando estas medidas requieran que el

⁵² Disponibles, por ej., en **Alemania, Argentina, Austria, Bulgaria, Canadá (Manitoba, Quebec, Saskatchewan), China (Hong Kong (RAE)), Dinamarca, Eslovaquia, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia (“astreinte”, “una multa recurrente” mediante la cual se multa a quien comete desacato a pagar una suma fija por cada día que no cumpla con la orden judicial), Grecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo (astreinte), México, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Reino Unido (Escocia), República Checa, Rumania, Suecia, Suiza.**

⁵³ Disponible, por ej., en **Alemania, Austria, Bahamas, Canadá (Manitoba, Nueva Escocia, Quebec, Saskatchewan), Chile, China (Hong Kong (RAE)), Estados Unidos de América, Francia** (el proceso penal puede ser iniciado por el progenitor perjudicado), **Grecia, Malta, México, Nueva Zelandia, Países Bajos, Reino Unido (Escocia, Irlanda del Norte, Isla de Man).**

⁵⁴ Mencionado, por ej., por **Alemania, Austria, Canadá (Quebec, Manitoba, Saskatchewan), China (Hong Kong (RAE)), Dinamarca, Eslovaquia, Estados Unidos de América** (información proporcionada por el Sr. James Bischoff), **Finlandia, Luxemburgo, Malta, Nueva Zelandia, Noruega, Panamá, República Checa, Rumania, Suecia, Suiza y Turquía.** En algunas jurisdicciones, la utilización de la fuerza física está limitada en cuanto a que puede utilizarse contra el progenitor sustractor y algunas veces contra otras partes específicas con las que el niño podría encontrarse, pero no contra el niño (**Dinamarca, Finlandia, República Checa**). En **Alemania**, la fuerza física puede dirigirse contra cualquiera incluso contra el niño para la ejecución de una orden de *restitución*; no obstante, para la ejecución de una orden de *contacto*, no se puede utilizar esta fuerza contra el niño. Ver también *Ignaccolo-Zenide v. Rumania*, TEDH, *supra* nota 49, en el párr. 106, donde la utilización de la fuerza contra el niño se rotula explícitamente como indeseable, aunque no se excluye completamente.

⁵⁵ En **Noruega**, el tribunal también puede decidir que el solicitante o el progenitor sustractor sea quien tiene que organizar la restitución. En los **Estados Unidos de América**, el agente de ejecución puede repatriar al menor después de que haya sido separado del progenitor sustractor.

⁵⁶ Esto se señala, entre otras, en las respuestas de **Bahamas, Canadá (Alberta, Nueva Escocia, Quebec), China (Hong Kong (RAE), Macao (RAE)), Chipre, Estados Unidos de América, Reino Unido (Irlanda del Norte, Isla de Man) y Sudáfrica** al Cuestionario de 2004.

⁵⁷ Ver también *infra* Principios 4.1 y 4.2.

⁵⁸ En el momento en que se está redactando la presente Guía (junio de 2010), 47 Estados son Parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

solicitante actúe⁵⁹. En su lugar, la ley también deberá disponer la aplicación directa de la orden de restitución (es decir, la restitución física del niño al solicitante o al Estado de residencia habitual) por los órganos del Estado. No obstante, el Tribunal subrayó que la utilización de medidas coercitivas con relación al niño no es deseable, aunque la utilización de sanciones no debe descartarse en el caso de que el progenitor con el que el niño vive asuma un comportamiento ilícito. Aquí el énfasis se coloca sobre las medidas de preparación del niño para la restitución, especialmente cuando el contacto con el progenitor perjudicado se haya interrumpido durante mucho tiempo⁶⁰.

26. Además de las medidas coercitivas disponibles en los procesos civiles recientemente mencionadas, en numerosos sistemas legales existen sanciones / penas en el derecho penal (tanto por sustracción de niños como por incumplimiento de una orden judicial). No obstante, sólo están destinadas al progenitor sustractor y su aplicación no conducirá generalmente a la restitución del niño. Esto también sucede en procesos penales contra el progenitor sustractor tanto en el Estado requerido como en el requirente. Ni siquiera la posible extradición del progenitor sustractor al Estado requirente conduciría a la restitución del niño. Además, los procesos penales contra el progenitor sustractor en el Estado requirente, prácticamente hablando, pueden influir en tomar la decisión de no restituir al menor.

27. No obstante, en los casos en los que se percibe o cree que existe el riesgo de que el padre sustractor huya de ese Estado con el niño, después de que se le haya ordenado restituirlo, se podrá considerar la posibilidad de un proceso penal en el Estado requerido. Esto sería particularmente posible en jurisdicciones en las que el proceso de ejecución civil puede ser lento y engorroso y darle al progenitor sustractor sobrado tiempo y oportunidad para huir con el niño a otro país, posiblemente a un Estado que no sea un Estado contratante del Convenio, haciendo que la ejecución sea difícil, cuando no imposible. En estos casos, podría ser más expeditivo emitir una orden judicial penal para evitar que el sustractor traslade al niño fuera del país, minimizando de esta manera el daño que se podría causar al menor.

1.6 Se deberán evitar o limitar las condiciones o requisitos adicionales para la ejecución de una orden de restitución mediante la utilización de medidas coercitivas.

1.7 Se deberán evitar o limitar las cargas administrativas adicionales sobre el solicitante con relación a la ejecución de una orden de restitución (tales como la necesidad de una solicitud formal de ejecución o de requisitos y autorizaciones adicionales, la necesidad de una nueva solicitud de asistencia judicial, etc.).

28. Cuando una orden de restitución se haya dictado y no se cumpla voluntariamente no se requerirán muchas medidas adicionales (si es que se necesita alguna) antes de que los órganos de ejecución puedan proceder a ejecutar la orden mediante medidas coercitivas si fuera necesario. Sin embargo, la investigación comparativa llevada a cabo por la Oficina Permanente ha demostrado que actualmente se requiere el cumplimiento de varias medidas adicionales en diferentes combinaciones en algunos Estados contratantes:

- El requisito de una solicitud o pedido de ejecución;
- El requisito de una formalidad separada que certifique la ejecutabilidad de la orden de restitución;

⁵⁹ *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, *supra* nota 49, en párr. 111. Para un análisis más detallado de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y referencias adicionales, ver Doc. Prel. N° 6 de octubre de 2006 (*op. cit.* nota 3) en pp. 14 y ss.

⁶⁰ *Id.* en párrs. 106, 112 y ss.

- El requisito de que se ordenen medidas de ejecución específicas; y
- El requisito de volver a solicitar asistencia judicial en la etapa de ejecución.

29. En algunas jurisdicciones, el solicitante tiene que solicitar al agente de ejecución que ejecute la orden de restitución⁶¹. Es obvio que, especialmente cuando el tribunal ha ordenado que el niño sea entregado al solicitante, es esencial la *coordinación* con el solicitante antes de que se pueda comenzar la ejecución coercitiva. No obstante, los solicitantes pueden no estar al tanto del requisito de una solicitud formal y de a quién debe ser dirigida. Esto es particularmente importante cuando la solicitud no se realizó a través de las Autoridades Centrales. Se exhorta a los Estados contratantes a considerar si se puede abolir el requisito de una solicitud formal del solicitante, es decir, permitir que la ejecución sea iniciada por el tribunal⁶² o por una autoridad pública (como la Autoridad Central, un fiscal o una entidad similar) que conozca bien el procedimiento⁶³.

30. Algunos sistemas legales exigen una **formalidad separada** que puede presentarse con diferentes nombres, por ejemplo, autorización para ejecutar, *formule exécutoire*, certificado de ejecutoriada, auto que despacha ejecución, auto ejecutorio (exequatur), orden de ejecución, *grosse*, documento de ejecución o registro de ejecución⁶⁴. Su presencia garantiza al agente de ejecución que la orden de restitución puede ser ejecutada. Esto puede ser importante, entre otras cosas, si la orden de restitución puede ejecutarse sólo cuando es definitiva y ya no está sujeta a recursos judiciales ordinarios⁶⁵.

31. Algunas veces el solicitante tiene que conseguir la atestación de un tribunal (que podría ser diferente del tribunal que dictó la orden de restitución) antes de solicitar a un agente de ejecución que ejecute la orden de restitución y en algunos Estados el agente de ejecución tendrá nuevamente que solicitar autorización a un tribunal o tomar otras medidas de procedimiento con relación al demandado (por ej., emitir una advertencia y establecer un plazo para el cumplimiento voluntario) antes de que la ejecución misma pueda comenzar.

32. No obstante, en una gran cantidad de jurisdicciones, no se necesita otra autorización separada u otra decisión del tipo antes mencionado para la ejecución de una orden de restitución⁶⁶. En los sistemas legales donde se requieren actualmente estas medidas adicionales, deberá considerarse la posibilidad de la dispensa de estos requisitos en el futuro. Si esto no fuera posible, podría ser beneficioso considerar si algunos o todos ellos podrían emitirse automáticamente (y no sólo a pedido del solicitante), ya sea junto con la orden de restitución o lo antes posible después de su emisión (en los casos en los que haya que cumplimentar condiciones adicionales, tales como una decisión definitiva o una notificación)⁶⁷.

33. Pueden realizarse observaciones similares con respecto a la necesidad de ordenar **medidas de ejecución específicas**. En la mayoría de los sistemas legales investigados durante la preparación de la presente Guía sólo pueden aplicarse medidas coercitivas ordenadas por un tribunal⁶⁸.

⁶¹ Austria, Bulgaria, Grecia, Letonia, Lituania, Rumania, Turquía.

⁶² En Alemania, desde el 1 de marzo de 2005, el tribunal *de oficio* solicita al agente de ejecución que comience la ejecución.

⁶³ En Austria, además del solicitante, el tribunal también está autorizado a realizar la solicitud; en Turquía actúa el fiscal.

⁶⁴ Bulgaria, Chile, España, Grecia, Letonia, Lituania, Malta, Rumania.

⁶⁵ Ver también *infra*, Principio 3.1.

⁶⁶ Alemania, Argentina, Austria, Bahamas, Canadá (Alberta, Manitoba, Quebec, Saskatchewan), China (Hong Kong (RAE), Macao (RAE)), Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Estados Unidos de América, Finlandia, Italia, México, Mónaco, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Reino Unido (Escocia, Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte, Isla de Man, Montserrat), República Checa, Sudáfrica, Suecia, Suiza (algunos cantones), Turquía.

⁶⁷ Por ej., Francia y Luxemburgo requieren una formalidad, o sea una *formule exécutoire*, pero en Francia, la *formule exécutoire* siempre está incluida en la orden de restitución mientras que en Luxemburgo se la solicita en el momento en que se emite la sentencia. Por lo tanto, no existe ningún paso *adicional* y *subsiguiente* después de dictada la orden de restitución. Para los lugares donde existe este requisito, ver también el Principio 2.8 más adelante.

⁶⁸ Alemania, Argentina, Austria, Bahamas, Canadá (Alberta, Manitoba, Quebec, Saskatchewan), Chile, China (Hong Kong (RAE), Macao (RAE)), Dinamarca, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Finlandia (con respecto a una multa; con respecto a la utilización de la fuerza física, ver *infra*, nota 71), Francia (con respecto a una multa (*astreinte*)), Grecia, Letonia (con respecto a una multa; con respecto a la utilización de la asistencia policial, ver *infra*,

34. En algunos Estados *todas* estas medidas tienen que ser ordenadas *posteriormente* a la orden de restitución misma cuando el demandado no cumple voluntariamente la orden⁶⁹. Aún cuando las medidas estén incluidas en la orden de restitución inicial, algunas veces sólo son una “amenaza” de penalidad en caso de incumplimiento⁷⁰. En estos casos, se necesita generalmente una orden judicial adicional para “activar” la penalidad e imponer efectivamente la sanción.

35. Pero también hay ejemplos que demuestran que es posible reducir el número de medidas intermedias. En algunas jurisdicciones se necesita una orden judicial para *algunas* medidas pero no para otras: en Finlandia, Letonia, Noruega, Nueva Zelandia y el Reino Unido (Inglaterra y Gales), al agente de ejecución se le otorgan algunas facultades para que pueda utilizar medidas coercitivas (en todos los casos fuerza física)⁷¹. En otros sistemas legales, el fiscal⁷² o la Autoridad Central⁷³ puede – al menos – solicitar asistencia policial sin tener que volver al tribunal por una orden.

36. Por último, existen jurisdicciones en las que medidas de ejecución específicas ya se encuentran incluidas en la orden de restitución inicial, ya sea en forma habitual o en el caso de que haya indicios de que no se cumplirá⁷⁴. Cuando sea posible, deberá seguirse esta práctica para evitar la pérdida de tiempo, aun cuando sólo sea como una medida por incumplimiento que se podrá aplicar si el progenitor sustractor no cumple voluntariamente con la orden de restitución.

37. Cuando se haya incurrido en gastos por la ejecución y el solicitante haya hecho uso de la asistencia judicial, el otorgamiento de la asistencia judicial deberá, si fuera posible, extenderse automáticamente a la etapa de ejecución.

nota 71), **Lituania, Luxemburgo** (con respecto a una multa (*astreinte*)), **México, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Panamá, Reino Unido (Escocia, Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte, Isla de Man), República Checa, Rumania, Sudáfrica, Suecia**.

⁶⁹ **China (Hong Kong (RAE)), Dinamarca, Eslovaquia, Nueva Zelandia** (si no se incluyeron medidas específicas en la orden de restitución), **Reino Unido (Escocia), Rumania** (multa adicional por día de incumplimiento si la ejecución de la primera multa no produjo efecto; separación, por la fuerza, del niño del progenitor sustractor y entrega al solicitante, proceso penal).

⁷⁰ Por ej., en **Alemania y Grecia**.

⁷¹ **Finlandia, Noruega, Nueva Zelandia**: si el tribunal ordenó que el niño sea recogido, el agente de ejecución está autorizado a utilizar la fuerza física apropiada contra la persona que impida la ejecución (pero en **Finlandia** no puede utilizarla contra el niño). **Letonia**: el agente de ejecución puede solicitar asistencia policial.

⁷² **Estados Unidos de América** (algunos estados, dependiendo de la implementación de la Ley Uniforme de Jurisdicción y Ejecución sobre Custodia de Menores (*UCCJEA*), ley modelo para tribunales estatales desarrollada por la Conferencia Nacional de Comisionados para la Unificación de Leyes Estatales (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) de 1997. La UCCJEA incluye importantes disposiciones nuevas en materia de ejecución que no se incluyeron en ninguna ley modelo anterior sobre la jurisdicción de custodia de niños, por ejemplo, disposiciones que indiquen a los tribunales estatales que ejecuten órdenes de restitución en virtud del Convenio de La Haya dictadas por los tribunales de otros estados. 48 estados, el Distrito de Columbia y las Islas Vírgenes de los EE.UU. han adoptado la UCCJEA (con algunas modificaciones), que ha quedado pendiente de adopción en otros dos estados), **Italia, Luxemburgo, Mónaco**.

⁷³ **Chipre, Países Bajos**. No obstante, en **Chipre**, se *puede* solicitar esta orden.

⁷⁴ **Canadá (Alberta, Manitoba, Nueva Escocia, Quebec, Saskatchewan), China (Hong Kong (RAE), Macao (RAE)), Chipre** (la orden contiene una cláusula estándar que establece las consecuencias del incumplimiento), **España, Estados Unidos de América** (información proporcionada por el Sr. James Bischoff), **Noruega** (en la orden de restitución el tribunal especifica la forma en que se restituirá al niño. En vista del hecho de que el niño debe ser restituido sin demora, es preferible proporcionar una lista de alternativas prioritarias para la restitución. Esto evitará la pérdida de tiempo causada porque el tribunal tiene que decidir sobre una medida coercitiva en el caso de que la primera medida elegida no pueda implementarse), **Nueva Zelandia** (si bien en una orden de restitución no están incluidas medidas de ejecución, el procedimiento empleado en los tribunales de Nueva Zelandia garantiza que se cumplan los arreglos acordados para la restitución del niño antes de que la orden preventiva – que impide que el niño pueda ser trasladado fuera de Nueva Zelandia – pueda cumplirse. Los arreglos acordados para la restitución del niño se convierten en ‘condiciones’ de la orden), **Reino Unido (Irlanda del Norte)** (la orden de restitución especificará generalmente los datos exactos de la restitución del niño, incluidos la fecha, los datos del vuelo, quien acompañará al niño y la hora de llegada. Si el solicitante dudara seriamente de que se realice la restitución, la orden de restitución podrá incluir una notificación penal adjunta. No obstante, al emitir una orden de restitución, el Juez de Familia aclarará a ambas partes que los datos de la restitución deben ser verdaderos y que cualquier incumplimiento de los términos de la orden judicial tendrá graves consecuencias), **Rumania** (sanción de una multa de entre 5 y 25 millones de ROL a establecerse en la orden de restitución; no se necesita otra orden judicial para ejecutarla) y **Suecia**.

1.8 Cuando sea necesario notificar al demandado acerca de la orden de restitución antes de que se puedan aplicar medidas coercitivas, se deberá considerar la posibilidad de cursar la notificación, cuando corresponda, en el momento en el que el agente de ejecución proceda a ejecutarla.

38. Algunos sistemas legales requieren que una orden de restitución se notifique al progenitor sustractor *antes* de que la orden pueda ejecutarse⁷⁵. Esto podría darle al progenitor tiempo adicional para huir con el niño. En otros sistemas legales, en ciertos casos, se podrá notificar una orden de restitución en el momento en el que el agente de ejecución proceda efectivamente a la ejecución⁷⁶, y evitar así el riesgo descrito recientemente.

39. No es posible en todos los sistemas legales⁷⁷ ni en todos los casos disponer que la notificación se curse en el momento en que comienza efectivamente la ejecución. No obstante, según las circunstancias, podrá haber casos típicos en los que existiéndola ausencia de una notificación anterior no perjudicará la posición del progenitor sustractor y entonces no se necesitará cursar la notificación *antes* de la ejecución por razones de justicia. Estos casos probablemente comprenderían situaciones en las que el progenitor sustractor fue notificado de la orden de restitución, por ejemplo, cuando la orden se basó en un acuerdo concertado previamente por las partes y / o sus representantes legales o cuando el progenitor sustractor se encontraba presente en la audiencia judicial y la orden de restitución se dictó inmediatamente en ese momento. En efecto, podría considerarse si es viable imponer el requisito de que el progenitor sustractor esté presente en el momento en que se pronuncie la decisión en el proceso de restitución con el propósito de que se garantice la notificación suficiente⁷⁸. Otro aspecto que podría ser pertinente es si la orden de restitución es definitiva y no puede ser impugnada, por ejemplo, porque fue dictada por un tribunal de última instancia. En este caso, queda claro que el progenitor sustractor deberá cumplir con la orden de restitución.

1.9 No se exigirá, en el contexto del Convenio, legalización ni otras formalidades análogas, ni siquiera respecto de los poderes generales u otros documentos que autoricen a una persona designada por el solicitante a llevarse al niño.

40. Cuando el tribunal ordene que el niño sea separado del progenitor sustractor y entregado a una persona designada por el solicitante (por ej., en el caso de que el solicitante no pueda presentarse), se deberá garantizar que la persona que reclama al niño está realmente autorizada por el solicitante. En este contexto se recuerda que el artículo 23 del Convenio establece que: “No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, legalización ni otras formalidades análogas.” Esto también se aplicará a un certificado o cualquier otro documento que autorice a la persona designada por el solicitante a llevarse al niño.

⁷⁵ **Argentina, Eslovaquia, Francia, Luxemburgo** (no obstante, en casos de urgencia, la ejecución puede llevarse a cabo inmediatamente (*au vu de la minute*), **México, Noruega, Turquía**.

⁷⁶ Por ej., en **Alemania y Estados Unidos de América**.

⁷⁷ Por ej., **Suiza**.

⁷⁸ En algunos sistemas jurídicos esto no es posible por el momento, por ej., **Francia**.

2. RECURSOS JUDICIALES DISPONIBLES CONTRA LAS ÓRDENES DE RESTITUCIÓN O SU EJECUCIÓN

41. La celeridad es un principio clave de funcionamiento del Convenio⁷⁹. Las siguientes medidas han sido identificadas como factores que agilizan el proceso de restitución, así como las apelaciones y la ejecución de la orden de restitución:

2.1 Concentración de la competencia

42. Se ha demostrado que la concentración de la competencia en uno o más tribunales especializados agiliza el proceso de restitución y conduce a una jurisprudencia más coherente⁸⁰. No obstante, en el caso de una ejecución, habrá que considerar elementos adicionales. Según el sistema involucrado, la concentración de la competencia al momento de la ejecución no será siempre la mejor solución y habrá que realizar una elección consciente.

2.1.1 En sistemas jurídicos en los que ciertas órdenes relativas a la ejecución (ya sea una autorización de ejecución o una orden de medidas coercitivas específicas) deben ser dictadas por un tribunal diferente del tribunal que decidió sobre la solicitud de restitución (un tribunal de ejecución determinado), se deberán sopesar cuidadosamente los beneficios eventuales de una concentración de competencia a nivel de los tribunales de ejecución frente a las ventajas de la proximidad del tribunal de ejecución respecto del lugar de ejecución.

43. Puesto que la ejecución generalmente no tiene lugar en la sala de un tribunal sino en el ambiente diario del niño, es necesario sopesar el beneficio de una mayor especialización y pericia en los temas de La Haya frente a la necesidad de que el tribunal de ejecución esté cerca del lugar de ejecución. Una concentración de competencia para ordenar medidas de ejecución, con la consiguiente especialización, pericia y familiaridad con el Convenio, podrá agilizar la tramitación del caso. Sin embargo, la proximidad al lugar en el que habita el niño y, por lo tanto, del lugar de ejecución podrá ayudar al tribunal a seleccionar las medidas apropiadas y, si fuera necesario, a cooperar con los agentes de ejecución locales o supervisarlos.

44. Por lo tanto, cada Estado deberá elegir cuidadosamente la solución que pueda producir los mejores resultados en el sistema legal en cuestión⁸¹.

⁷⁹ Ver Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales, *op. cit.* nota 20, Capítulo 1.5.

⁸⁰ Esto se describe detalladamente en el Capítulo 5 de la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación, *op. cit.* nota 33. Cabe destacar que Países Bajos está modificando su legislación pertinente a fin de prever una concentración de competencia en los tribunales holandeses con respecto a los casos en virtud del Convenio. Cuando la modificación de la legislación entre en vigor (se espera hacia principios de 2011), el Tribunal de Distrito de La Haya será, en principio, el único tribunal que reciba solicitudes de órdenes de restitución.

⁸¹ La capacitación de los profesionales involucrados es particularmente importante en este contexto. Sobre capacitación, ver Capítulo 9 más adelante.

2.1.2 Cuando el tribunal participa en la instrucción de los agentes de ejecución que también pueden actuar en distritos de competencia territorial, deberá tenerse en cuenta que una concentración de competencia a nivel de los tribunales, si no se complementa con una concentración de competencia a nivel de los agentes de ejecución, requerirá generalmente la cooperación entre los nuevos miembros. Por lo tanto, la comunicación entre ellos deberá ser lo más clara y explícita posible.

45. Según el sistema legal del que se trate, el tribunal que imparte órdenes al agente de ejecución podrá ser el tribunal que dictó la orden de restitución o un tribunal de ejecución especializado. Cuando sólo un número limitado de tribunales tiene competencia sobre las materias mencionadas anteriormente (con los consiguientes territorios extensos que abarca su jurisdicción), el interrogante que surge es si esta concentración de jurisdicción debería ser seguida por una concentración de competencia a nivel de los agentes de ejecución y sus respectivos distritos. De manera similar a las consideraciones relacionadas con la concentración de jurisdicción a nivel de los tribunales de ejecución especializados, el beneficio de la mayor especialización y pericia en los temas de La Haya debe sopesarse frente a la necesidad de que el agente de ejecución esté cerca del lugar de la ejecución para poder elegir mejor las medidas apropiadas, el momento y otros detalles de la ejecución.

46. Cuando no hay concentración de competencia a nivel de los agentes de ejecución, las rutinas de trabajo desarrolladas entre el tribunal y los agentes de ejecución locales competentes podrán diferir de un distrito a otro. Por lo tanto, tanto el tribunal como los agentes de ejecución deberán ser lo más explícitos y claros posibles en sus comunicaciones mutuas cuando se estén preparando para la ejecución. Deberán ser alentados a discutir los detalles del caso, la restitución y la ejecución prevista, cuando sea apropiado, ya sea por teléfono o personalmente antes de que comience la ejecución.

2.1.3 Cuando el tribunal participa en la organización de la ejecución efectiva, deberá tenerse en cuenta que una concentración de competencia a nivel de los tribunales, si no se complementa con una concentración de competencia a nivel de otros profesionales involucrados en la ejecución (por ej., las autoridades de protección del niño), requerirá generalmente la cooperación entre los nuevos miembros. Por lo tanto, la comunicación entre ellos deberá ser lo más clara y explícita posible.

47. Consideraciones similares a las discutidas más arriba con respecto a la competencia territorial de los funcionarios de ejecución y sus comunicaciones con el tribunal se aplican a la competencia territorial de las autoridades de protección del niño, las oficinas de asistencia a la juventud y otras autoridades y profesionales que podrían intervenir en la ejecución de las órdenes de restitución (ver también los Capítulos 5 y 7 más adelante).

48. Estos servicios cuentan habitualmente con un gran número de oficinas locales porque en general para la tarea que desempeñan es esencial estar cerca del niño en cuestión. Además, es bien sabido que, en muchos países, debido a restricciones presupuestarias, estos servicios cuentan con poco personal, sobrecargado de casos de protección de niños. Es poco probable que al asistente social promedio que trabaja en casos de protección de niños que ya cuenta con una pesada carga le toque un caso de restitución en virtud del Convenio de La Haya. Consecuentemente, antes de que surja efectivamente el primer caso, tanto el interés de los asistentes sociales en realizar una capacitación especial sobre el Convenio como la buena voluntad de sus superiores para que esto sea posible, son generalmente – y casi necesariamente – bastante limitados. Por lo tanto, vale la pena considerar la concentración de competencias respecto del Convenio también a nivel de los servicios de protección del niño. Esto se aplica en general a todas las etapas del proceso de

restitución en virtud del Convenio de La Haya pero, en particular, a la etapa de ejecución porque aquí la participación del funcionario de protección del niño difiere considerablemente de su tarea cotidiana. Muy frecuentemente, de conformidad con la legislación interna, uno de los objetivos de las medidas de protección del niño es brindar la asistencia necesaria para permitir que el menor permanezca en el ambiente familiar habitual. Cuando el progenitor sustractor ha sido la persona que ejercía el cuidado primordial del menor durante un tiempo considerable, la separación del menor de este progenitor parece perturbar la estabilidad del niño. Además, si el asistente social con competencia territorial al que ahora se le solicita que asista en la ejecución ya ha estado asistiendo al progenitor sustractor y al niño en cuestión para que se integren en el nuevo ambiente – quizás sin tener conocimiento de la sustracción ni de la situación del progenitor perjudicado – el conflicto de lealtades y aun de tareas es inevitable.

49. Según las posibilidades que un sistema legal disponga, se pueden prever varias opciones:

- Una posibilidad – que sería diferente de la estructura encontrada en la mayoría de los Estados contratantes – sería establecer la posición de un funcionario de protección del niño especial vinculado al tribunal, que sería instruido por el tribunal y lo asistiría en los casos de restitución en virtud del Convenio de La Haya, incluso en la ejecución de órdenes de restitución.
- Dentro de las estructuras actuales de la mayoría de las jurisdicciones, la solución más extendida para los casos de restitución en virtud del Convenio de La Haya sería una concentración de responsabilidades en un sólo servicio de protección del niño de un distrito determinado.
- Otra opción que tiene un impacto aún menor sobre las estructuras existentes sería designar a un trabajador social por distrito que reciba una capacitación especial sobre el Convenio y pueda ser contactado por otros trabajadores sociales cuando surja un caso de restitución en virtud del Convenio de La Haya. La responsabilidad de asistir en la restitución del niño podría transferirse al colega especializado o éste podría brindar asesoramiento e información sobre el procedimiento del Convenio a otro trabajador social competente que se hiciera cargo del caso.
- Una opción similar sería disponer de un asistente social nacional que esté muy familiarizado con el Convenio y que instruya a los asistentes sociales del distrito en casos de restitución en virtud del Convenio de La Haya. El asistente social nacional estaría en contacto periódico con la Autoridad Central y coordinaría cualquier acción que sea necesaria, incluida la participación de otros actores como los oficiales de policía⁸².

2.2 Se deberán establecer plazos estrictos para que los tribunales procesen las apelaciones contra las órdenes de restitución. Los procesos de ejecución también deberán llevarse adelante con urgencia.

50. La celeridad es importante en todas las etapas del proceso en virtud del Convenio. Para garantizar que se cumpla con este requisito de celeridad, habrá que establecer plazos para los distintos pasos del proceso, por ejemplo, que el tribunal de primera instancia fije una fecha para la audiencia y para tomar una decisión.

⁸² Israel (información proporcionada por la Autoridad Central de Israel).

51. La obligación del Convenio de procesar solicitudes de restitución con urgencia también se extiende a los procedimientos de apelación y los recursos judiciales extraordinarios. Por consiguiente, algunas leyes recientes que ponen en práctica el Convenio establecen plazos para presentar recursos judiciales contra la decisión del tribunal de primera instancia y / o para que el tribunal de apelaciones tome una decisión sobre esa apelación⁸³.

52. En vistas del requisito de celeridad subyacente al Convenio de 1980, es importante establecer un plazo para los tribunales. Hay pocos ejemplos en los que el legislador nacional así lo ha establecido⁸⁴. Para los Estados miembros de la Unión Europea, con la excepción de Dinamarca, el artículo 11(3) del Reglamento Bruselas IIa⁸⁵ hace más estricto el período de seis semanas establecido en el artículo 11 del Convenio. Más allá de esto, en su legislación de implementación aprobada en 2003, Bulgaria introdujo un plazo de 30 días para que el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones decidan sobre una solicitud de restitución⁸⁶. En Israel, el tribunal de primera instancia tiene que decidir dentro de las seis semanas y el tribunal de apelaciones dentro de los 30 días a partir del día en que se presentó la apelación⁸⁷.

53. Aunque los legisladores pueden tener dudas o estar limitados para imponer plazos sobre el poder judicial independiente, estas preocupaciones no existen con respecto a las partes siempre que se respeten los principios de debido proceso y equidad procesal. En consecuencia, en un número considerable de jurisdicciones, todo recurso judicial contra la decisión de un tribunal de primera instancia se deberá presentar dentro de las dos semanas⁸⁸. Varios Estados han establecido un plazo aún menor de sólo cinco días⁸⁹. En todos estos sistemas legales una orden de restitución tiene normalmente que ser definitiva (es decir, no estar sujeta a recursos judiciales ordinarios) antes de que se puedan aplicar medidas coercitivas. Una orden de restitución aún no definitiva podrá, no obstante, declararse provisionalmente (o inmediatamente, según el término que se utiliza en otros sistemas legales) ejecutable. Esta perspectiva equilibra bien la necesidad de aplicación sumaria de la restitución con el riesgo de transformar una apelación con fundamento suficiente en inútil al ya haberse realizado la restitución mientras que la apelación todavía se encontraba pendiente de resolución.

⁸³ **México** (ocho días para que se dicte un auto o sentencia interlocutoria, 15 días para una decisión o sentencia definitiva; el período puede prorrogarse por ocho días si el caso es muy complejo), **España** (20 días), **Bulgaria** y **Panamá** (30 días). En estas tres últimas jurisdicciones, la apelación es el único recurso ordinario posible. En **Suiza**, la Corte Suprema Federal tiene que decidir dentro de las seis semanas.

⁸⁴ En los **Países Bajos**, se está realizando un proyecto piloto en el que están involucrados la Autoridad Central, el Tribunal de Distrito de La Haya, los cinco Tribunales de Apelaciones y el Centro de Sustracción Internacional de Menores. En el proyecto piloto, el proceso de restitución no debe prolongarse por más de 18 semanas: seis semanas para la "etapa preparatoria" en la Autoridad Central, seis semanas para el proceso judicial ante el Tribunal de Distrito de La Haya (jurisdicción exclusiva) y seis semanas para el proceso de apelación ante el Tribunal de Apelaciones. Durante la etapa preparatoria y el proceso judicial se ofrecerá a los progenitores el servicio de mediación. En abril de 2010, el nuevo procedimiento se encontraba listo para ser evaluado.

⁸⁵ Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga al Reglamento (CE) N° 1347/2000 (en adelante denominado "Reglamento Bruselas IIa"), OJ 2003 L 338, p. 1.

⁸⁶ Primera instancia: 30 días posteriores a la recepción de la solicitud.

⁸⁷ Capítulo 22 (1) de las Reglamentaciones de Procedimiento Civil de Israel, arts. 295M y 295N.

⁸⁸ **Alemania** (desde la recepción de la decisión), **Austria**, **Bulgaria** (desde la audiencia en la que se dio a conocer la decisión si la parte estuvo presente; desde la notificación si la parte no estuvo presente), **Chipre**, **Dinamarca** (desde el día en que se dictó la decisión), **Eslovaquia**, **Finlandia** (desde el día en que se dictó la decisión), **Francia** (contra una orden (*ordonnance*)), **Luxemburgo** (desde la notificación, para decisiones que no sean decisiones por incumplimiento), **Países Bajos** (desde la fecha de la orden), **Reino Unido (Inglaterra y Gales)**, salvo que el tribunal haya fijado un plazo diferente o que el Tribunal de Apelaciones lo haya prorrogado), **República Checa**, **Sudáfrica** (desde el día en que se dictó la decisión o desde el día en que se presentaron fundamentos en el caso de que el tribunal haya dictado su decisión sin haberlos presentado), **Turquía** (desde la notificación). **China (Macao (RAE))** y **Rumania** tienen un plazo de 10 días.

⁸⁹ **Argentina**, **Chile** (desde el día en que se dictó la decisión), **España** (desde la notificación), **Grecia** (desde la notificación, para la parte que vive en el exterior), **Panamá** (desde la notificación de la decisión).

54. Al establecer estos plazos, los legisladores también deberán considerar debidamente el momento en que el plazo empezará a correr – desde la fecha en que se dictó la orden de restitución, desde la fecha en la que se la dio a conocer (en cualquiera de las formas disponibles) al demandado o desde la fecha de la notificación. Se deberá elegir el momento más cercano posible, considerando los principios de debido proceso y equidad procesal.

55. En varios sistemas legales no es tarea tanto del legislador como de los tribunales mismos establecer plazos para la determinación de los casos y muchos de ellos dan prioridad a los procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya⁹⁰ o los agilizan. Esto debe agradecerse ya que los procesos judiciales deben acelerarse para impedir que se causen mayores daños al niño. La demora puede afectar al niño, dañar su relación con el progenitor y frustrar los objetivos del Convenio.

56. Cuando la orden sea ejecutable antes de tornarse definitiva⁹¹, el progenitor solicitante también podrá aceptar que se suspenda la ejecución de la orden con la condición de que la otra parte esté de acuerdo con una reducción del cronograma de apelación. El tribunal entonces dictará una orden a tal efecto.

2.3 El número de recursos judiciales disponibles contra una decisión del tribunal respecto de una solicitud de restitución en virtud del Convenio de La Haya deberá ser limitado. Los Estados deberán crear las condiciones que permitan a sus tribunales tomar una decisión definitiva con urgencia, es decir, una decisión que ya no se encuentre sujeta a recursos judiciales ordinarios⁹².

57. En casi todas las jurisdicciones consideradas en la investigación llevada a cabo para la preparación de la presente Guía, es posible impugnar órdenes de restitución en virtud del Convenio de La Haya⁹³. En primer lugar, se analizarán los recursos judiciales ordinarios para luego pasar al análisis de los recursos judiciales extraordinarios.

58. En varios sistemas legales, sólo existe un nivel de recursos judiciales *ordinarios* contra la decisión adoptada respecto de una solicitud de restitución en virtud del Convenio de La Haya⁹⁴. El rápido tratamiento de este recurso judicial – por ejemplo, cuando se establecen plazos estrictos para presentar el recurso, y tal vez también para que el tribunal decida – conducirá inmediatamente a una decisión definitiva sobre la solicitud de restitución en virtud del Convenio de La Haya. Cuando se ordene la restitución en un sistema de este tipo, puede resultar razonable posponer la ejecución coercitiva hasta asegurarse de que la orden de restitución es definitiva y que ya no puede cambiarse. Este enfoque podría beneficiar al niño en dos aspectos. Primero, el tiempo que el niño pasa en el nuevo ambiente no se verá dilatado por procesos judiciales demasiado extensos, lo que contribuiría así a la integración del niño. Segundo, cuando la ejecución coercitiva se lleve a cabo quedará en claro que la orden de restitución no puede modificarse más.

⁹⁰ Por ejemplo, en **Nueva Zelanda**, la *Family Court Caseload Management Practice Note* (Nota de Práctica de Gestión Judicial del Tribunal de Familia) emitida por el Juez Principal del Tribunal de Familia en septiembre de 1998 establece que las solicitudes de órdenes de restitución deberán decidirse dentro de las seis semanas, o dentro de las trece semanas cuando se requiera un informe especializado u otra prueba, material o información, y no se pueda obtener inmediatamente. También, desde el 1 de diciembre de 2008, todas las jurisdicciones de **Canadá**, con excepción de Quebec, aprobaron un protocolo de procedimientos relacionado con el manejo de solicitudes de restitución de conformidad con el Convenio. En el caso de Quebec, aunque no existe protocolo escrito, la práctica indica que estos temas se tratan muy rápidamente.

⁹¹ Ver Parte 3 *infra*.

⁹² Ver Principio 3.1 *infra*.

⁹³ La única excepción es la del **Reino Unido (Montserrat)** donde no existe recurso judicial alguno en los casos de restitución en virtud del Convenio de La Haya.

⁹⁴ **Alemania, Argentina, Bulgaria, Chile, China (Macao (RAE)), Chipre, Eslovaquia, Finlandia, Italia, Malta, Panamá, Reino Unido (Isla de Man), República Checa, Rumania** (desde diciembre de 2004), **Suiza, Turquía**. Entre estos sistemas legales, **Alemania, Chile, Eslovaquia y Turquía** también permiten recursos extraordinarios que pueden presentarse en casos excepcionales.

59. La mayoría de las jurisdicciones disponen de dos⁹⁵, y algunas aún más⁹⁶, recursos judiciales ordinarios contra una orden de restitución. En este contexto es importante mencionar que cuando existen plazos para presentar estos recursos judiciales, o para que los tribunales decidan sobre ellos, el plazo promedio a nivel de una segunda impugnación parece ser más extenso que a nivel de una primera impugnación.

60. Por lo tanto, cuanto más niveles de recursos judiciales ordinarios haya disponibles contra una orden de restitución (o su denegación), más frecuentemente surgirá el interrogante sobre si la orden de restitución podría (y debería) ejecutarse a través de medios coercitivos antes de que se torne definitiva. El difícil equilibrio a lograrse entre el carácter definitivo de la orden de restitución y la necesidad de una ejecución rápida se discutirá más adelante en el Principio 3.1 que trata el efecto de los recursos judiciales sobre la ejecutabilidad de las órdenes de restitución. Con el fin de reducir la necesidad de tomar decisiones tan difíciles, los recursos judiciales ordinarios contra una orden de restitución deberán limitarse a sólo un nivel, salvo que constitucionalmente sea imposible.

61. Además de los recursos judiciales ordinarios, en varias jurisdicciones existen recursos judiciales *extraordinarios* de uno o más niveles. Un gran número de ellos se basa en supuestas violaciones de derechos constitucionales. Algunas veces se requiere agotar todos los niveles de recursos ordinarios⁹⁷, mientras que en otras pueden presentarse paralelamente, en cualquier momento⁹⁸. Otro tipo de recursos no son tanto una impugnación sino una solicitud para reconsiderar el tema, es decir, una solicitud para reabrir el proceso de restitución porque se conocen nuevas circunstancias que no se conocían en el momento en que se ordenó la restitución⁹⁹.

62. Estos recursos judiciales extraordinarios tienen generalmente que presentarse ante un tribunal superior como una Corte Suprema o Tribunal Constitucional, cuando se alega la violación de un derecho constitucional, o ante el tribunal de primera instancia o el tribunal que emitió la orden de restitución, cuando se solicita que el tribunal reconsidere la cuestión. Esto implica un traslado del expediente de la causa de un tribunal a otro y agrega otro paso que dilata el proceso. Cuando exista la posibilidad de presentar una impugnación de este tipo, los legisladores deberán considerar enmendar las reglamentaciones judiciales para dar prioridad a los procesos de conformidad con el Convenio¹⁰⁰. También sería aconsejable contar con mecanismos internos, tales como directivas judiciales para el traslado rápido de los expedientes.

⁹⁵ **Austria, Bahamas, Canadá (Alberta, Manitoba, Nueva Escocia, Quebec, Saskatchewan), China (Hong Kong (RAE)), Dinamarca, Estados Unidos de América** (cuando la causa se somete al conocimiento de los tribunales federales o los tribunales de los estados con una sola instancia de apelación; una nueva apelación se presentaría ante la Corte Suprema de EE.UU.), **Francia, Grecia, Luxemburgo, México, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Reino Unido (Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte, Escocia), Sudáfrica, Suecia** (la legislación sueca se modificó en 2009; en todos los casos civiles se requiere actualmente que las partes soliciten permiso para apelar una decisión en primera instancia). En **Sudáfrica**, también hay recursos extraordinarios que pueden presentarse en casos excepcionales.

⁹⁶ Por ej., **Nueva Zelanda**.

⁹⁷ Por ej., en **Alemania, Argentina, España y Sudáfrica** así como en el caso de solicitudes ante la Corte Europea de Derechos Humanos de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁹⁸ Por ej., en **Canadá, Chile y México**.

⁹⁹ Por ej., en **Suecia**, una parte puede solicitar excepcionalmente un nuevo proceso. Es un último recurso del derecho procesal de Suecia y las circunstancias en las que está disponible son, en consecuencia, limitadas. Una parte puede solicitar que se reabra el caso sólo si el tribunal se pronunció manifiestamente en forma contraria a la ley o hubo elementos específicos que afectaron el resultado del caso, tales como fraude procesal, comportamiento criminal de los funcionarios del tribunal o de otras personas involucradas o nuevas pruebas. En **China (Macao (RAE)), Eslovaquia y Turquía**, las decisiones también pueden revisarse en circunstancias limitadas (ver párr. 74 del Doc. Prel. N° 6 de octubre de 2006, *op. cit.* nota 3).

¹⁰⁰ Un ejemplo es el Procedimiento Preliminar Urgente que se encuentra en el art. 104b del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Es una derivación de las normas generales de procedimiento para permitir una mayor celeridad en el procesamiento de ciertos casos. Se utilizó por primera vez en un caso de sustracción de niños en la Causa *Inga Rinau* C-195/08 PPU 11 de julio de 2008.

63. Hay que admitir que el legislador nacional podría tener poca o ninguna discrecionalidad con respecto a los recursos constitucionales y la constitución podría requerir una suspensión de la ejecución. No obstante, esto parece ser diferente para el segundo tipo de recursos extraordinarios, es decir, para las solicitudes de reapertura de la causa. Este procedimiento puede ser importante, pero mientras esta solicitud no se resuelva, habrá que equilibrar la situación con el hecho de que ya existe una decisión definitiva – en la mayoría de los casos con el efecto de cosa juzgada – que es ejecutable o puede ser declarada ejecutable¹⁰¹.

2.4 Deberán limitarse los fundamentos para la apelación u otros recursos judiciales.

64. En varios Estados y unidades territoriales, aunque existen varios niveles de apelación, estos raramente se utilizan¹⁰². Una respuesta al Cuestionario distribuido por la Oficina Permanente atribuyó la poca cantidad de apelaciones al hecho de que en el sistema legal en cuestión los fundamentos para apelar eran extremadamente limitados, por ejemplo, limitados a cuestiones de derecho, por una consideración insuficiente de la prueba o por un cambio significativo de las circunstancias¹⁰³. Se exhorta a los Estados contratantes a considerar la inclusión de estas limitaciones, cuando sea posible¹⁰⁴.

2.5 Se podría considerar una solicitud de permiso para apelar.

2.6 Cuando corresponda al tribunal que decide sobre la solicitud de restitución conceder permiso para apelar, el tribunal deberá expedirse sobre la cuestión del permiso al momento de emitir su decisión sobre la solicitud de restitución.

2.7 Cuando corresponda al tribunal de apelaciones o un tercer organismo conceder permiso para apelar, aquél deberá recibir el expediente del tribunal inferior lo antes posible para poder tomar una decisión.

65. La necesidad de que se conceda permiso para apelar puede o no acelerar el proceso, dependiendo de cómo se organice el procedimiento. Cuando el procedimiento de apelación es rápido, hay un plazo de tiempo establecido para los tribunales de apelación y sólo es posible utilizar un nivel de apelación contra una orden de restitución, la inclusión de un procedimiento de concesión permiso para apelar constituye una etapa adicional y puede demorar el procedimiento. Contrariamente, cuando el procedimiento de apelación es extenso o no hay un plazo de tiempo establecido para la apelación y existen varios niveles de recursos judiciales posibles, una solicitud de permiso para apelar puede acelerar el procedimiento. En este caso se llegará más rápidamente a una decisión definitiva cuando 1) el mismo tribunal que emitió la orden contra la que se está solicitando el recurso judicial deba conceder el permiso, 2) ese permiso sea denegado por dicho tribunal y 3) el proceso termine en forma anticipada como consecuencia.

¹⁰¹ Ver Principio 3.1 *infra*. También tomar nota de la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en *Sylvester v. Austria* (*op. cit.* nota 21) en la que el Tribunal sostuvo que, aunque un cambio en los hechos del caso puede justificar “excepcionalmente” la no ejecución de una orden de restitución, el cambio pertinente no debe ser el resultado de la omisión cometida por el Estado al no tomar todas las medidas que podía razonablemente esperarse para facilitar la ejecución de la orden de restitución. En este caso el Tribunal sostuvo que el Tribunal Austriaco no había tomado inmediatamente todas las medidas que podía razonablemente esperarse para que se ejecutara la orden de restitución y por lo tanto había quebrantado el derecho a la vida familiar del solicitante (art. 8, Convenio Europeo de Derechos Humanos). También ver la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, Solicitud N° 41615/07, 6 de julio de 2010. La decisión del Tribunal se emitió demasiado tarde para que pudiera considerarse en la presente Guía.

¹⁰² Por ej., **Canadá (Manitoba, Quebec, Saskatchewan), China (Hong Kong (RAE)), Mónaco, Reino Unido (Escocia).**

¹⁰³ **Reino Unido (Escocia).**

¹⁰⁴ Los **Países Bajos** van a modificar su legislación en los casos relacionados con el Convenio (se espera que la reforma esté vigente a comienzos de 2011) con el objetivo de limitar la capacidad de una persona para presentar una apelación en casación ante la Corte Suprema de los Países Bajos sólo a los casos en que sea en “interés de la ley”.

66. Como se mencionara antes, la necesidad de que se conceda permiso para apelar también conlleva el riesgo de que se produzcan demoras. Estas demoras pueden ocurrir no sólo cuando la solicitud de permiso para apelar agregue un paso adicional innecesario al proceso, sino también cuando el procedimiento de concesión del permiso incluya el traslado del expediente del caso a otro tribunal, que quizás se encuentre a una distancia considerable dentro del Estado, antes de que ese tribunal pueda considerar la solicitud. Cuando se necesite que el permiso para apelar sea concedido por el tribunal que finalmente entenderá en la apelación, o por un tercer organismo¹⁰⁵, se presentará una solicitud de permiso para apelar. De conformidad con algunas leyes nacionales, se presentará en el tribunal que dictó la orden original y dicho tribunal tendrá que trasladar el expediente de la causa (incluida la nueva solicitud y tal vez acompañada por las observaciones del tribunal) al otro tribunal u organismo para que éste decida. Esto puede causar una demora de días o incluso semanas, dado el hecho de que, debido a limitaciones presupuestarias, los expedientes se conservan generalmente en formato papel y que frecuentemente se solicita a las administraciones públicas que elijan la forma más económica de realizar los traslados en lugar de la más rápida.

67. Con estas consideraciones en mente se recomienda que el paquete que se adopte sea razonable. El “traslado” del expediente deberá reducirse al mínimo y, cuando sea posible, se concentrarán las competencias y decisiones. Una forma sería que el tribunal que dicte la orden inicial decida sobre el permiso para apelar e incluya esa decisión en la orden inicial. Otra forma sería que el tribunal de apelaciones decida sobre la cuestión del permiso para apelar, si fuera factible (por ej., en el supuesto de que los expedientes de las causas se guarden y transmitan en formato electrónico y de esta manera pueden ser transmitidos sin demora, o debido a que ambos tribunales se encuentran en el mismo edificio o porque hay un servicio de mensajería eficiente y adecuado disponible). Estos requisitos prácticos serían de mayor importancia aún si un tercer organismo fuera designado para conceder el permiso para apelar, lo que exigiría de esta manera un traslado adicional del expediente al tribunal de apelaciones.

2.8 Deberán evitarse o limitarse los recursos separados permitidos contra medidas de ejecución específicas y / o decisiones sobre requisitos formales adicionales para la ejecución.

68. De conformidad con los Principios 1.6 y 1.7, se recomendó que deberá reducirse la cantidad de medidas que se deban implementar antes de que la ejecución coercitiva de una orden de restitución se lleve a cabo. Algunos ejemplos son: una *formule exécutoire* u otra autorización exigida para la ejecución o una decisión judicial adicional que ordene una medida coercitiva específica o las medidas que deberá tomar el oficial de justicia u otro agente de ejecución.

69. No obstante, cuando se requieran medidas formales adicionales como un auto ejecutorio, una autorización para ejecutar o medidas similares, deberá excluirse o limitarse la posibilidad de impugnarlas en forma independiente¹⁰⁶. En todo caso, la cantidad y los niveles de recursos judiciales disponibles contra estas medidas deberán limitarse y no será posible utilizarlos como táctica dilatoria. Además, el progenitor sustractor no deberá poder oponer las mismas defensas que se rechazaron anteriormente en el proceso de restitución mismo al impugnarse estas medidas formales adicionales.

70. Del mismo modo, en los Principios 4.2 y 4.3 que aparecen más adelante, se recomienda que la posibilidad de solicitar medidas coercitivas específicas como la asistencia policial, la aplicación de la fuerza u otras medidas, deberá preverse en la orden de restitución original, aún cuando sea sólo una medida por incumplimiento que pueda tener

¹⁰⁵ En **Dinamarca**, el permiso tiene que ser concedido por la Junta de Permisos de Apelaciones, organismo independiente formado por cinco miembros: un juez de la Corte Suprema como presidente, un juez de un tribunal superior, un juez de condado, un abogado en ejercicio y un abogado / jurista con antecedentes académicos.

¹⁰⁶ Por ej., en **Chile, Letonia, Lituania y Luxemburgo**, esta formalidad no podrá impugnarse separadamente.

que ser aplicada más tarde en el caso de que el progenitor sustractor no cumpla voluntariamente con la orden de restitución. Por lo tanto, cualquier impugnación se presentará contra la orden de restitución misma. Si, no obstante, la orden de restitución y las medidas de ejecución específicas se impugnan en forma separada, se recomienda la unificación de tales recursos.

71. En algunos sistemas legales, ciertas medidas tendientes a la ejecución (como la autorización para ejecutar) sólo podrán ser ordenadas cuando la orden de restitución sea definitiva y no continúe sujeta a un recurso ordinario. No podrá presentarse un recurso judicial contra el procedimiento adicional que certifica que la orden de restitución es definitiva y ejecutable, ni contra cualquier medida de ejecución, mientras la orden de restitución todavía pueda ser objeto de impugnación. En estos sistemas legales no es posible la unificación de recursos contra la misma orden de restitución y las órdenes de ejecución específicas. En cambio, se recomiendan plazos estrictos, niveles limitados de recursos (preferiblemente un solo nivel) y fundamentos limitados para estos recursos en el caso de que el recurso contra la medida de ejecución separada no se pueda excluir completamente.

3. EFECTO DE LOS RECURSOS JUDICIALES SOBRE LA EJECUTABILIDAD DE LAS ÓRDENES DE RESTITUCIÓN

- 3.1** Los Estados deberán crear condiciones que permitan a sus tribunales llegar a decisiones definitivas que ya no se encuentren sujetas a recursos judiciales ordinarios con urgencia¹⁰⁷. Las medidas coercitivas se utilizarán preferentemente sólo para ejecutar una orden de restitución definitiva.
- 3.2** La posibilidad de ejecución inmediata o provisional de una orden de restitución que todavía no es definitiva deberá no obstante existir para responder apropiadamente a las circunstancias de cada caso.
- 3.3** Como regla, la solicitud de reapertura de la causa, no deberá tener ningún efecto sobre la ejecutabilidad de la orden de restitución.

72. Serviría más efectivamente al interés superior del niño que las medidas coercitivas sólo se apliquen cuando esté claro que la orden de restitución no será modificada ni anulada. Esto sólo será así, sin embargo, si los procesos son lo suficientemente rápidos para no contribuir a integrar al niño en su nuevo ambiente con el consiguiente riesgo de daño que se le produciría en el caso de una restitución posterior¹⁰⁸.

73. Por lo tanto, se sugiere que la mejor solución sería tomar medidas legislativas o de otro tipo para poder llegar a una decisión definitiva en el menor tiempo posible y, *como regla*, sólo ejecutarla cuando ya no pueda ser modificada mediante recursos judiciales ordinarios. Las siguientes medidas, utilizadas en combinación, permiten un justo equilibrio entre la necesidad de un cumplimiento rápido de la restitución y el riesgo de que una apelación bien fundada sea infructuosa: a) la limitación de los recursos judiciales disponibles, b) el establecimiento de plazos estrictos para que el tribunal de primera instancia decida sobre una solicitud, las partes presenten una apelación y el/los tribunal/es de apelaciones decida/n sobre una apelación y c) el requisito de que la orden de restitución sea definitiva (es decir, no continúe sujeta a un recurso judicial ordinario) antes de que se puedan aplicar medidas coercitivas.

74. Al mismo tiempo, no obstante, es importante que en ciertas situaciones (por ej., cuando se sepa que el procedimiento de apelación va a ser extenso o cuando la protección del niño así lo requiera) existe la posibilidad de ejecutar la orden de restitución antes de que se hayan agotado todas los recursos judiciales ordinarios¹⁰⁹. Esto puede asegurarse de diferentes maneras: la orden de restitución de primera instancia podría ser inmediatamente ejecutable por derecho¹¹⁰, lo que daría lugar a la posibilidad de una suspensión de la

¹⁰⁷ Ver Principio 2.3, *supra*.

¹⁰⁸ *Íd.*

¹⁰⁹ Existen casos en los que la orden de restitución se ejecutó a pesar de que una apelación se encontraba pendiente de resolución: Caso 11.676, *X et Z v. Argentina*, 3 de octubre de 2000, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 11/00 [INCADAT cite: HC/E/ 772] en el que la Comisión sostuvo que la ejecución inmediata de una orden de restitución mientras todavía se encuentra pendiente de resolución un recurso judicial definitivo no constituía una violación de los arts. 8, 17, 19 ó 25 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, *Fawcett v. McRoberts*, 326 F.3d 491 (4° Cir. Va., 2003) [INCADAT cite: HC/E/USf 494] (aunque en *Bekier v. Bekier*, 248 F.3d 1051 (11° Cir. 2001) [INDICAT cite: HC/E/USf 909] no se permitió que una apelación procediera cuando el menor ya había sido restituido al Estado de residencia habitual). No obstante, deberá observarse que algunos Estados opinan que nunca deberá realizarse una ejecución antes de la apelación ya que la apelación se tornaría inútil.

¹¹⁰ Bahamas, Canadá (Alberta, Manitoba, Quebec, Saskatchewan), China (Hong Kong (RAE)), Chipre, Dinamarca, Estados Unidos de América, Finlandia, Italia, Luxemburgo, Malta, México, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Reino Unido (Escocia, Irlanda del Norte), Suecia. En Luxemburgo, la orden de restitución es, por derecho, provisionalmente ejecutable y el juez puede, en caso de necesidad, ordenar que la ejecución efectiva comience inmediatamente. En Bélgica, las decisiones en virtud del Convenio son emitidas por un tribunal de procedimiento sumario y, como tales, las decisiones son susceptibles de ejecución inmediata, sin perjuicio de una apelación.

ejecución ya sea de pleno derecho una vez que la apelación sea presentada o *de oficio* por el tribunal de primera instancia o el tribunal de apelaciones o a solicitud de una de las partes¹¹¹. Otra posibilidad sería solicitar por derecho que la orden de restitución sea definitiva antes de que pueda ser ejecutada y permitir que los tribunales declaren la orden de restitución provisionalmente ejecutable si las circunstancias así lo exigen. En algunos sistemas, esto es posible durante el período en el que todavía se puede presentar una apelación y / o después de que se presentó una apelación sobre la que todavía no se decidió¹¹². En otros sistemas, no es posible declarar la orden de restitución (provisionalmente) ejecutable cuando no se ha presentado ninguna apelación y aún no ha vencido el plazo para presentarla. Si después efectivamente se presenta una apelación, el tribunal de primera instancia¹¹³ o el tribunal de apelaciones¹¹⁴ podrán declarar la orden de restitución ejecutable a pesar de la apelación pendiente de resolución. Es importante notar que, en este último caso, existen generalmente plazos muy abreviados para presentar una apelación¹¹⁵.

¹¹¹ **Bahamas** (la ejecución se suspenderá mientras la apelación se encuentre pendiente de resolución); **Canadá (Alberta, Manitoba, Nueva Escocia)**: la suspensión puede ordenarse por la apelación o por otras razones; **Quebec**: las órdenes de restitución son frecuentemente ejecutables sin perjuicio de la apelación. En cuyo caso, el progenitor que desee apelar la orden debe solicitarle al Tribunal de Apelaciones que suspenda la ejecución de la orden de restitución hasta que se entienda en la apelación y se emita una decisión; **Saskatchewan**: la ejecución puede ser suspendida a solicitud de la parte apelante; **China (Hong Kong (RAE))** (la apelación no suspende automáticamente la ejecutabilidad / ejecución de la orden de restitución. Si la orden de restitución establece un plazo dentro del cual debe efectuarse la restitución, el apelante deberá solicitar una suspensión de la ejecución mientras la apelación se encuentre pendiente de resolución. La solicitud de una suspensión debe primero presentarse ante el tribunal de primera instancia y luego ante el Tribunal de Apelaciones en el caso de que el tribunal de primera instancia rechace la solicitud); **Chipre, Dinamarca** (el tribunal de primera instancia o el tribunal de apelaciones pueden ordenar una suspensión mientras la apelación se encuentre pendiente de resolución); **Estados Unidos de América** (algunos estados; las reglas judiciales varían según se trate de suspensiones obligatorias o discrecionales); **Malta** (la apelación suspenderá la ejecución); **México** (la ejecución de sentencias interlocutorias o autos se suspenderán cuando pudiera causar daño irreparable o sea difícil de revertir si el solicitante lo solicita con fundamento; la ejecución de sentencias y órdenes preventivas también se suspenderá); **Noruega** (el tribunal de primera instancia puede ordenar una suspensión); **Nueva Zelandia** (el tribunal de primer instancia o el tribunal de apelaciones puede ordenar una suspensión a solicitud de una de las partes); **Panamá** (la apelación suspende la orden de restitución y su ejecución); **Reino Unido (Inglaterra y Gales)**: la ejecución se suspenderá mientras la apelación se encuentre pendiente de resolución; **Irlanda del Norte**: la orden de restitución se suspende mientras la apelación se encuentre pendiente de resolución; **Escocia**: en el caso de una apelación, una suspensión es posible); **Suecia** (mientras que las órdenes de restitución de primera instancia son susceptibles de ejecución inmediata, la parte que presenta una apelación puede evitar la ejecución, después de presentada la apelación, obteniendo una inhibición o suspensión de la orden mientras el tribunal de apelaciones no haya emitido su decisión);

¹¹² **Austria** (en casos excepcionales el tribunal de primera instancia podrá ordenar la ejecución inmediata independientemente de una apelación), **Belarús** (cuando pueda afectar la salud física o psíquica del niño o resultar en la imposibilidad de la ejecución de la decisión de permitir que el niño permanezca con el progenitor sustractor), **España** (si la orden de restitución se declaró susceptible de ejecución provisional y es apelada, la apelación suspende la ejecución y se requiere la solicitud de una nueva orden de ejecución provisional para la ejecución (provisional) mientras la apelación se encuentre pendiente de resolución), **Estados Unidos de América, Francia** (el tribunal de primera instancia podrá ordenar la ejecución provisional), **Grecia, Lituania** (en casos de urgencia y mediante solicitud escrita del solicitante: la ejecución provisional puede ser ordenada por el tribunal de primera instancia así como por el tribunal de apelaciones o el tribunal de casación), **República Checa**.

¹¹³ En **Argentina**, la decisión tiene que ser definitiva para poder ser ejecutada pero cuando se concede permiso para apelar el tribunal de primera instancia puede ordenar que la apelación no suspenda la ejecución. En **Suiza**, la orden de restitución original puede establecer que una apelación no suspenda la ejecución. Si esta declaración no se incluye y se presenta una apelación, se requiere una orden separada para que se pueda ejecutar (provisionalmente) la orden mientras la apelación se encuentre pendiente de resolución.

¹¹⁴ En **Alemania** una orden de restitución de primera instancia tiene que ser definitiva para ser ejecutable, o sea, el plazo de dos semanas para presentar una apelación debe haber expirado o el tribunal de apelaciones debe haber dictado una decisión definitiva. El tribunal de primera instancia no puede ordenar una ejecución anticipada. No obstante, si se presenta una apelación, el tribunal de apelaciones tiene que evaluar *de oficio* si ordena la ejecución inmediata. De conformidad con las disposiciones pertinentes, ésta *deberá* ordenarse cuando el recurso judicial carezca indiscutiblemente de fundamento suficiente o cuando la restitución del niño ocurrida antes de la decisión sobre una apelación sirva al interés superior del niño, teniendo en cuenta los intereses justificados de las partes.

¹¹⁵ **Alemania**: dos semanas; **Argentina**: diferentes en cada provincia, promedio cinco días.

75. Con respecto a los recursos judiciales extraordinarios (en la mayoría de los sistemas judiciales son recursos y solicitudes constitucionales que se utilizan para reabrir el proceso debido a un cambio de las circunstancias¹¹⁶), se sugiere que la distinción entre éstos y los recursos judiciales ordinarios se repita al momento de declarar la orden de restitución ejecutable o suspender la ejecución a causa del recurso extraordinario. Se exhorta a los Estados a distinguir lo más claramente posible entre “recursos ordinarios” – que en la mayoría de los casos pueden justificar “normalmente” la demora de la ejecución hasta que la orden de restitución sea definitiva – y los “recursos extraordinarios” que justificarán sólo muy extraordinariamente otra demora de la ejecución de la decisión que a menudo ya es definitiva y que ha pasado por varias instancias.

¹¹⁶ Ver *supra*, Principio 2.3 y el texto adjunto.

4. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN (INCLUIDA LA ORDEN DE RESTITUCIÓN A EJECUTARSE Y LOS OBJETIVOS DE LA EJECUCIÓN) Y ACTORES INVOLUCRADOS

- 4.1 El tribunal, al emitir una orden de restitución, deberá elegir cuidadosamente la opción apropiada para restituir al niño. En todas las circunstancias, salvo las excepcionales¹¹⁷, la orden deberá requerir la restitución inmediata del niño, ya que las demoras pueden causarle más daño y confusión al niño y darle al progenitor sustractor la oportunidad de sustraerlo nuevamente.
- 4.2 Al emitir una orden de restitución, el tribunal deberá hacerlo en la forma más detallada y específica posible, incluyendo los datos prácticos de la restitución y las medidas coercitivas que se aplicarán en caso de ser necesario.
- 4.3 Es preferible que los arreglos prácticos necesarios para la implementación de la orden de restitución se decidan después de que el juez haya escuchado los planteos de las partes y considerado sus respectivas propuestas. Se exhorta a los tribunales a que inviten a las partes a realizar estas propuestas y, si fuera posible, a efectuar conjuntamente los arreglos prácticos que se incorporarán a la orden de restitución.
- 4.4 Cuando corresponda, el tribunal podrá considerar incluir en la orden de restitución una escala jerárquica de diferentes opciones.
- 4.5 Las cuestiones relacionadas con los documentos de viaje del niño deberán aclararse mucho antes de la etapa de ejecución, preferentemente al momento de la emisión de la orden de restitución o antes de ello.
- 4.6 Las autoridades de los Estados interesados deberán tener la posibilidad de emitir un salvoconducto provisional (“*laissez-passer*”), que se utilizará por única vez y permitirá que el niño salga del país y sea restituido al Estado de residencia habitual.

76. El artículo 12 del Convenio dispone que se ordene “la restitución del menor”. El Preámbulo del Convenio especifica que se lo restituye normalmente al Estado donde el niño residía habitualmente antes de su traslado o retención ilícita. No existe referencia explícita en el Convenio que ordene la entrega del niño a una persona o el cambio de la persona que ejerce su cuidado primordial. Esto ofrece un abanico de posibilidades para la orden de restitución de conformidad con el Convenio de la que los tribunales deberán tener conocimiento al momento de emitir una orden de restitución. En la mayoría de los sistemas legales, los tribunales pueden 1) ordenar al progenitor sustractor que restituya al niño al Estado de residencia habitual, 2) ordenar que el niño sea entregado al progenitor solicitante o a la persona designada por éste a los efectos de restituir al niño a ese Estado, o – en algunos sistemas legales – 3) ordenar que el niño sea recogido por un agente de ejecución quien (generalmente en cooperación con las autoridades de protección del niño) hará los arreglos prácticos para que se realice la restitución del niño. Los tribunales tendrán que tener en cuenta las opciones disponibles en su sistema legal al elegir la solución más apropiada en cada caso individual, dependiendo particularmente de la voluntad de cooperación del progenitor sustractor.

¹¹⁷ Por ej., cuando el niño necesita ser preparado para la restitución, ver *supra*, Principio 1.4.

77. Es importante que la orden de restitución que dicten los tribunales sea lo más específica posible. Generalmente se menciona el país de destino; y algunas órdenes de restitución contienen datos claros de la manera en que se realizará la restitución¹¹⁸, es decir, cuando y como se restituirá al niño y quien lo hará. Frecuentemente estos datos indican que el solicitante o el demandado regresarán con el niño al Estado de residencia habitual¹¹⁹. Cuando se ordena que se entregue el niño al solicitante, también es igualmente importante incluir datos específicos en la orden de restitución. Datos útiles son, por ejemplo, la hora y el lugar de la entrega y si se requiere la presencia de otros profesionales, tales como funcionarios consulares, trabajadores sociales, psicólogos u otros¹²⁰. No obstante, la autoridad del tribunal para ordenar la participación de otros profesionales dependerá de las leyes internacionales y nacionales. Para dar un ejemplo: el tribunal de un Estado no tiene autoridad para ordenar la participación de funcionarios consulares de otro Estado en la ejecución de una orden de restitución. De igual modo, puede ser que, de conformidad con su legislación interna, un tribunal nacional no esté autorizado a obligar a un organismo o autoridad de ese Estado (que puede o no haber sido parte del proceso de restitución) a participar en la entrega y / o restitución del menor, por ejemplo, porque las facultades y obligaciones de ese organismo o autoridad están reguladas por ley y esa ley no dispone dicha participación. Con respecto a las partes mismas, y también a las autoridades, los organismos y otras entidades potencialmente afectados por una orden de restitución, se exhorta a los tribunales a comunicarse con ellos, preferentemente antes de emitir la orden, y a llegar a un acuerdo sobre la mejor forma de proceder.

78. En varios sistemas legales, las órdenes de restitución se apelan raramente y generalmente se cumplen voluntariamente. Es dable observar que en muchas de estas jurisdicciones (que tienen un alto grado de cumplimiento), el tribunal acerca a las partes y / o sus abogados para que desarrollen los datos prácticos de la restitución del niño y, cuando fuera necesario, faciliten el acuerdo sobre los arreglos prácticos y luego los incorporen a la orden de restitución. Estos datos pueden incluir las fechas precisas del viaje, quién tiene que llevar al niño a bordo, en qué vuelo, quién tiene que comprar el pasaje de avión, etc. Es más factible que sea aceptada y cumplida una orden dictada sobre esta base que una orden judicial impuesta a un progenitor sustractor que no se encuentra ni mental ni psicológicamente preparado.

79. Se considerará incluir una disposición en la que se requiera la presencia de las partes o, en el caso del progenitor solicitante, la presencia de su abogado defensor al dictarse la sentencia sobre la solicitud de restitución. De este modo, si se ordena la restitución, se podrán ultimar las condiciones de restitución en presencia de las partes y / o sus defensores lo que conducirá a un proceso de ejecución más expeditivo. Cuando no sea posible la presencia física de una de las partes, el tribunal deberá considerar la utilización de otras formas de participación como video conferencia, por Internet, conferencia telefónica u otros métodos modernos de comunicación.

80. Otro tema que el tribunal deberá considerar antes de emitir la orden de restitución es la posibilidad de que se necesiten documentos de viaje para el niño. Cuando corresponda, se podrán incluir disposiciones relacionadas con estas cuestiones en la orden de restitución. Se deberá aclarar lo siguiente: si el niño tiene su propio pasaporte, la nacionalidad del niño, si necesita visa de salida o entrada para viajar al Estado de residencia habitual y cuál de los progenitores tiene autoridad para solicitar el pasaporte del niño.

81. En el caso de que el niño tenga su propio pasaporte y el tribunal pretenda ordenar la entrega del niño al solicitante, el tribunal también podrá ordenar la entrega del pasaporte. En algunas jurisdicciones esto puede no ser necesario porque el agente de ejecución está autorizado por ley a recoger los objetos personales al momento de llevarse al menor.

¹¹⁸ Bahamas, Canadá (Manitoba, Nueva Escocia, Quebec), China (Hong Kong (RAE)), España, Estados Unidos de América, Letonia, Lituania, Malta, Noruega, Reino Unido (Irlanda del Norte), Suiza.

¹¹⁹ Ver las respuestas de España y el Reino Unido (Irlanda del Norte) al Cuestionario de 2004.

¹²⁰ España, Estados Unidos de América (información proporcionada por el Sr. James Bischoff), y Suiza.

82. En el caso de que el niño no tenga su propio pasaporte pero apareciera incluido en el pasaporte del progenitor sustractor que se rehúsa a restituirlo, sería útil aclarar qué autoridad sería competente para emitir un pasaporte u otro documento de identidad del niño (incluido un salvoconducto provisional o un pasaporte de emergencia para ser utilizado por una única vez) y cuáles son los requisitos. En el caso de que el niño sea un nacional del Estado requirente o de un tercer Estado, se deberá comprobar si la solicitud se deberá elevar a las autoridades de ese Estado o a las oficinas consulares de ese Estado en el Estado requerido. Igualmente, en el caso de que el niño sea un nacional del Estado requerido, puede suceder que las autoridades consulares de ese Estado en el Estado requirente (donde el niño reside habitualmente) sean competentes para emitir un documento de identidad para cruzar la frontera.

83. En el caso de que ambos progenitores tengan la custodia conjunta y el niño necesite un documento de identidad, generalmente ambos progenitores tendrán que firmar la solicitud¹²¹. Lo mismo podría ocurrir con una solicitud de visa. Cuando el progenitor sustractor se rehúsa a cooperar al respecto, es necesario que el problema se resuelva rápidamente. Generalmente, es posible que un tribunal sea el que conceda la autorización en lugar del progenitor y será importante saber qué tribunales y de qué Estados serán los que intervendrán en este proceso. Mientras que la jurisdicción sobre las medidas de protección del niño se basa mayormente en el lugar de residencia habitual del niño, la emisión de los documentos de identidad es un acto de soberanía del Estado de nacionalidad y, por lo tanto, es difícil determinar qué tribunales del Estado tendrán competencia para reemplazar o dejar de lado el consentimiento del progenitor para la emisión de un documento de identidad para el niño. Por lo tanto, se exhorta a los tribunales a asegurarse lo antes posible que tienen la información correcta, si fuera necesario, con la asistencia de las Autoridades Centrales y siempre antes de emitir una orden de restitución.

84. En el caso de que el niño sea un nacional del Estado requirente y las autoridades de ese Estado sean las que emiten documentos de identidad *permanentes*, como lo sería un pasaporte, y que parezca imposible completar este procedimiento antes de la restitución prevista del niño, sería deseable que las autoridades (incluidas las autoridades consulares) del Estado interesado emitieran un salvoconducto provisional o un pasaporte de emergencia para ser utilizado por una única vez que permita que el niño pueda salir del país y sea restituido al Estado de residencia habitual. Esto evitaría que el propósito del Convenio se viera frustrado por el progenitor sustractor que se rehúsa a cooperar en la obtención de los documentos de viaje del niño. En lo posible, se deberá brindar asistencia al respecto cuando los tribunales y las autoridades del Estado donde el proceso de restitución se encuentra pendiente de resolución la requieran. Por ejemplo, un tribunal podrá considerar obtener u ordenar al progenitor sustractor que presente fotografías del niño de conformidad con el artículo 7(2) *b)* y/o *h)* del Convenio en el caso de que se necesiten para el nuevo documento de identidad o la visa.

85. Por último, el tribunal podría necesitar levantar las alertas fronterizas ordenadas con anterioridad con el objetivo de evitar que el niño sea trasladado fuera de la jurisdicción. El levantamiento de estas alertas fronterizas deberá hacerse de manera tal que se otorguen garantías de que el progenitor sustractor no tendrá tiempo de huir con el niño. La orden del tribunal podrá especificar que la alerta fronteriza no se levante hasta el momento de la partida o podrá asegurarse de que el pasaporte del progenitor sustractor y el pasaporte del niño queden en poder de otra persona, como podría ser un agente de ejecución, hasta que las alertas fronterizas se levanten.

86. El objetivo último es aplicar la orden judicial y lograr la restitución del niño causándole la mínima tensión posible. Si el grado de cooperación del progenitor sustractor para restituir

¹²¹ Por ej., en los **Estados Unidos de América**, se requiere el consentimiento de ambos progenitores para que se pueda emitir un pasaporte para una persona menor de 16 años; 22 CFR § 51.28(a)(2). No obstante, un pasaporte para la restitución directa a los Estados Unidos de América puede emitirse con el consentimiento de uno solo de los progenitores en los casos en que la restitución del niño a los EE.UU. sea necesaria para permitir que un tribunal competente dicte o ejecute una resolución de custodia; 22 CFR § 51.28(a)(5)(ii)

al niño fuera impredecible al momento en que el tribunal emite la orden de restitución, una posibilidad sería incluir “una cascada de opciones” en la orden, comenzando con una opción que interfiera menos drásticamente en la situación del niño y, en el caso de que esto fracasase posteriormente, disponer otra opción más drástica. Los siguientes son ejemplos¹²² que se pueden elegir: “Se ordena a la madre demandada restituir al niño a la custodia del padre solicitante hasta (fecha) a más tardar con el objetivo de restituirlo al Estado X; la madre puede evitar la entrega del niño al solicitante notificando al Tribunal, antes de esa fecha, de que retornó al Estado X con el niño”. Otra opción sería: “El Tribunal ordena la restitución inmediata del niño al Estado X y permite que la madre demandada lo acompañe. En el caso de que la madre no restituya al niño antes de (fecha), el Tribunal ordena que el niño sea restituido a la custodia del padre con el objetivo de restituirlo al Estado X”.

87. Esta “cascada” de opciones ofrece algunas ventajas. Primero y principal, reduce la tensión del niño al mínimo y sólo cuando una opción haya fracasado, se implementará otra, probablemente más estresante pero también más eficaz. Segundo, mediante la incorporación de esta escala en la orden de restitución inicial, se evita la pérdida de tiempo en el caso de que se incumpla una opción. No obstante, esto requiere un monitoreo minucioso de parte del tribunal o de otra autoridad a cargo de supervisar la ejecución.

88. En el caso de que el paradero de un niño no se conozca o cambie, el rol de la policía es crucial en la localización del niño para que la orden de restitución se pueda ejecutar. Dado que, en muchos casos, la policía puede participar desde la etapa inicial del proceso hasta la ejecución, los Estados deberán considerar, cuando sea posible, la creación de una unidad policial especial que se ocupe de los casos de sustracción que se convierta en una unidad experta y coherente en el manejo de estos casos. Esta unidad podría coordinarse con la Autoridad Central, actuar como su punto de contacto y mantener contacto directo con las unidades locales del país y con los funcionarios involucrados directamente en la ejecución¹²³.

¹²² Estos ejemplos se tomaron de las respuestas de **Alemania y Canadá (Quebec)** al Cuestionario de 2004.

¹²³ Por ej., en **Israel**, el Departamento de Víctimas de Delitos de la Policía israelí es responsable de coordinar la realización de cualquier acción necesaria requerida por parte de la Policía israelí de conformidad con el Convenio. Ha establecido lineamientos internos sobre cómo manejar estos casos de manera tal que haya uniformidad entre las distintas unidades policiales en todo el país.

5. PROMOCIÓN DEL CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO¹²⁴

- 5.1** Considerando los beneficios que obtendría el niño mediante un acuerdo amigable, la Autoridad Central y el tribunal deberán, desde el comienzo y a lo largo de todo el proceso, incluida la instancia de apelación, trabajar apropiadamente con las partes o sus asesores jurídicos y considerar la posibilidad de una mediación u otra forma de acuerdo voluntario, sin perjuicio de la obligación primordial de evitar demoras indebidas en el litigio.
- 5.2** En la etapa de la ejecución, se deberá continuar con los esfuerzos para lograr una solución amigable, especialmente para acordar las modalidades de la restitución y el cumplimiento voluntario. Con este propósito, el tribunal, la Autoridad Central y los agentes de ejecución deberán trabajar, según corresponda, con las partes o sus asesores jurídicos y considerar la posibilidad de una mediación u otra forma de acuerdo, sin perjuicio de la obligación primordial de evitar demoras indebidas en la aplicación de la orden de restitución.
- 5.3** Cuando corresponda, los tribunales deberán solicitar la asistencia de profesionales del área de la psicología social así como la de mediadores profesionales con el objetivo de lograr un acuerdo amigable y / o preparar a las partes involucradas, particularmente al niño, para la restitución. Esta asistencia deberá estar disponible en todas las instancias del proceso si fuera necesario, incluida la instancia de ejecución. No obstante, deberá solicitársela lo antes posible durante el proceso.
- 5.4** Deberá haber mecanismos efectivos disponibles que garanticen la ejecutabilidad en los Estados pertinentes de los acuerdos celebrados entre las partes para poder proceder a la ejecución sin demora en el caso de que el acuerdo no se cumpla.

89. Es obvio que los intereses del niño se administrarían mejor si se llega a una solución amigable¹²⁵. Los intentos de lograr una solución amigable deberán comenzar lo antes posible. Según el sistema legal, podría ser antes o durante el proceso judicial. Al mismo tiempo, es importante que no afecten el procedimiento expeditivo que el Convenio requiere. En Suecia, por ejemplo, el tribunal puede solicitar que un representante de servicios sociales, u otra persona que se considere apropiada, actúe como mediador y trate de lograr una solución voluntaria, siempre que exista la posibilidad fundada de que esta medida conduzca a la restitución voluntaria del niño y no demore indebidamente el proceso judicial. El plazo máximo permitido para la mediación es de dos semanas y se puede prolongar sólo en circunstancias excepcionales¹²⁶. Similarmente, en algunos proyectos piloto de mediación conjunta binacional entre Alemania y otras jurisdicciones¹²⁷, los mediadores participantes en los proyectos acordaron que, si fuera necesario, estarían disponibles durante sesiones de mediación de tres (3) horas (generalmente durante un único fin de semana) dentro de un período de dos semanas. No obstante, debe recordarse que el intento de llegar a una solución amigable requiere que los responsables del proceso, en especial las Autoridades Centrales y los tribunales, realicen una evaluación cuidadosa de la conducta de las partes, ya que la voluntad de negociar también puede ser una táctica para prolongar el proceso de restitución.

¹²⁴ Ver "Estudio de factibilidad sobre la mediación transfronteriza en materia familiar – respuestas al Cuestionario", Doc. Prel. N° 10 de marzo de 2008 a la atención del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de abril de 2008, redactado por la Oficina Permanente, disponible en < www.hcch.net > en "Trabajo en Curso" y "Asuntos Generales".

¹²⁵ Ver, entre otras, las respuestas de **Francia, Luxemburgo y Mónaco** al Cuestionario de 2004.

¹²⁶ Ver la respuesta de **Suecia** al Cuestionario de 2004.

¹²⁷ Ver *infra* nota 130.

90. Las soluciones amigables logradas en el curso del proceso de restitución pueden adoptar muchas formas, por ejemplo, una restitución con la que el progenitor sustractor esté de acuerdo o un acuerdo con el progenitor perjudicado para que el niño y el otro progenitor permanezcan en el nuevo Estado siempre que se establezcan arreglos satisfactorios que permitan el contacto entre el niño y el progenitor perjudicado.

91. Aún cuando no se pueda lograr un acuerdo amigable en el curso del proceso de restitución y, en consecuencia, se emita una orden de restitución, todos los involucrados, incluidos los agentes de ejecución y especialmente las partes, deberán continuar trabajando con denuedo para lograr el cumplimiento voluntario después de que se dicte la orden. Lo mínimo que se puede lograr en esta etapa es evitar la ejecución coercitiva, aunque algunas veces también es posible llegar a una solución amigable integral. No obstante, los esfuerzos realizados para lograr un resultado amigable siempre deben adherir al principio de que la orden de restitución deberá implementarse sin demora innecesaria. Como ya se mencionara, los esfuerzos realizados para lograr una solución amigable no deberán afectar el procedimiento expeditivo requerido por el Convenio, principio que se aplica con más razón en la etapa de ejecución del proceso.

92. Los mecanismos que pueden utilizarse para crear un contexto en el que el progenitor sustractor tenga la voluntad de retornar sin que se utilicen medidas coercitivas pueden incluir compromisos asumidos por el progenitor solicitante, la emisión de órdenes espejo en los tribunales del Estado requirente y del Estado requerido que dispongan la protección del niño y del progenitor y la cooperación con las autoridades del Estado requirente a fin de lograr que se retire cualquier orden judicial penal dictada respecto del progenitor sustractor o garantizar que una audiencia de custodia se lleve a cabo expeditivamente después de la restitución del niño a ese Estado. Exigir la presencia de las partes, especialmente la del progenitor sustractor, durante el dictado de la sentencia que ordena la restitución permite que se inicie inmediatamente el debate del tema¹²⁸.

93. No obstante, al tratar de garantizar el retorno voluntario del progenitor sustractor, habrá que tener cuidado de no establecer condiciones onerosas improcedentes para la restitución, por ejemplo, condiciones que requieran que las autoridades del Estado requirente tomen medidas que no les sea posible tomar o que requieran que el progenitor solicitante asuma compromisos que le sean particularmente gravosas, por ejemplo, realizar pagos que sean mayores que los medios de los que dispone.

94. Cualquier compromiso que se requiera que el progenitor solicitante asuma debe estar proporcional y claramente relacionada con la necesidad de proteger al niño y/o al progenitor acompañante. El compromiso permanecerá vigente sólo el tiempo necesario, teniendo en cuenta que serán las autoridades del Estado de residencia habitual del niño las que dictarán órdenes de largo plazo en esta situación.

95. La participación de mediadores profesionales y/o expertos en el ámbito de profesiones psicológico-sociales podrá contribuir a lograr una solución amigable, siempre que su participación se inicie en las primeras etapas y que conozcan los objetivos del Convenio. Para garantizarlo y también evitar la pérdida de tiempo que lleva la búsqueda de mediadores, se recomienda que se cree la infraestructura necesaria con anterioridad¹²⁹. Esto podría incluir, por ejemplo, la creación de un grupo de mediadores interesados que estén de acuerdo en estar disponibles para la mediación de procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya aunque se los notifique con poca antelación y que reciban

¹²⁸ O en el caso del progenitor solicitante, su abogado defensor. Cuando no sea posible la presencia física de una de las partes, el tribunal deberá considerar la utilización de otras formas de participación como video conferencia, por Internet, conferencia telefónica u otros métodos modernos de comunicación.

¹²⁹ En los **Países Bajos**, el proyecto piloto actualmente en ejecución (*op. cit.* nota 84) incluye la mediación durante la "fase preparatoria" (anterior al proceso) y durante el curso del proceso judicial. La mediación estará a cargo de mediadores profesionales (abogados y psicólogos). En **Bélgica**, se creó un grupo de trabajo para estudiar la posibilidad de implementar un modelo de mediación familiar internacional.

capacitación básica en el marco legal¹³⁰. Las autoridades competentes, por ejemplo, las Autoridades Centrales y / o los tribunales, deberán tener fácil acceso a este grupo de mediadores en el caso de que sea necesario.

96. Se aconseja firmemente a las partes que presenten cualquier acuerdo, ya sea judicial o extrajudicial, ante los tribunales para hacerlo ejecutable si fuera necesario. Se alienta a los Estados contratantes a que lo incluyan en sus respectivos sistemas legales. Según las alternativas disponibles, el acuerdo podría, por ejemplo, transformarse en una solución aprobada por el tribunal, que en muchos Estados de derecho continental se pueda ejecutar como una sentencia, o derivar en lo que en sistemas legales que se basan en el *common law* se denomina “*consent order*” (orden de consentimiento). Si el acuerdo no se cumple, entonces la ejecución puede comenzar sin más demora.

¹³⁰ En el **Reino Unido**, la organización no gubernamental “Reunite” llevó a cabo un proyecto piloto sobre mediación en el marco de la sustracción parental internacional de niños y publicó un informe al respecto en octubre de 2006 que se encuentra disponible en < www.reunite.org >. Se llevó a cabo otro proyecto piloto sobre mediación conjunta binacional en los casos de restitución en virtud del Convenio de La Haya entre **Alemania** y **Francia** entre los años 2003 y 2006. En 2008/2009, un proyecto similar estaba en proceso de implementación entre **Alemania** y **Polonia**.

6. EL NIÑO

- 6.1 Cuando corresponda, teniendo en cuenta la edad y madurez del niño sustraído, se deberá indagar en sobre los deseos y sentimientos del niño desde los comienzos del proceso de restitución y, cuando se ordene la restitución, éstos deberán tomarse debidamente en cuenta al momento de considerar la mejor manera de aplicar la restitución.**
- 6.2 De conformidad con su edad y madurez, el niño deberá, en lo posible, ser informado sobre el proceso de ejecución en su totalidad y sobre lo que sucederá una vez que sea restituido al Estado de residencia habitual.**

97. Aún en jurisdicciones donde existe un alto grado de cumplimiento voluntario de las órdenes de restitución en virtud del Convenio de La Haya, y, como norma, no surgen cuestiones de ejecución coercitiva, ha habido casos en los que la orden de restitución no pudo aplicarse porque el niño se opuso a su restitución¹³¹. En Finlandia, la legislación nacional sobre ejecución de órdenes de restitución en virtud del Convenio de La Haya prevé expresamente esta situación¹³².

98. En 1980, cuando se adoptó el Convenio, en muchas jurisdicciones no era común escuchar declaraciones de niños en procesos judiciales. En consecuencia, el Convenio no contiene una obligación explícita que indique que el niño tiene que ser escuchado. No obstante, la restitución puede rechazarse de conformidad con el artículo 13(2), en el caso de que el niño se oponga a su restitución y haya alcanzado una edad y grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. En los procesos en virtud del Convenio, es frecuentemente el progenitor sustractor el que indica la postura del niño cuando se invoca la defensa incluida en el artículo 13(2).

99. No obstante, desde 1980, varios instrumentos internacionales nuevos a nivel global y regional, incluidos la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* (CDN)¹³³, la *Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños*¹³⁴, el Reglamento Bruselas IIa¹³⁵ y otros, han establecido una obligación de analizar los deseos y sentimientos del niño y tomarlos debidamente en cuenta en ciertos procesos judiciales relacionados con el niño, considerando la edad y la madurez del niño. La mayoría de las disposiciones de naturaleza internacional otorgan discrecionalidad a la legislación nacional o a los jueces para que determinen si el niño debe ser escuchado por el juez en persona o si otro profesional analizará las opiniones, los deseos y los sentimientos del niño – generalmente profesionales del ámbito psicológico-social – y luego informará al tribunal¹³⁶. La legislación nacional sobre este tema también ha evolucionado, quizás aún más que el

¹³¹ Por ej., **Finlandia, Reino Unido (Escocia)**.

¹³² *Finnish Child Custody and Right of Access Act* [Ley Finlandesa de Custodia del Menores y Derecho de Visita], art. 46 – Ejecución de una decisión sobre la restitución de un menor (186/1994)
(...)

2) Si la orden de restitución de un menor se basa en una solicitud que se presentó antes de que haya transcurrido un año desde la sustracción del menor o del fracaso de su restitución, la ejecución de la orden de restitución del menor podrá declinarse sólo en el caso de que el menor se oponga a su restitución y haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta su opinión. (620/1996).

En **Bélgica**, las autoridades judiciales pueden ponerse en contacto con el Departamento de Apoyo a la Juventud o con un Tribunal de Menores en el caso de que tengan dificultades para ejecutar la decisión de restitución. El Departamento de Apoyo a la Juventud tiene la responsabilidad de garantizar la restitución segura de los niños.

¹³³ Art. 12.

¹³⁴ Art. 3, art. 6 b), párrafo segundo.

¹³⁵ Art. 11 (2).

¹³⁶ Art. 12 (2) de la CDN, art. 6 b) de la *Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños*, párrafo segundo, considerando 19 del Reglamento Bruselas IIa.

derecho internacional que refleja el denominador común más bajo. Para muchos Estados, la obligación de analizar los deseos y sentimientos del niño, así como sus opiniones, y tomar debida cuenta de ellas, es actualmente obligatoria. No obstante, para otros Estados, la decisión de llamar a declarar al niño queda librada a la discrecionalidad del juez.

100. Para evitar el fracaso de la ejecución coercitiva debida a la oposición del niño en el último minuto, es decir, cuando la ejecución está teniendo lugar, es importante considerar la postura del niño lo antes posible durante el proceso de restitución y también cuando se está trabajando con denuedo para lograr una solución amigable¹³⁷. Cuando se emite una orden de restitución pero no se puede ejecutar porque el niño se rehúsa enérgicamente a viajar¹³⁸ aun habiendo estado de acuerdo el progenitor sustractor, se malogra igualmente el propósito del Convenio y de la orden de restitución. El explorar de manera anticipada los deseos y sentimientos del niño durante el curso del proceso de restitución permitirá que haya tiempo para preparar al niño para la restitución, con la asistencia de expertos de las profesiones del ámbito psicológico-social cuando sea necesario¹³⁹. No obstante, habrá que tener cuidado a fin de garantizar que mientras se analizan los sentimientos y deseos del niño éste no sea alentado a oponerse a su restitución, lo que de otra manera no haría.

¹³⁷ Ver la respuesta de **Suecia** al Cuestionario de 2004. Para los **Estados miembros de la UE** (excepto Dinamarca), ver también el art. 11(2) del Reglamento Bruselas IIa que en la actualidad exige a los tribunales de los Estados obligados por el Reglamento a darle al niño la oportunidad de ser escuchado salvo que sea inapropiado por su edad o grado de madurez.

¹³⁸ Ver como ejemplo *T.B. v. J.B. (Abduction: Grave Risk of Harm)* [2001] 2 FLR 515 [INCADAT cite: HC/E/UKe 419] en la que la decisión del Tribunal de Apelaciones de ordenar la restitución de los niños a Nueva Zelanda no se ejecutó posteriormente debido a que los niños se resistieron físicamente a los intentos del agente de ejecución (asistente del tribunal) de escoltarlos al aeropuerto.

¹³⁹ Ver, *supra*, Principio 1.4.

7. COOPERACIÓN ENTRE TRIBUNALES, AUTORIDADES Y OTROS ACTORES DENTRO DEL ESTADO REQUERIDO

101. Durante el curso del proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya, incluida la etapa de la ejecución, la cooperación entre los diferentes actores internos es importante:

7.1 Cuando el sistema lo permita, el tribunal responsable de emitir una orden de restitución deberá supervisar el proceso de aplicación. Cuando el tribunal no tenga esta responsabilidad, se deberá hacer cargo otro tribunal (por ej., un tribunal de ejecución especializado) o autoridad pública (por ej., la Autoridad Central). La autoridad responsable de realizar una restitución deberá abocarse a llevarla a cabo de conformidad con los términos de la orden de restitución o en la fecha más cercana posible.

102. El artículo 12 del Convenio obliga a la autoridad judicial o administrativa pertinente (generalmente un tribunal) a ordenar la restitución del niño. Los apartados *c)* y *h)* del artículo 7 obligan a las Autoridades Centrales a garantizar la restitución voluntaria del niño o a solucionar amigablemente la cuestión y proporcionar los arreglos administrativos que sean necesarios y apropiados para garantizar la restitución segura del niño. Además de estas obligaciones, para lograr los propósitos del Convenio, es importante que los mecanismos se encuentren listos para garantizar la restitución efectiva del niño en el caso de que no se pueda lograr una solución amigable y se ordene la restitución. La asignación clara de la responsabilidad general de controlar la aplicación de la orden y el seguimiento de rutina después de que se ordene la restitución contribuirán a una rápida aplicación y harán posible que se tomen medidas adicionales tan pronto como surja la necesidad.

103. Los Estados contratantes podrían someter a consideración distintas instituciones cuando estén decidiendo cuál de ellas asumirá la obligación de monitorear la aplicación de la orden de restitución, si fuera necesario mediante ejecución coercitiva. En varias jurisdicciones, se atribuye esta responsabilidad al tribunal que ordenó la restitución que supervisa o monitorea el proceso de ejecución¹⁴⁰ o a un tribunal de ejecución especializado¹⁴¹. En otras jurisdicciones, el Ministerio Público asume una participación importante en la iniciación y / o el monitoreo de la ejecución¹⁴². La Autoridad Central también podría ser la responsable de supervisar o monitorear la ejecución de la restitución, ya sea por sí sola¹⁴³ o conjuntamente con un tribunal¹⁴⁴. Al hacerlo, la Autoridad Central deberá

¹⁴⁰ **Alemania** (el tribunal que eventualmente ordena la restitución o confirma una orden de restitución; podría ser primera instancia o tribunal de apelaciones), **Argentina, Austria, Eslovaquia** (primera instancia), **España, Estados Unidos de América, Panamá** (primera instancia), **Reino Unido (Irlanda del Norte, Isla de Man), República Checa** (primera instancia), **Rumania, Suiza** (en algunos cantones).

¹⁴¹ **Suiza** (en algunos cantones), **Turquía**.

¹⁴² **Francia, Italia, Luxemburgo**. En **Bélgica**, el Ministerio Público (*Ministère Public*) es el que, de conformidad con el art. 139 del Código Judicial, se encarga de la ejecución de las decisiones judiciales. No obstante, el art. 1322 del Código Judicial establece que, al ordenar la restitución de un niño, el Presidente del tribunal puede determinar los métodos apropiados de ejecución, teniendo en cuenta los intereses del niño y puede designar, cuando fuese necesario, a las personas que podrán acompañar al oficial de justicia al momento de ejecutar la orden. Cuando se considere que pueden surgir dificultades en la ejecución, el tribunal puede designar profesionales, como psicólogos y trabajadores sociales, para asistir al oficial de justicia.

¹⁴³ **Canadá (Manitoba, Nueva Escocia, Quebec, Saskatchewan), China (Macao (RAE)), Chipre, Georgia, Malta, Mónaco, Nueva Zelandia, Países Bajos, Reino Unido (Montserrat), Sudáfrica, Suecia** (pero aquí, en la práctica, la policía también tiene una participación importante). En las **Bahamas**, la Oficina del Procurador General, a la que se remite la Autoridad Central, supervisa la ejecución.

¹⁴⁴ **Chile, México** (tribunal de primera instancia y Autoridad Central), **Portugal** (el tribunal solicita la participación de la Autoridad Central y luego la Autoridad Central ejecuta la orden con la asistencia de la policía, del solicitante y de los abogados involucrados en el caso), **Rumania**. Además, en **México** la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de cada estado supervisa el trabajo de los tribunales de primera instancia.

vincularse con otros actores involucrados, tales como los abogados defensores, los tribunales, la Autoridad Central requirente, la policía y otras autoridades competentes¹⁴⁵.

7.2 Cuando se prevea la aplicación de medidas coercitivas, los agentes de ejecución deberán tener a su disposición información amplia sobre los hechos del caso en particular y la orden judicial que se ejecutará. También deberán estar familiarizados con los objetivos del Convenio¹⁴⁶.

104. Ordenar (en la orden de restitución misma o como medida de ejecución) que el niño sea separado del progenitor sustractor y entregado al solicitante o a otra persona que se ocupará de su efectiva repatriación es una medida que afectará directamente al niño. Por lo tanto, se tomarán todas las precauciones necesarias para garantizar que el niño no se traumatice y que la ejecución se complete exitosamente – preferentemente en el primer intento.

105. Aún cuando haya una institución que *supervise* la ejecución, como en el caso de un tribunal, un fiscal o una Autoridad Central, prácticamente hablando, será otra la institución que estará encargada de efectuar el traslado concreto del niño. Por lo general, será un agente de ejecución, un oficial de justicia, un receptor, un funcionario del tribunal (por ej., el asistente) u otro funcionario según varíen las designaciones¹⁴⁷. En varias jurisdicciones, la policía será la encargada de esta tarea, ya sea por derecho o por orden del tribunal en un caso determinado¹⁴⁸. Generalmente, la policía también podría intervenir asistiendo al oficial de justicia o a otro agente de ejecución en caso de que surjan problemas¹⁴⁹. Como la ejecución de órdenes de restitución de conformidad con el Convenio no es algo frecuente en la práctica diaria de estos profesionales, es importante que ellos cuenten con la información pertinente antes de proceder a la ejecución.

106. En situaciones multinacionales (y multiculturales así como multilingües) habituales de crisis familiar, la ejecución mediante medidas coercitivas, particularmente el traslado del niño a través de un agente de ejecución, requiere una preparación minuciosa. El lugar y la hora de la ejecución tendrán que ser elegidos con cuidado (por ej., en el hogar del sustractor o en un lugar neutral como la escuela a la que asiste el niño; durante el día o en una visita sorpresa por la mañana temprano, etc.). Según las circunstancias del caso, y los Estados en que se permite esta medida, habrá que considerar si la ejecución en un lugar neutral como la escuela o el jardín de infantes, evitando la presencia del progenitor sustractor, es deseable o no. Aunque esto evitaría un enfrentamiento entre los dos progenitores y por lo tanto contribuiría a disminuir el nivel de tensión, también hay que tener en cuenta que el niño puede no haber estado en contacto con el progenitor perjudicado durante mucho tiempo y que el progenitor sustractor fue la persona que ejerció el cuidado primordial del niño durante ese lapso. Por lo tanto, es importante permitir que el niño se despidiera del progenitor sustractor. Para que el agente de ejecución (o quien sea responsable de tomar estas decisiones) se encuentre en posición de decidir en favor del interés superior del niño, es importante proporcionar a esta persona u organismo la información más completa posible de los antecedentes legales, y, especialmente, de los hechos del caso, por ejemplo, preferentemente una copia completa de la orden judicial y una descripción de los antecedentes fácticos que condujeron a la decisión de la restitución.

107. En caso de que se haya programado que el progenitor solicitante u otra persona que conoce al niño esté presente en el lugar de la ejecución (ver Principio 7.6 a continuación), puede ser de utilidad proporcionar una fotografía del niño al agente de ejecución para que, si

¹⁴⁵ Nueva Zelandia.

¹⁴⁶ Sobre capacitación, ver Capítulo 9 *infra*.

¹⁴⁷ Alemania, Austria, Belarús, Bulgaria, Estados Unidos de América, Finlandia, Grecia, Letonia, Lituania, Noruega, Reino Unido (Inglaterra y Gales), República Checa.

¹⁴⁸ Canadá (Manitoba, Nueva Escocia, Quebec, Saskatchewan), Chile (que menciona a la policía (*Carabineros de Chile*) o la Interpol como participantes obligatorios), Nueva Zelandia, Países Bajos, Panamá, Suecia, Suiza (junto con las autoridades de protección del niño).

¹⁴⁹ Alemania, Argentina, Austria, China (Macao (RAE)), Chipre, Finlandia, Francia, Italia, Letonia, Noruega, Rumania.

fuera necesario, lo pueda identificar entre otros niños. Cuanto mayor información se proporcione a los agentes de ejecución mejor prepararán la ejecución y también garantizarán, cuando sea necesario, la asistencia de otros profesionales (ver Principio 7.3 a continuación). También se informó que la presencia de agentes de ejecución de ambos sexos masculino y femenino, algunas veces ha ayudado a disminuir el nivel de tensión de la situación.

- 7.3 Antes de procederse a la ejecución, se considerará la necesidad de incluir a otros profesionales (por ej., profesionales del área de la psicología social, mediadores, intérpretes, un juez cuando corresponda, etc.) en la preparación de la ejecución y / o en el lugar efectivo de la ejecución. El profesional que lleve a cabo la ejecución deberá poder solicitar la asistencia de otros profesionales en caso de que sea necesario. No obstante, la necesidad de inclusión de otros profesionales deberá sopesarse siempre de modo tal de evitar demoras que podrían ocurrir debido a su inclusión.**
- 7.4 También deberá ser posible incluir a otros profesionales cuando la necesidad de incluirlos surja exclusivamente *después de que la ejecución haya comenzado*.**
- 7.5 Todos los profesionales involucrados en la ejecución de una orden de restitución deberán estar al tanto de las tareas y responsabilidades de los otros. Tendrán que cooperar conjuntamente durante todo el proceso.**

108. Según las circunstancias del caso, la inclusión de otros profesionales además del agente de ejecución podría facilitar la ejecución. Los participantes posibles serían, entre otros, los intérpretes (cuando el niño y / o el progenitor sustractor no hable el idioma del Estado de ejecución), los profesionales del ámbito psicológico-social (psicólogos infantiles, trabajadores sociales, funcionarios de protección de niños, etc.), los mediadores, la policía, un cerrajero, el solicitante u otra persona a la que se le entregará el niño, los abogados de las partes / los progenitores, un curador durante el proceso del niño u otro representante legal, los médicos, un juez, un representante de la Autoridad Central y otros. Algunos de estos profesionales se podrían necesitar con fines prácticos, otros para garantizar el bienestar físico y psicológico del niño. Algunas veces su presencia en *el lugar efectivo de la ejecución* podría ser útil mientras que en otros casos sus servicios podrían requerirse *antes*, o sea, con el propósito de preparar mentalmente al niño para la restitución¹⁵⁰. No obstante, siempre se tendrá que tener en cuenta que la participación de otras partes puede causar demoras en la ejecución. La necesidad de incluir a estos profesionales siempre deberá sopesarse con cualquier demora que pudiera ocasionar su inclusión.

109. No obstante, cuando estos profesionales no participen habitualmente en casos en virtud del Convenio de La Haya y / o se incorporen en las postrimerías del proceso de restitución, por ejemplo, cuando la ejecución coercitiva ya es inminente, es extremadamente importante que se les proporcione información completa sobre el Convenio, las particularidades de una orden de restitución en virtud del Convenio de La Haya y las especificaciones de la orden de restitución que se les solicita que ejecuten y que expliquen claramente cuáles son sus tareas y obligaciones respectivas en el proceso de ejecución. Este sería particularmente el caso en el que el tribunal ordena entregar el niño al solicitante con el propósito de restituirlo al Estado de residencia habitual. Un trabajador social, un psicólogo infantil u otro experto de las profesiones psicológico-sociales que no esté familiarizado con el Convenio podría haber asistido anteriormente al niño y al progenitor sustractor cuando llegaron a ese Estado para establecerse habiéndose ya creado cierta confianza entre ellos. Para este profesional puede ser difícil asistir al agente de ejecución en la separación del niño del progenitor que había solicitado y recibido su asistencia

¹⁵⁰ Ver *supra*, Principio 1.4.

anteriormente y cualquier conflicto entre los diferentes profesionales deberá identificarse y solucionarse antes de que se inicie la ejecución.

110. Los métodos de incorporación de estos profesionales adicionales pueden variar. En algunas jurisdicciones, la participación de ciertos profesionales, especialmente de los trabajadores sociales o de los funcionarios de protección de niños, en situaciones de ejecución coercitiva está establecida en la legislación¹⁵¹. No obstante, es más frecuente que la decisión quede librada a la discrecionalidad del tribunal¹⁵². Algunas veces, la persona que separará efectivamente al niño del progenitor sustractor (por ej., el oficial de justicia o el agente a cargo de la ejecución de la ley) también tiene la responsabilidad de convocar a otros profesionales, si corresponde¹⁵³.

111. Independientemente de quién sea responsable de incluir a estos otros profesionales, se recomienda que alguna persona u organismo que esté familiarizado con las circunstancias del caso y los objetivos del Convenio considere si es necesario incluir a otros profesionales en los preparativos para ejecutar la orden de restitución antes de que la ejecución tenga lugar. Cuando esto no sea decisión de un agente de ejecución sino del tribunal o de otro organismo y, por lo tanto, en general se lleve a cabo anticipadamente, no obstante, el agente de ejecución podrá solicitar la asistencia de otros profesionales, siempre que sea necesario después de que la ejecución haya comenzado. Esto podría garantizarse, por ejemplo, con la presencia de un juez en el lugar de la ejecución o mediante arreglos previos de manera tal que las personas o los organismos competentes estén advertidos y puedan intervenir, si fuera necesario, mediante notificación en el corto plazo.

112. Aún en los casos en los que la Autoridad Central no sea directamente responsable de supervisar la aplicación de una orden de restitución, ésta podrá participar significativa y activamente monitoreando la ejecución, coordinando a los diferentes actores en la medida de lo necesario, sirviendo de canal para el intercambio de información entre los diferentes actores y manteniendo contacto continuo con la Autoridad Central del Estado requirente a efectos de actualizar y coordinar los temas que sean necesarios. Si lo desea, la Autoridad Central podrá proporcionar los números telefónicos de contacto para casos de emergencia en el caso de que surjan problemas durante la realización de una ejecución fuera del horario de oficina habitual.

7.6 Quien sea responsable de decidir quién estará presente en el lugar efectivo de la ejecución (por ej., el tribunal, la Autoridad Central, el agente de ejecución) deberá considerar cuidadosamente si la presencia del solicitante sería de ayuda o podría complicar las cosas en el caso particular.

113. Cuando el tribunal ordena que el *progenitor sustractor* restituya al niño al Estado de residencia habitual o cuando el niño tenga la edad y la preparación suficientes para viajar solo, no surgirá necesariamente la cuestión de si el *solicitante* debe estar presente en el lugar de la ejecución. No obstante, los tribunales ordenan frecuentemente la *entrega del niño al solicitante* con el propósito de restituir al niño al Estado de residencia habitual. En el caso de que sea necesario separar al niño mediante medidas coercitivas, por ejemplo, con

¹⁵¹ **Belarús** (representante del órgano de guarda), **Finlandia** (trabajador social), **Lituania** (representante de la institución pública para la protección de los derechos de los niños), **Suecia** (en los casos en los que la policía asume el cuidado del niño por una emergencia, después de una orden judicial o de oficio).

¹⁵² **Argentina, Austria, Canadá (Manitoba, Nueva Escocia, Quebec), Chile, China (Macao (RAE)), España, Estados Unidos de América, México, Portugal, Reino Unido (Irlanda del Norte), Suiza.**

¹⁵³ Por ej., en **Canadá (Manitoba, Saskatchewan)**, cuando la policía esté autorizada por el tribunal para ejecutar la orden de restitución, ésta solicitará la participación de un funcionario de protección del niño con el propósito de que se lo proteja. En **Finlandia y Rumania**, el agente de ejecución podrá solicitar asistencia policial y, en **Finlandia**, también podrá solicitar la presencia de un testigo y de expertos del ámbito social o psicológico. En **Francia, Italia y Luxemburgo**, el Ministerio Público (que es el órgano responsable de la ejecución) podrá ordenar la asistencia de la policía o de cualquier otra institución que sea necesaria, como la Autoridad Central o trabajadores sociales. En **Alemania**, el oficial de justicia podrá solicitar asistencia policial, si es necesario, y deberá, de conformidad con los lineamientos internos de los oficiales de justicia, garantizar la participación de la oficina de asistencia a la juventud cuando corresponda.

la participación de un agente de ejecución, éste entregará generalmente al niño al solicitante o a la persona que el solicitante designe. Generalmente, los agentes de ejecución no procederán a llevar a cabo la ejecución salvo que quede bien establecido que el niño podrá ser entregado a una persona designada después de que haya sido separado del progenitor sustractor¹⁵⁴. En muchos sistemas legales, la presencia del solicitante o una persona designada por éste último es obligatoria¹⁵⁵, puede ser ordenada por el tribunal¹⁵⁶ o solicitada por el órgano de ejecución¹⁵⁷.

114. Si existe cierto grado de discrecionalidad para ordenar o requerir la presencia del solicitante en el lugar efectivo de la ejecución, los tribunales, las Autoridades Centrales, los agentes de ejecución y otros que puedan tener la responsabilidad de decidir sobre este tema deberán considerar cuidadosamente las circunstancias del caso. Estas circunstancias podrán ser, por ejemplo, si el niño estuvo con el progenitor sustractor sin mantener contacto con el progenitor perjudicado durante mucho tiempo, quién fue la persona que ejerció el cuidado primordial del niño en el pasado reciente y otros factores pertinentes. En algunos casos, la presencia del solicitante podría reconfortar al niño – particularmente cuando el contacto no se interrumpió durante demasiado tiempo. En otros casos, la presencia del solicitante en el lugar efectivo de la ejecución y el posible encuentro con el progenitor sustractor podrían contribuir a que el conflicto se agrave. Una manera posible de evitarlo sería que en el lugar de la ejecución estuviera presente una persona que no fuera el solicitante y que tuviera una relación cercana con el niño para reconfortarlo. También, o en su lugar, el solicitante podría estar esperando cerca de allí, pero sin ser visto¹⁵⁸.

115. Por último, es importante mencionar que cuando, excepcionalmente, haya razones para proceder a la ejecución aunque el solicitante aún no haya llegado ni designado todavía a otra persona para llevarse al niño, deberá ser posible que el agente de ejecución coloque al niño bajo cuidado y protección hasta que llegue el solicitante. Esto sería apropiado cuando el niño estuviera en peligro si permaneciera al cuidado del progenitor sustractor o cuando hubiera riesgo de que éste huyera con el niño.

¹⁵⁴ En algunos Estados se encuentran disponibles programas de asistencia en viajes para ayudar a reunir a un niño con el solicitante pero estos programas tienden a incluir normas muy específicas que deben cumplirse. Por ejemplo, de conformidad con el programa de Viajes/Reunión de Canadá, sólo se podrá comenzar a realizar los arreglos cuando se haya recibido la confirmación de que el niño puede ser trasladado legalmente y se encuentra bajo la custodia de las autoridades locales. El progenitor o tutor legal debe poder obtener la custodia física legal del niño a su llegada (información proporcionada por la Sra. Sandra Zed Finless).

¹⁵⁵ **Argentina, Bahamas, Bulgaria, Chile, Lituania, República Checa.**

¹⁵⁶ **Luxemburgo.** En **Canadá (Manitoba, Nueva Escocia, Quebec), China (Hong Kong (RAE))** (información proporcionada por la Srta. Sau Kong Lee) y **Nueva Zelandia**, se requiere la presencia del solicitante en el lugar de la ejecución cuando la orden de restitución específica que el niño debe ser entregado al solicitante.

¹⁵⁷ **Finlandia.**

¹⁵⁸ Sobre la presencia del progenitor sustractor, ver *supra*, Principio 6.2.

8. COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA PARA GARANTIZAR UNA RESTITUCIÓN SEGURA

116. En el curso del proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya, incluida la etapa de ejecución, es importante la cooperación entre las autoridades de los Estados involucrados.

- 8.1** El tribunal que considere la restitución de un niño deberá recibir, a través de las Autoridades Centrales o de otros canales apropiados, información relacionada con las medidas de protección y los servicios disponibles en el Estado requirente, cuando sea necesario para garantizar la restitución segura del niño.
- 8.2** Con este propósito, se alienta a los tribunales a utilizar redes judiciales nacionales, regionales e internacionales¹⁵⁹ y recurrir a jueces de enlace y a solicitar la asistencia de las Autoridades Centrales, cuando corresponda.
- 8.3** El Estado requirente deberá hacer todo lo posible para crear las condiciones que permitan la emisión de una orden de restitución, por ejemplo:
- garantizando que el impacto de un proceso penal por la sustracción de un niño en la posibilidad de lograr su restitución se pueda tomar en cuenta al momento del ejercicio de cualquier facultad discrecional que las autoridades procesales tengan para presentar, suspender o retirar cargos;
 - pudiendo otorgar órdenes espejo u otras órdenes que garanticen la protección del niño después de la restitución; y
 - alentando a sus tribunales y autoridades administrativas a aplicar estas normas con la finalidad de favorecer la restitución del niño – cuando sea apropiado, acompañado por el progenitor que lo sustrajo.
- 8.4** Las autoridades de los Estados requirente y requerido (es decir, el tribunal ante el cual tramita la solicitud de restitución, ambas Autoridades Centrales y, cuando corresponda, los tribunales del Estado requirente) deberán comunicarse lo antes posible durante el proceso de restitución con la intención de realizar los arreglos prácticos y jurídicos necesarios para la restitución segura del niño. Estos arreglos deberán disponerse preferentemente antes de que se emita la orden de restitución.

117. En el curso del proceso de restitución, podrá tornarse necesario obtener una orden de “puerto seguro” (o una orden espejo de medidas de protección tomadas provisionalmente en el Estado donde tramita el proceso de restitución) para garantizar que el niño sea restituido a un ambiente seguro¹⁶⁰. La primera precondition para que esto suceda es que el sistema

¹⁵⁹ Ver también las Conclusiones y Recomendaciones de la Conferencia Conjunta EC-HCCH sobre Comunicaciones Judiciales Directas en Cuestiones de Derecho de Familia y el Desarrollo de Redes Judiciales, realizada en Bruselas el 15 y 16 de enero de 2009, disponibles en < www.hcch.net > en “Sección Sustracción de Niños” y “Comunicaciones Judiciales”.

¹⁶⁰ Los jueces del *common law* desde hace mucho tiempo vienen ejerciendo la práctica de exigir compromisos por parte del solicitante y de solicitar órdenes espejo u órdenes de “puerto seguro” al Estado requirente cuando sea necesario para evitar que se rechace la restitución del niño. Es importante mencionar que para los Estados miembros de la Unión Europea, cuya mayoría sigue una tradición de derecho civil, el Reglamento Bruselas IIa, en su art. 11(4), establece que: “Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.” Esto deberá impulsar a los tribunales de ambos Estados interesados a cooperar en la creación de un ambiente seguro para el niño después de la restitución.

legal del Estado requirente lo permita. Segundo, cuando las autoridades del Estado requirente estén autorizadas a ejercer cierta discrecionalidad, deberán ser alentadas a ejercerla con el objetivo de favorecer la restitución del niño.

118. Es necesario que los tribunales y las autoridades interesados cooperen mutuamente para establecer el marco jurídico y los arreglos prácticos destinados a la restitución – preferentemente antes de que se dicte la orden de restitución, pero definitivamente antes de que la ejecución se lleve a cabo¹⁶¹. Esta cooperación podrá realizarse mediante comunicación judicial directa y / o contactos directos entre los tribunales y las autoridades involucrados o con la asistencia de las Autoridades Centrales, las redes de jueces nacionales, regionales o internacionales y los jueces de enlace¹⁶².

119. Cuando la restitución de un niño involucre vuelos de larga distancia, se deberá poner a consideración la posibilidad de una cooperación internacional especial. En estas situaciones, puede existir preocupación por la posibilidad de sustracción del niño durante las escalas en tránsito. Existen varias medidas que pueden tomarse para impedirla. Los pasaportes del niño y de la persona que lo acompaña podrían ser retenidos por la línea aérea en cada tramo del viaje de restitución, los movimientos del niño y su acompañante podrían restringirse a la zona de tránsito y los funcionarios de las fronteras podrían reunirse con el niño y su acompañante y escoltarlos desde y hacia los aviones correspondientes a su vuelo en las zonas de tránsito.

120. Las Autoridades Centrales y los tribunales deberán también asistir a las partes en todo lo que les sea posible para realizar los arreglos apropiados.

¹⁶¹ Ver también el Principio 4.3 *supra* relacionado con el impulso que deberá darse a las partes para que realicen propuestas y, en lo posible, acuerden los arreglos prácticos necesarios para la restitución.

¹⁶² Cuando haya comunicaciones judiciales directas, se realizarán obviamente de conformidad con la legislación interna. No obstante, cuando haya preocupación en un Estado por el fundamento legal apropiado para las comunicaciones judiciales directas, ya sea de conformidad con el derecho o procedimiento interno o con los instrumentos internacionales pertinentes, se tomarán las medidas que sean necesarias para garantizar la existencia de este fundamento legal: ver Recomendación N° 15 de la Conferencia Conjunta EC-HCCH sobre Comunicaciones Judiciales Directas en Cuestiones de Derecho de Familia y el Desarrollo de Redes Judiciales (Bruselas, 15 y 16 de enero de 2009), *op. cit.* nota 159. Se está trabajando sobre el proyecto de Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales Directas, que se están desarrollando para que sirvan de lineamientos y salvaguardias en las comunicaciones judiciales transfronterizas directas.

9. CAPACITACIÓN Y EDUCACIÓN

- 9.1 Los profesionales responsables de ejecutar una orden de restitución deberán recibir la capacitación apropiada.
- 9.2 Los profesionales responsables de ejecutar una orden de restitución deberán estar al tanto de las tareas que realizan otros profesionales pertinentes en su jurisdicción (por ej., trabajadores sociales, psicólogos, intérpretes) que podrían asistir en la ejecución y su preparación. Se recomienda la capacitación interdisciplinaria que integra a los representantes de estas profesiones diversas.
- 9.3 Todos los profesionales involucrados en procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya y en la ejecución de órdenes de restitución deberán conocer los objetivos del Convenio.
- 9.4 Todos los profesionales involucrados en procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya y en la ejecución de órdenes de restitución deberán saber que los medios de comunicación y/o las iniciativas de los progenitores y los grupos de apoyo pueden ejercer presión en estos casos y deberán estar preparados para manejar esta situación¹⁶³.
- 9.5 Podrán surgir dificultades cuando los jueces, abogados y otros profesionales no estén familiarizados con el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya. Resulta conveniente que un grupo de jueces y abogados especialistas debidamente capacitados y educados se dedique a este tema de manera tal de reducir demoras y fomentar la integridad del proceso.

121. Como ya se ha indicado en Partes anteriores de esta Guía¹⁶⁴, la capacitación de los profesionales involucrados en la aplicación del Convenio es esencial para un funcionamiento viable en miras del interés superior del niño. Puede haber demoras inconvenientes en los procesos de restitución debidas a una capacitación o especialización insuficiente de los profesionales involucrados que conduciría a una falta de apreciación del funcionamiento del proceso y de la importancia de la celeridad en todas sus etapas.

122. Se proporciona capacitación relacionada con la aplicación del Convenio en muchos Estados contratantes y esta capacitación puede adoptar varias formas. El conocimiento entre los profesionales del ámbito jurídico, tales como jueces y abogados, de los objetivos y propósitos del Convenio puede incrementarse a través de la educación básica requerida para poder ejercer sus profesiones, la capacitación continua posterior y las conferencias y los seminarios adicionales en forma periódica o *ad hoc* que aportan un foro para el intercambio de experiencias. También es útil incluir aspectos de la ejecución entre los temas que se discutirán en estos programas de capacitación para las profesiones relacionadas con temas jurídicos.

¹⁶³ En este contexto, ver también *supra*, el Principio 6.4 que establece que todos los profesionales involucrados en procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya y en la ejecución de las órdenes de restitución emitidas en virtud de dicho Convenio deben conocerse entre sí y estar al tanto de sus respectivos roles.

¹⁶⁴ Ver la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales, *op. cit.* nota 20, Capítulo 6; la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación, *op. cit.* nota 33, en particular el Capítulo 10; la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Prevención, *op. cit.* nota 29, Capítulo 5; y la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo, *op. cit.* nota 12, Principio 7.5.

123. Según la manera en que esté organizado el Poder Judicial, los Ministerios de Justicia y las Asociaciones de Magistrados, separada o conjuntamente, ofrecen capacitación para jueces y funcionarios de los tribunales¹⁶⁵ – algunas veces a través de las denominadas Academias Judiciales o Centros de Capacitación Judicial que ellos administran. Generalmente la capacitación proviene de las instituciones relacionadas con las profesiones respectivas, como las Asociaciones o los Colegios de Abogados, que ofrecen capacitación para abogados¹⁶⁶. En muchas jurisdicciones, la Autoridad Central tiene una participación activa y proporciona capacitación específica sobre el Convenio o participa en las sesiones de capacitación organizadas por las otras entidades mencionadas anteriormente¹⁶⁷.

124. Pero como lo demuestra la anterior descripción de la práctica de aplicación del Convenio y ejecución de las órdenes de restitución, la ejecución involucrará generalmente a otros profesionales además de los profesionales del ámbito jurídico. Entre los profesionales que facilitan acuerdos voluntarios, se encuentran mediadores, trabajadores sociales y funcionarios de protección del niño. Los agentes de ejecución y los oficiales de policía podrían también participar en los procesos conducentes a la emisión de una orden de restitución y su ejecución. En varias jurisdicciones, la policía y otros agentes de ejecución u oficiales de justicia reciben capacitación sobre la ejecución en materia de derecho de familia, incluidos temas relativos al Convenio de La Haya, de sus autoridades respectivas¹⁶⁸. Los trabajadores sociales, educadores y psicólogos infantiles reciben generalmente capacitación sobre temas relativos al Convenio de La Haya o de custodia a través de sus autoridades respectivas, tales como el Ministerio competente, generalmente en cooperación con la Autoridad Central¹⁶⁹.

125. En algunos países, la Autoridad Central proporciona capacitación a funcionarios que se encuentran trabajando en misiones diplomáticas y consulares en el exterior, o que serán enviados al exterior en el corto plazo a tal efecto¹⁷⁰.

126. Una opción útil en este contexto podría ser una capacitación interdisciplinaria que además proporcionaría valor agregado¹⁷¹. La “capacitación interdisciplinaria” no significa necesariamente que todos los profesionales involucrados en la aplicación del Convenio y en la ejecución de una orden de restitución tengan que *recibir* la capacitación conjuntamente. La capacitación también puede reunir a los distintos profesionales en calidades diferentes, por ejemplo, en un seminario de capacitación para oficiales de justicia (agentes de ejecución), un juez podría explicar el propósito del Convenio; un trabajador social podría discutir sobre las posibilidades de soluciones amigables y la asistencia que podrían proporcionar las instituciones de bienestar social; un psicólogo podría explicar el efecto

¹⁶⁵ **Argentina, Austria, Bulgaria, Chile, China (Macao (RAE)), Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Francia, Letonia, Lituania, México, Mónaco, Países Bajos, Panamá, Reino Unido (Escocia), República Checa, Sudáfrica, Suecia.**

¹⁶⁶ **Argentina, Austria, Canadá (Manitoba, Quebec), Chile, España, Estados Unidos de América, Nueva Zelandia, Reino Unido (Escocia).** El Reino Unido (Isla de Man) respondió que cierta capacitación se considera parte de las calificaciones profesionales requeridas para que la persona pueda realizar ese trabajo; el empleador proporciona otro tipo de capacitación especializada según se le solicite. En **Escocia**, los colegios de abogados también proveen capacitación para los jueces.

¹⁶⁷ **Alemania, Canadá (Alberta, Manitoba, Quebec, Saskatchewan), China (Hong Kong (RAE)), Eslovaquia, Estados Unidos de América, Francia, Noruega, Reino Unido (Escocia), Sudáfrica, Suecia, Suiza.**

¹⁶⁸ **Alemania, Austria, Canadá (Alberta, Manitoba, Quebec, Saskatchewan), España, Estados Unidos de América, Mónaco, Nueva Zelandia, Reino Unido (Escocia).** En **Alemania**, donde la capacitación del Poder Judicial, incluidos los jueces y funcionarios de los tribunales, es responsabilidad de los estados, el Ministerio de Justicia Federal, con la cooperación de la Asociación Alemana de Oficiales de Justicia y los estados alemanes, organizó dos seminarios para oficiales de justicia sobre la ejecución de órdenes relacionadas con la violencia doméstica, las órdenes de restitución en virtud del Convenio de La Haya y las órdenes de contacto en 2005 y 2006. En **Austria**, la capacitación es proporcionada por los oficiales de justicia que forman parte de los grupos de trabajo especiales de los tribunales de apelaciones (*Oberlandesgerichte*) y tratan temas de ejecución delicados en cuestiones de familia.

¹⁶⁹ **Canadá (Manitoba, Quebec), China (Hong Kong (RAE)), Eslovaquia, España, Mónaco.** En **Hong Kong (RAE)**, también se realizan cursos de actualización, en caso de necesidad, para los trabajadores sociales de las Unidades de Servicios de Protección del Menor y la Familia sobre el “Manejo de Casos Internacionales de Sustracción de Niños”.

¹⁷⁰ Por ej., **Canadá** (información proporcionada por la Sra. Sandra Zed Finless), **Estados Unidos de América, Noruega y Suecia.**

¹⁷¹ Este tipo de capacitación ha tenido lugar en **Alemania, Bulgaria, Finlandia, Panamá, Sudáfrica y Suecia.**

eventual que podría tener en el niño y las estrategias posibles para reducir el nivel de tensión, etc. En un seminario para jueces, un oficial de justicia podría ilustrar las dificultades con las que se encontró al ejecutar una orden de restitución en virtud del Convenio de La Haya y explicar a los jueces cómo facilitar su trabajo redactando la orden de una manera especial. Una ampliación de la perspectiva profesional y del efecto de las redes – particularmente en combinación con una concentración de competencia – son resultados importantes logrados en este tipo de programas de capacitación. Con este propósito, también se recomienda muy especialmente la participación del personal de la Autoridad Central¹⁷².

127. Aunque esta Guía no contiene información suficiente sobre programas de financiación nacionales, es importante mencionar que cuando los programas de capacitación son a nivel internacional, y reúnen a profesionales de al menos dos Estados contratantes, algunas veces la financiación puede obtenerse de programas de financiación regionales o internacionales y, mediante la asociación con alguna entidad gubernamental o no gubernamental nacional o con alguna persona del gobierno o del ámbito privado nacional, podría también aliviarse la tarea organizativa del socio del gobierno. Algunos de estos programas de financiación ofrecen la posibilidad de incluir a un coordinador del programa en el presupuesto del seminario. Una vez que se apruebe la financiación y se contrate a la persona, ésta podrá ocuparse de organizarlo.

128. Las medidas de capacitación también pueden brindar una oportunidad para hacer saber a los profesionales que no participan generalmente en procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya que inesperadamente pueden encontrarse con campañas de los medios de comunicación contra la restitución del niño o con acontecimientos o eventos organizados por grupos de apoyo destinados a obstaculizar la restitución del niño a otro país. Es más factible que estos acontecimientos ocurran cuando no sea habitual que en un Estado contratante se realicen procesos de restitución y, por lo tanto, tiendan a extenderse. Esto le daría tiempo al progenitor sustractor para buscar apoyo público lo que haría más difícil la aplicación pacífica de la restitución del menor.

129. Cuando conozcan este riesgo, los profesionales participantes en el proceso y en la ejecución podrían considerar escenarios alternativos para ejecutar la orden de restitución, eligiendo posiblemente una solución que evite la presión pública y el estrés del niño.

9.6 Se recomienda que se preparen guías de práctica, manuales, listas de control y/u otros documentos que puedan servir de ayuda para los profesionales involucrados en la ejecución de órdenes de restitución en virtud del Convenio de La Haya.

130. Proporcionar un “Documento de Ejecución” de aplicación general, que reúna información concisa pertinente sobre la ley y el procedimiento, las categorías de profesionales que tienen que participar o que se recomienda que participen, acompañado por los datos de contacto de organismos y autoridades que puedan proporcionar información más detallada o específica acerca de una situación en particular, será de gran ayuda para los profesionales involucrados en la ejecución coercitiva de una orden de restitución en virtud del Convenio de La Haya.

131. En algunas jurisdicciones, la Autoridad Central ha emitido dicha documentación o asistido a otras entidades, por ejemplo, la policía, en su emisión. Algunas veces este material está dirigido al público en general, otras veces a ciertos grupos de profesionales involucrados. El Informe Explicativo del Convenio de Eliza Pérez-Vera, los Informes y las Conclusiones y Recomendaciones resultantes de las reuniones de la Comisión Especial

¹⁷² En muchas jurisdicciones, la Autoridad Central tiene una participación activa en la capacitación específica sobre el Convenio o participa en las sesiones de capacitación organizadas por otras entidades mencionadas anteriormente, por ej., en Alemania, Canadá (Alberta, Manitoba, Quebec, Saskatchewan), China (Hong Kong (RAE)), Eslovaquia, Estados Unidos de América, Francia, Noruega, Reino Unido (Escocia), Sudáfrica, Suecia, Suiza.

para revisar el funcionamiento del Convenio y de los seminarios judiciales, las Partes anteriores de la Guía de Buenas Prácticas¹⁷³ y otros documentos han sido citados como contribuciones importantes para incrementar el conocimiento entre los profesionales interesados.

132. Algunas veces, se utilizaron seminarios de capacitación para grupos de profesionales específicos (por ej., jueces o agentes de ejecución) para elaborar listas de control para la aplicación del Convenio¹⁷⁴. La redacción de documentos a cargo de los mismos profesionales interesados y / o bajo los auspicios de sus organizaciones profesionales podrá acrecentar la aceptación del documento resultante.

¹⁷³ Ver la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales, *op. cit.* nota 20, la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación, *op. cit.* nota 33 y la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo, *op. cit.* nota 12.

¹⁷⁴ Como ejemplo (lista de control para oficiales de justicia elaborada en **Alemania**), ver Anexo V del Doc. Prel. N° 6 de octubre de 2006, *op. cit.* nota 3.

ANEXO

Capítulo 7 de los *Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas sobre el Contacto Transfronterizo relativo a los Niños*

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

7.1 Eficacia de las medidas de ejecución

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

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

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

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

¹⁵⁹ Véase, en relación con los problemas paralelos que surgen en torno a la ejecución de las decisiones de restitución, A. Schulz, "Ejecución de las Órdenes fundadas en el Convenio de La Haya de 1980 – Hacia Principios de Buenas Prácticas", Doc. Prel. Nº 7 de octubre de 2006 a la atención de la Quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (La Haya, 30 de octubre – 9 de noviembre de 2006) párr. 2.8 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55-59). También es posible consultar un análisis de distintas experiencias en materia de ejecución en N. Lowe y K. Horosova, *op. cit.*, nota 25, apartado 7.3.

¹⁶⁰ Véase A. Schulz, "Enforcement of Orders made under the 1980 Convention – A Comparative Legal Study", Doc. Prel. Nº 6 de octubre de 2006 a la atención de la Quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (La Haya, 30 de octubre – 9 de noviembre de 2006) (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, véase *infra*, pp. 55-59).

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

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

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

Para lograr un procedimiento de ejecución rápido, conviene limitar o prescindir por completo de las condiciones adicionales para la ejecución de una decisión de contacto mediante el uso de medidas coercitivas. Este principio se aplica tanto a los requisitos administrativos como a otras formalidades, como la exigencia de una decisión judicial complementaria o de una *formule exécutoire* u otra autorización necesaria para la ejecución, u otras medidas que deba emprender un agente judicial u otro funcionario encargado de procurar la ejecución. “En caso de que se *requieran pasos formales adicionales como un auto ejecutorio*, una autorización para la ejecución o pasos similares, se sugiere limitar o excluir la posibilidad de recurrir estos pasos por separado [...] y limitar el número y los niveles de recursos judiciales disponibles contra tales medidas.”¹⁶³

7.2 Disposiciones prácticas

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

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

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

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

7.3 Promoción del cumplimiento voluntario

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

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

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

Es importante tener presente que, dentro de un proceso de mediación, es necesario que existan salvaguardias que eviten que la parte más débil consienta una decisión por miedo a la otra parte o a una intimidación que provenga de la otra parte, o por agotamiento debido al carácter prolongado y altamente conflictivo del procedimiento. Los mediadores experimentados son una salvaguardia frente a estas amenazas.

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

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

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

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

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

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

7.4 Cooperación de los organismos y los profesionales involucrados

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

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

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

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

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

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

¹⁶⁶ *Ibid.*

7.5 Formación

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

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

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

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