

**Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico
 del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores
 y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños
 octubre de 2017**

| | | |
|--------------------------------|--|----------------------------------|
| Documento | Documento preliminar <input checked="" type="checkbox"/> Documento procesal <input type="checkbox"/> Documento de información <input type="checkbox"/> | Doc. Prel. N° 3 de junio de 2017 |
| Título | Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13(1)(b) del <i>Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores</i> | |
| Autor | Oficina Permanente | |
| Punto de la agenda | N° 19 | |
| Mandato(s) | Conclusiones y Recomendaciones N° 80 y 81, Parte II, Sexta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de 1980 y 1996 (25 a 31 de enero de 2012) Conclusión y Recomendación N° 5 y 6, Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de 2012 | |
| Objetivo | Recibir comentarios / debate | |
| Acción requerida | Aprobación <input type="checkbox"/> Decisión <input checked="" type="checkbox"/> A título informativo <input type="checkbox"/> | |
| Anexos | Adjuntos | |
| Documentos relacionados | No constan | |

**[PROYECTO DE] GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL
ARTÍCULO 13(1)(B) DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE
1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES**

Parte V - Artículo 13(1)(b)

Índice

| | |
|---|----|
| Introducción | 1 |
| 1. Contexto que impulsó la Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(b) | 1 |
| 2. Objetivos y alcance de esta Guía | 4 |
| i. Promover la coherencia | 4 |
| ii. Carácter no específico y no vinculante de las buenas prácticas | 4 |
| iii. Destinatarios de la Guía: autoridades judiciales y otras autoridades competentes, Autoridades Centrales y otros actores del sistema | 4 |
| iv. Complementariedad de los Convenios de 1980 y de 1996 | 5 |
| v. Reconocimiento | 5 |
| 3. Cómo utilizar esta Guía | 6 |
| 4. Discusión sobre el artículo 13(1)(b) en las reuniones de la Comisión Especial para examinar el funcionamiento del Convenio de 1980 | 7 |
| PARTE I: Contexto interpretativo | 9 |
| 1. El artículo 13(1)(b) en el sistema normativo del Convenio de 1980 | 9 |
| 1. Objetivos y principios que rigen el Convenio de 1980 y la CDN | 9 |
| ii. Obligación de garantizar la restitución inmediata del menor: artículo 12 | 10 |
| iii. Excepciones a la obligación de velar por la restitución inmediata del menor | 11 |
| iv. Relación entre el artículo 13(1)(b), las otras excepciones a la restitución y otros elementos del caso | 12 |
| 2. Ámbito de aplicación del artículo 13(1)(b) | 13 |
| i. El niño, consideración principal del artículo 13(1)(b) | 13 |
| ii. El aspecto “prospectivo” del artículo 13(1)(b) | 13 |
| iii. “Grave riesgo” | 14 |
| iv. Exposición a daño físico o psíquico, o colocación en una situación intolerable | 14 |
| v. Carga de la prueba | 15 |
| vi. Facultad discrecional de ordenar o denegar la restitución | 15 |
| 3. Aplicación del artículo 13(1)(b) e instrumentos regionales | 15 |
| i. Artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis | 15 |
| ii. Artículo 11(b) de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores | 16 |
| PARTE II: Información para autoridades competentes | 18 |
| 1. Panorama de buenas prácticas para la aplicación del artículo 13(1)(b) | 18 |
| 2. INCADAT: recurso para todas las autoridades competentes | 18 |

| | |
|--|----|
| 3. Panorama de las normas procesales que deben regir los procedimientos de restitución y la importancia de optimizar la gestión de los casos | 19 |
| i. El ámbito limitado de los procedimientos de restitución conforme al Convenio de 1980 | 20 |
| ii. Obligación de utilizar procedimientos expeditivos para la restitución | 21 |
| iii. Técnicas judiciales para optimizar la gestión de los casos | 23 |
| a) Buenas prácticas generales de gestión de casos | 24 |
| b) Identificación y gestión tempranas de las excepciones que se opongan | 24 |
| c) Identificación y gestión tempranas de otros aspectos del caso..... | 25 |
| 4. Análisis de la excepción de grave riesgo: dos criterios | 25 |
| i. Examen del artículo 13(1)(b): criterio 1 | 28 |
| ii. Examen del artículo 13(1)(b) – criterio 2 | 29 |
| 5. La RIJH y las comunicaciones judiciales directas con el tribunal del Estado requerido .. | 30 |
| i. Buenas prácticas recomendadas | 31 |
| 6. Asistencia de Autoridades Centrales y otras autoridades | 32 |
| 7. Garantizar la seguridad y la “restitución segura” del menor y, en su caso, del padre que lo acompaña | 34 |
| i. Medidas de protección para garantizar la seguridad y el bienestar del menor durante el procedimiento en el Estado requerido | 34 |
| a) Buenas prácticas recomendadas | 34 |
| ii. Medidas de protección para garantizar la “restitución segura” del menor en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b) | 35 |
| a) Buenas prácticas recomendadas | 36 |
| iii. Consideraciones relativas a la seguridad del padre sustractor y la del padre privado del menor | 38 |
| iv. Medidas de protección según el artículo 11 del Convenio de 1996 | 38 |
| a) Utilidad del artículo 11 del Convenio de 1996 en los procedimientos de restitución | 39 |
| b) Funcionamiento del artículo 11 del Convenio de 1996 en los procedimientos de restitución | 40 |
| c) Buenas prácticas recomendadas | 41 |
| 8. Información y pruebas en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b) | 43 |
| i. Aspectos generales sobre información y prueba | 43 |
| ii. Admisibilidad y obtención de la prueba/información | 44 |
| iii. Buenas prácticas recomendadas | 45 |
| iv. Prueba pericial en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b) | 46 |
| a) El alcance limitado de la excepción..... | 46 |
| b) Imperativo de actuar con celeridad | 47 |
| c) Buenas prácticas recomendadas | 47 |
| 9. Participación del niño en el procedimiento de restitución | 48 |
| i. Normas internacionales | 48 |
| ii. La voz del niño y las excepciones del Convenio de 1980 | 48 |
| iii. Diversidad de prácticas nacionales | 49 |
| iv. Buenas prácticas recomendadas | 50 |

| | |
|--|----|
| 10. La mediación en los casos en que se ha invocado el artículo 13(1)(b) | 51 |
| i. Buenas prácticas recomendadas | 52 |
| 11. Otras cuestiones en los procedimientos de restitución | 53 |
| i. Contacto entre el menor y el padre privado del menor | 53 |
| ii. Representación legal de las partes | 55 |
| iii. Participación del padre privado del menor en el procedimiento de restitución | 55 |
| PARTE III: Información para las Autoridades Centrales | 58 |
| El rol de las Autoridades Centrales en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b)..... | 58 |
| i. Aceptación de solicitudes de restitución (arts. 8 y 27) | 58 |
| ii. Obligación de colaborar y promover una colaboración entre las autoridades nacionales (art. 7(1)) | 59 |
| iii. Comunicar el lugar en que se encuentra el menor (art. 7(2)(a)) | 59 |
| iv. Disposición de contacto provisional entre el menor y el padre privado del menor .. | 61 |
| v. Obligación de prevenir que el menor sufra mayores daños (art. 7(2)(b)) | 62 |
| vi. Obligación de obtener la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable (art. 7(2)(c)) | 63 |
| vii. Obligación de incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo (art. 7(2)(f)) | 63 |
| viii. Intercambiar información relativa a la situación social del menor (art. 7(2)(d)) . | 65 |
| ix. Obligación de disponer las diligencias administrativas necesarias para garantizar la restitución segura del menor (art. 7(2)(h)) | 65 |
| a) Aportación de información | 66 |
| b) Acción penal contra el padre que sustrajo al menor | 67 |
| c) Cuestiones de inmigración | 67 |
| d) Cumplimiento de órdenes o condiciones tras la restitución..... | 68 |
| x. Seguimiento tras la restitución | 69 |
| PARTE IV: Casos y hechos más frecuentes | 70 |
| 1. Alegaciones de violencia doméstica/familiar o maltrato infantil, y de que el menor quedaría expuesto a un riesgo grave tras la restitución..... | 73 |
| i. Comportamiento violento o inapropiado contra el menor tras la restitución | 74 |
| ii. Exposición del menor a violencia doméstica entre sus padres tras la restitución.... | 75 |
| iii. Daño al padre sustractor a manos del padre privado del menor tras la restitución . | 77 |
| 2. Alegaciones de que la restitución del menor crearía una situación en la que estaría expuesto a un riesgo grave | 80 |
| i. Separación de su(s) hermano(s) tras la restitución | 80 |
| ii. Desventajas económicas o educativas para el menor tras la restitución | 82 |
| iii. Riesgos asociados con el Estado de residencia habitual | 83 |
| iv. Riesgos asociados con la salud del menor..... | 85 |
| 3. Alegación de que la incapacidad de regresar del padre sustractor expondría al menor a un riesgo grave | 86 |
| i. Acción penal o de otra índole en el Estado de residencia habitual por el traslado o la retención ilícitos | 88 |
| ii. Imposibilidad para ingresar o permanecer en el Estado de residencia habitual por cuestiones de inmigración | 90 |

| | | |
|---|---|----|
| iii. | Situación económica tras la restitución | 91 |
| iv. | Acceso a la justicia en el Estado de residencia habitual | 93 |
| v. | Imposibilidad de regresar al Estado de residencia habitual por razones médicas o familiares | 95 |
| PARTE V: | Afianzamiento de conocimientos e intercambio de experiencias y prácticas | 97 |
| 1. | Oportunidades de capacitación | 97 |
| 2. | El valor de la "concentración de competencia" | 97 |
| ANEXOS: | | 1 |
| Anexo 1: | Glosario | 1 |
| Anexo 2: | Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial sobre el retorno seguro del menor y del padre que lo acompaña, cuando sea pertinente..... | 5 |
| 1. | Conclusiones y Recomendaciones de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (2011/12)..... | 5 |
| 2. | Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial (2006) | 5 |
| 3. | Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial (2001) | 7 |
| Anexo 3: | Dinámica de la violencia doméstica, normas internacionales relativas a la violencia doméstica y la violencia contra menores..... | 9 |
| 1. | Introducción | 9 |
| 2. | Dinámica de la violencia doméstica | 11 |
| a) | Definición e investigaciones sobre la dinámica particular de la violencia doméstica | 11 |
| b) | Control coercitivo, violencia y síndromes traumáticos postseparación | 12 |
| 3. | Efectos de la violencia doméstica en los niños | 14 |
| a) | Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)..... | 14 |
| b) | Relaciones entre la violencia doméstica y el maltrato infantil..... | 14 |
| c) | Daño en niños expuestos a violencia doméstica | 15 |
| 4. | Violencia doméstica y familiar: marco jurídico nacional e internacional..... | 16 |
| a) | Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas..... | 16 |
| b) | Resoluciones recientes de la Asamblea General de las Naciones Unidas y otras actividades de las Naciones Unidas en materia de eliminación de la violencia contra la mujer | 17 |
| c) | Normas regionales: Convención latinoamericana y Consejo de Europa | 18 |
| 5. | Herramientas para evaluar el riesgo y los daños | 18 |
| Anexo 4: | Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDN), Observación General N° 12 (2009) | 21 |
| "El derecho del niño a ser escuchado" | | 21 |
| Anexo 5: | Principios para las comunicaciones judiciales | 23 |
| directas en casos específicos, que comprenden..... | | 23 |
| las salvaguardias comúnmente aceptadas y otros requisitos | | 23 |

Introducción

1. Contexto que impulsó la Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(b)

1. La presente Guía de Buenas Prácticas trata el **artículo 13(1)(b)** del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (en lo sucesivo, el “Convenio de 1980” o simplemente “el Convenio”), también conocido como la “excepción de grave riesgo”¹.

2. El artículo 13(1)(b) es una de las excepciones que más se opone frente a la restitución de niños trasladados o retenidos ilícitamente en el extranjero, y de las más invocadas por las autoridades competentes para denegar la restitución de un niño según lo dispuesto en el Convenio —aunque a veces en combinación con otras excepciones a la restitución²—. Independientemente de las afirmaciones de que esta excepción a la restitución se opone a menudo, en la práctica, las decisiones judiciales por las que se deniega la restitución de un niño con fundamento en el artículo 13(1)(b) son pocas³, lo cual pone de relieve su carácter excepcional.

3. El artículo 13(1)(b) reza:

“[1] No obstante lo dispuesto en el artículo precedente [12], la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:
[...]

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.”

4. En particular, por la naturaleza transnacional de los procedimientos de restitución con arreglo a lo dispuesto en el Convenio de 1980, y por la importancia del factor tiempo, además de varios temas delicados que pueden plantearse junto con la excepción de grave riesgo, el artículo 13(1)(b)⁴ puede resultar una disposición de difícil aplicación para las autoridades competentes, es decir, los tribunales del Estado requerido ante los que se solicita la restitución del niño⁵.

¹ Salvo que se indique otra cosa, se entenderá por “grave riesgo” en esta Guía “un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”. La excepción general a la restitución contemplada en el artículo 13(1)(b) también se denomina “excepción de grave riesgo” en esta Guía.

² Según estadísticas del año 2008 sobre el funcionamiento del Convenio de 1980 obtenidas a los efectos de la Sexta Reunión de Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico del Convenio. Véase el Doc. Prel. N° 8 A (actualización de noviembre de 2011), “Análisis estadístico de las solicitudes presentadas en 2008 con arreglo a lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Parte I – Informe global”, elaborado por N. Lowe, p. 6, disponible en < www.hcch.net >, en la Sección “Sustracción de Niños”, luego “Reuniones de la Comisión Especial”, “Reuniones anteriores de la Comisión Especial”, luego “Sexta Reunión de la Comisión Especial”. [La información estadística que figura en este proyecto de guía será actualizada con datos más recientes cuando se obtenga la información del actual estudio del profesor Nigel Lowe.]

³ Según la información recogida en 2008, el 15% de los casos terminó con una decisión de no restitución, y tan solo el 27% de estas decisiones de no restitución se fundaron en el art. 13(1)(b) (a veces combinado con otras excepciones), esto es, alrededor del 4% del total de los casos de 2008. En el mismo estudio se llegó a la conclusión de que “el 17% [de los casos que terminaron con una decisión de no restitución] de las solicitudes de restitución fueron denegadas a causa de objeciones del niño, el 15% a causa de se determinó que el niño no tenía su residencia habitual en el Estado requirente, y el 13% a causa del artículo 12.” (ibíd.)

⁴ Salvo que se indique otra cosa, todas las referencias a artículos en el texto o en las notas a pie de página de esta Guía remiten a los artículos del Convenio de 1980.

⁵ Salvo que se indique otra cosa, todas las referencias a “autoridad competente” en esta Guía remiten al tribunal u otro órgano ante el cual se presentó la demanda de restitución del niño según lo dispuesto en el Convenio de 1980. Las autoridades competentes conforme al Convenio pueden ser judiciales o administrativas (véase el art. 12). “Autoridad competente” no debe confundirse con Autoridad Central según lo dispuesto en el Convenio de 1980 (sobre este tema, véase la Parte III de la presente Guía).

5. La jurisprudencia de los distintos países⁶ pone de manifiesto que la aplicación de la disposición puede variar de un Estado a otro, así como también puede haber diferencias entre la jurisprudencia de las distintas autoridades competentes de un mismo Estado. Una de las causas por las que se elaboró esta Guía es que, en virtud del carácter internacional del Convenio de 1980, existe la necesidad de promover una aplicación del instrumento a nivel mundial lo más uniforme posible⁷.

6. Asimismo, se plantearon preocupaciones, en reuniones anteriores de la Comisión Especial para examinar el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 (véase *infra* la sección 4), con respecto a que las autoridades competentes ante las que tramita la restitución no siempre aplican la excepción de grave riesgo de manera restringida como exige el Convenio⁸.

7. Además, algunas prácticas en la aplicación del artículo 13(1)(b) pueden causar demoras indebidas en la resolución del caso, lo cual es contrario a la obligación que establece el Convenio de utilizar procedimientos de urgencia⁹. Estos factores coartan la eficacia del Convenio y provocan una disminución de la seguridad jurídica para niños y familias.

8. La excepción de grave riesgo puede oponerse en una gran variedad de situaciones, por ejemplo, el padre sustractor puede invocar, conforme al artículo 13(1)(b), un grave riesgo de daño al niño como consecuencia de una posible separación de sus hermanos o de su custodia principal en caso de ser restituido, una situación de violencia doméstica, sexual u otro tipo de abuso que el niño sufra, o una combinación de estos factores. En la Parte IV de esta Guía se presentan distintos casos comunes.

9. Las estadísticas más recientes indican que hoy en día predominan los casos de sustracción internacional de niños por uno de sus padres en los que el sustractor es el custodio exclusivo o principal del niño¹⁰. En estos casos, la excepción de grave riesgo puede oponerse, por ejemplo, si el sustractor es incapaz de regresar con el niño al Estado de residencia habitual. Puede argumentarse que la separación del padre sustractor que esto conlleva supone un riesgo grave para el niño, sobre todo si se trata de un niño muy pequeño.

10. Además, desde la elaboración del Convenio, se han producido cambios significativos en el derecho interno de varios Estados y territorios, principalmente el modelo de responsabilidad parental conjunta ha reemplazado al de la custodia exclusiva o principal. Mientras que antes era común que se atribuyera a la madre la custodia principal o la responsabilidad parental exclusiva, y que su partida de un Estado determinado con el niño no suscitara problemas con lo dispuesto en el Convenio de 1980, ahora que el modelo familiar de responsabilidad parental conjunta está más extendido, es común que se impongan restricciones a ambos padres para salir al extranjero con sus hijos.

⁶ Se incluye jurisprudencia sobre el art. 13(1)(b) en la Base de Datos de Sustracción Internacional de Niños (INCADAT), disponible en < www.incadat.com >, cuyo objetivo es promover la aplicación e interpretación uniforme del Convenio de 1980 a nivel mundial. Véase también la "Sección de análisis de jurisprudencia" de INCADAT, en "Excepciones a la restitución", luego "Grave riesgo de daño". El análisis de jurisprudencia fue preparado por P.E. McEleavy, Universidad de Dundee, Reino Unido.

⁷ Véase, por ejemplo, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas Prácticas sobre el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Parte II: *Medidas de Aplicación*, Bristol, Family Law (Jordan Publishing Ltd.), 2011 (en adelante "Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación"). Véase en particular la sección "1.4 Coherencia en la aplicación e interpretación del Convenio: Las disposiciones del Convenio deberían ser aplicadas teniendo en cuenta el objetivo de la coherencia internacional en la aplicación del Convenio y en su interpretación" y la sección "3.4 Un proceso continuo de aplicación: El buen funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 necesita la aplicación del Convenio de forma coherente por todos los Estados partes".

⁸ Véase E. Pérez-Vera, "Informe Explicativo del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores", Actas y Documentos de la Catorceava Sesión (*Proceedings of the Fourteenth Session*) (1980), tomo III, Sustracción de Menores (*Child Abduction*), La Haya, 1982 (en adelante, "Informe Explicativo"), párr. 34. Con respecto a la aplicación restrictiva del art. 13(1)(b), véase más abajo el párr. 42 y sigs.

⁹ Véanse en particular los arts. 2 y 11 del Convenio; véase también más abajo el párr. 9 y sigs.

¹⁰ N. Lowe (ob. cit. nota 2), párrs. 42 y 46-48.

11. Las autoridades competentes también reciben denuncias de grave riesgo relativas a violencia doméstica dirigida a un padre, a un menor, o ambos¹¹. La violencia doméstica comprende distintas formas y grados de abuso físico, psicológico, sexual, emocional, y, en algunos casos, económico. Las denuncias pueden versar sobre un abuso del que el niño es “víctima directa” o “víctima indirecta”, en cuyo caso está expuesto o es sometido a los efectos de violencia doméstica dirigida al otro padre (“abuso conyugal”, “violencia conyugal” o “violencia en la pareja”).

12. Gracias a investigaciones y experiencias contemporáneas, se tienen mayores conocimientos de los efectos en los niños del abuso directo y de la exposición a la violencia en la pareja. Se ha constatado, por ejemplo, que el daño psíquico en el niño, derivado de la exposición a la violencia en la pareja, puede ser tan grave como el abuso directo (si bien los efectos en el niño deben evaluarse en cada caso en particular). Al mismo tiempo, cada vez más Estados reconocen y afrontan los posibles efectos de la violencia doméstica y ofrecen programas y servicios para ayudar a las víctimas (véase el Anexo 3 para más información sobre violencia doméstica). En vista del alcance limitado de los procedimientos de restitución en los que se opone la excepción del artículo 13(1)(b), puede resultar difícil para las autoridades competentes evaluar las circunstancias para determinar si existe un grave riesgo de daño para el niño.

13. Además, tras la adopción del Convenio, los marcos jurídicos internacionales han cambiado. A nivel mundial, la adopción de la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989* (en lo sucesivo, la “CDN”) ha tenido implicancias para la participación de los niños en los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de 1980 (véase el Anexo 4: Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (CDN), Observación General N° 12 (2009)), en particular cuando se opone la excepción del artículo 13(1)(b)¹². A nivel regional, la adopción del Reglamento Bruselas II bis¹³ en el marco de la Unión Europea (UE) estableció cómo deben tramitar los procedimientos de restitución en Estados miembros de la UE¹⁴ en los que el Reglamento es aplicable¹⁵. Asimismo, en cierta medida, la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del artículo 8 (el “Derecho al respecto a la vida privada y familiar”) del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950* (en lo sucesivo, el “CEDH”) también ha influido en la tramitación de los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de 1980¹⁶.

14. Finalmente, ha habido importantes avances en las herramientas y las prácticas de cooperación internacional en los últimos años. En las reuniones de la Comisión Especial para examinar el funcionamiento práctico del Convenio de 1980, se han formulado principios y buenas prácticas con respecto al “retorno seguro” del niño y, en su caso, del padre que lo acompaña (véase el Anexo 2). Asimismo, las Autoridades Centrales designadas en virtud del Convenio (véanse las partes II.6 y III *infra*), y los jueces ante los que tramitan procedimientos en virtud del Convenio de La Haya, mediante comunicaciones judiciales directas y la Red Internacional de Jueces de La Haya (véanse la Parte II.5 y el Anexo 5) y otras técnicas (véase la parte II), han establecido una serie de prácticas de gran utilidad. Un objetivo corolario de esta Guía es fomentar una cooperación internacional más estrecha a los efectos del funcionamiento óptimo del Convenio, en interés de niños y familias.

¹¹ Algunos funcionarios de Autoridades Centrales y trabajadores sociales que trabajan con casos de sustracción internacional de niños señalan a título anecdótico que los padres sustractores formulan cada vez más denuncias de violencia doméstica como maniobra dilatoria, dado que el Convenio ofrece un número limitado de excepciones. La autoridad competente deberá valorar el fondo, la verosimilitud y la seriedad de las denuncias que se planteen, en la medida necesaria según el alcance limitado de los procedimientos en que se invoca el art. 13(1)(b).

¹² Véase, p. ej., el art. 12 de la CDN. Véase también, en la Parte II, sección 6, de esta Guía.

¹³ Reglamento (CE) n° 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000. Véase en particular el art. 11 del Reglamento.

¹⁴ El Reglamento Bruselas II bis es directamente aplicable en todos los Estados miembros de la Unión Europea a excepción de Dinamarca, que no está obligado por el Reglamento ni sometido a su aplicación; véase el Considerando N° 31 y el art. 2(3) del Reglamento Bruselas II bis.

¹⁵ Véase más abajo el párr. 68 y sigs.

¹⁶ Para un breve análisis, véase, por ejemplo, P. Beaumont y L. Walker, *Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention, A Commitment to Private International Law Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2013; y P. Beaumont *et al.*, *Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 64, N° 1, 2015.

2. Objetivos y alcance de esta Guía

i. Promover la coherencia

15. Teniendo en cuenta el contexto explicado más arriba, el objetivo de esta Guía es promover una mayor coherencia en la aplicación e interpretación del artículo 13(1)(b), en consonancia con las disposiciones y los objetivos del Convenio de 1980, sin perder de vista herramientas interpretativas reconocidas, como las Conclusiones y Recomendaciones de reuniones anteriores de la Comisión Especial, el Informe Explicativo y las Guías de Buenas Prácticas del Convenio anteriormente¹⁷. Para lograr este objetivo, la Guía ofrece información y orientaciones sobre este artículo, en particular porque precisa buenas prácticas de una variedad de Estados y territorios, muchas de las cuales fueron comunicadas por los miembros del Grupo de Trabajo al que se encomendó la redacción de esta Guía¹⁸.

ii. Carácter no específico y no vinculante de las buenas prácticas

16. Si bien aporta soluciones para cuestiones interpretativas desde una perspectiva general, la Guía **no pretende** imponer una interpretación del artículo 13(1)(b) para casos concretos. Esto corresponde “exclusivamente a la autoridad competente para decidir acerca de la restitución¹⁹”, teniendo en cuenta los hechos específicos de cada caso. Es bien sabido que en los casos en que se aplica el Convenio de 1980, los hechos revisten una gran importancia, lo cual no deben perder de vista autoridades competentes y otros interesados cuando consultan esta Guía.

17. Asimismo, cabe destacar que esta Guía no debe considerarse vinculante para los Estados contratantes del Convenio de 1980, ni de otro Convenio de La Haya, ni para sus autoridades judiciales u otras. Las buenas prácticas descritas en esta Guía son de carácter meramente orientativo, y deben someterse a las leyes y procedimientos nacionales, incluidas las diferencias derivadas de la tradición jurídica. Además, la Guía no pretende describir la postura jurídica de cada uno de los Estados contratantes, y en su mayoría las referencias a jurisprudencia y derecho comparado se encuentran en las notas de pie de página²⁰.

18. Se alienta a todos los Estados contratantes a examinar sus prácticas de aplicación del artículo 13(1)(b) y, si se estimara oportuna, a mejorarlas en la medida de lo posible.

iii. Destinatarios de la Guía: autoridades judiciales y otras autoridades competentes, Autoridades Centrales y otros actores del sistema

19. La información que contiene esta Guía pretende asistir a jueces y otras autoridades competentes ante las que se presentan solicitudes de restitución, a valorar si se configura la

¹⁷ Véase, por ejemplo, la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación (ob. cit. nota 7), sección 8. Véanse también las otras tres guías de buenas prácticas, disponibles en < www.hcch.net > en “Publicaciones”: la *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, primera parte – Práctica de las Autoridades Centrales* (Jordan Publishing, 2003) (en adelante, la “Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales”); la *Guía de Buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, tercera parte – Medidas de Prevención* (Jordan Publishing, 2005) (en adelante, la “Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Prevención”); y la *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, cuarta parte – Ejecución* (Jordan Publishing, 2010) (en adelante la “Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución”).

¹⁸ Véase más abajo la nota 24.

¹⁹ “Informe de la segunda parte de la sexta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños (25 a 31 de enero de 2012)” (en adelante, “Informe de la segunda parte de la sexta reunión de la Comisión Especial”).

²⁰ Esta información se incluye a título ilustrativo, y se remite a las autoridades competentes y otros interesados a consultar la jurisprudencia de su país e INCADAT (véase la Parte II.2 más abajo) para más información y actualizaciones en cuanto a cómo las autoridades competentes encaran diversas cuestiones relacionadas con el art. 13(1)(b).

excepción de grave riesgo cuando esta es invocada, en virtud de su calidad de autoridad competente que debe decidir sobre el fondo del asunto²¹.

20. La Guía también contiene información sobre el rol de las Autoridades Centrales designadas en virtud del Convenio²². Precisa buenas prácticas que deberían asistir al personal de las Autoridades Centrales en la tramitación de las solicitudes entrantes y salientes de los casos en que se opone la excepción del artículo 13(1)(b) y en que es considerada pertinente por las autoridades competentes, por lo que contribuye a dotar de mayor eficacia y celeridad a los procedimientos.

21. Por último, esta Guía puede servir para informar a otras autoridades y personas que intervienen en casos de sustracción de niños, p. ej.: trabajadores de servicios sociales para la infancia, psicólogos de niños y otros expertos, así como también profesionales del ámbito privado. Entre otras cosas, la Guía puede servir para lograr un mejor entendimiento de cómo los tribunales y otras autoridades competentes tramitan los casos en los que se invoca el artículo 13(1)(b).

iv. Complementariedad de los Convenios de 1980 y de 1996

22. Si bien la Guía se centra en el artículo 13(1)(b), también analiza otras disposiciones del Convenio de 1980 y otros instrumentos internacionales en la medida en que pueden tener algún efecto en la aplicación de este artículo. En particular, si el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de Niños* está en vigor entre los Estados, puede facilitar la restitución segura del niño cuando se ha opuesto la excepción de grave riesgo²³.

v. Reconocimiento

23. La Oficina Permanente desea expresar su agradecimiento a los expertos que contribuyeron sus conocimientos a esta Guía. En especial se agradece a los miembros del Grupo de Trabajo que se encargó de su redacción, integrado por jueces, funcionarios de gobierno (en particular, personal de Autoridades Centrales), expertos del ámbito universitario y de distintas disciplinas y profesionales del derecho del ámbito privado de distintos Estados y territorios²⁴.

²¹ El Convenio prevé que los procedimientos relativos a la restitución del menor se lleven a cabo en el Estado al que el menor ha sido trasladado o en el que es retenido (el "Estado requerido"). En la gran mayoría de los Estados contratantes del Convenio de 1980, la tramitación de los casos de restitución en virtud del Convenio corresponde al poder judicial; y únicamente en unos pocos Estados se atribuye a una autoridad administrativa (p. ej.: en Armenia y en la ex República Yugoslava de Macedonia). Se brinda información de utilidad sobre el proceso en los Perfiles de País cumplimentados por los Estados contratantes, disponibles en < www.hcch.net >, en la "Sección Sustracción de Niños", luego "Perfiles de País", luego "Respuestas". Véase además el Informe de la Parte II de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 19), párr. 49.

²² Véase el art. 6 del Convenio de 1980.

²³ Véase más abajo el párr. 147 y sigs. sobre las medidas de protección en virtud del art. 11 del Convenio de 1996.

²⁴ Jueces: la Honorable Diana Bryant (Australia), Presidente, la Dra. María Lilián Bendahan Silvera (Uruguay), el Mag. Oscar Gregorio Cervera Rivero (México), el Honorable Jacques Chamberland (Canadá), la Honorable Bebe Pui Ying Chu (China, RAE de Hong Kong), la Honorable Martina Erb-Klünemann (Alemania), el Sr. Juez Yetkin Ergün (Turquía), el Honorable Francisco Javier Forcada Miranda (España), la Honorable Ramona A. Gonzalez (Estados Unidos de América), la Muy Honorable Lady Hale (Reino Unido), la Sra. Jueza Torunn E. Kvisberg (Noruega), la Sra. Annette C. Olland (Países Bajos), la Sra. Jueza Belinda Van Heerden (retirada) (Sudáfrica), el Sr. Hironori Wanami (Japón). Funcionarios de gobierno: la Sra. Aline Albuquerque (Brasil), el Sr. Hatice Seval Arslan (Turquía); el Dr. Frauke Bachler (Alemania), la Sra. Gonca Gülfem Bozdog (Turquía), la Sra. Natália Camba Martins (Brasil), la Sra. Marie-Alice Esterhazy (Francia), la Sra. Victoria Granillo Ocampo (Argentina), el Sr. Christian Höhn (Alemania), la Sra. Leslie Kaufman (Israel), el Sr. Francisco George Lima Beserra (Brasil), la Sra. Jocelyne Palenne (Francia), la Sra. Marie Riendeau (Canadá), la Sra. Andrea Schulz (Alemania), la Sra. Petunia Itumeleng Seabi-Mathope (Sudáfrica), el Sr. Agris Skudra (Letonia), el Sr. Daniel Trecca (Uruguay), la Sra. Kumiko Tsukada (Japón), el Sr. Yuta Yamasaki (Japón), el Sr. Juan Francisco Zarricueta Baeza (Chile). Expertos del ámbito universitario, de distintas disciplinas, y profesionales del derecho del ámbito privado: el Prof. Nicholas Bala (Canadá), el Sr. Stephen J. Cullen (Estados Unidos de América), la Sra. Mikiko Otani (Japón), la Dra. Heidi Simoni (Suiza), la Sra. Zenobia Du Toit (Sudáfrica).

3. Cómo utilizar esta Guía

La presente Guía no fue concebida para leerse de principio a fin. Algunas partes están dirigidas a autoridades específicas, y ciertas cuestiones que pueden ser relevantes para un caso en particular pero no para otros son presentadas en las distintas secciones bajo los títulos pertinentes. La breve presentación que figura a continuación procura orientar a los usuarios acerca de los contenidos de esta Guía.

1. La **introducción** presenta el contexto que impulsó la Guía, sus **objetivos y alcance**, y una importante **nota aclaratoria en cuanto a su carácter**.
2. Para las autoridades **judiciales o administrativas** (“**autoridades competentes**”) ante las que tramita un procedimiento de restitución:

Parte I: Contexto interpretativo

 - a. Presenta al artículo 13(1)(b) en el marco del Convenio de 1980 (sección 1)
 - b. Expone los principales principios interpretativos del artículo 13(1)(b) (sección 2)
 - c. Menciona dos instrumentos regionales relacionados en Europa y América Latina (sección 3)

Parte II: La parte central de la Guía para las autoridades competentes presenta cuestiones prácticas y maneras de abordar los procedimientos que versan sobre el artículo 13(1)(b)

 - a. La sección 1 presenta una descripción general de buenas prácticas en relación a la aplicación del artículo 13(1)(b)
 - b. La sección 2 describe INCADAT, la base de datos de jurisprudencia mundial
 - c. La sección 3 expone los principios que deben aplicarse en los procedimientos que versan sobre el artículo 13(1)(b), en especial su alcance limitado, y la necesidad de celeridad y de optimizar la gestión de los casos
 - d. La sección 4 señala dos maneras de encarar el análisis de la excepción de grave riesgo
 - e. Las secciones 5 y 6 tratan sobre las comunicaciones judiciales directas y la asistencia de las Autoridades Centrales
 - f. La sección 7 trata sobre “restitución segura” y medidas de protección
 - g. La sección 8 trata sobre prueba e información, incluida la prueba pericial, en su caso
 - h. La sección 9 trata de la participación del niño en el procedimiento de restitución
 - i. La sección 10 trata sobre mediación
 - j. La sección 11 analiza otras cuestiones prácticas de los procedimientos de restitución

Parte IV: Casos y hechos más frecuentes

Expone configuraciones usuales de los hechos en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b) y soluciones eficaces posibles a las cuestiones planteadas
3. Los **Anexos** a la Guía contienen información adicional sobre, a saber: **restitución segura** del niño y, en su caso, el padre que lo acompaña (Anexo 2); **violencia doméstica** (Anexo 3); información sobre el derecho del niño a ser oído, contemplado en la **CDN** (Anexo 4); y los **Principios sobre comunicaciones judiciales directas** (Anexo 5).
4. Para las **Autoridades Centrales**, la **parte III** expone maneras en que las Autoridades Centrales pueden asistir en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b).
5. La **parte V** de la Guía ofrece sugerencias para elaborar **nuevos recursos y capacitaciones** sobre el funcionamiento del Convenio de 1980 y sobre la gestión de los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b).

Encontrará más información, herramientas interpretativas y el texto del Convenio de 1980 en el sitio www.hcch.net, en la sección “Sustracción de Niños”.

Para ver jurisprudencia de todo el mundo sobre la aplicación del Convenio de 1980, vaya al sitio de INCADAT: www.incadat.com.

4. Discusión sobre el artículo 13(1)(b) en las reuniones de la Comisión Especial para examinar el funcionamiento del Convenio de 1980

24. El artículo 13(1)(b) ha sido tema de discusión en las reuniones de la Comisión Especial para examinar el funcionamiento del Convenio de 1980.

25. En 1997, los expertos en la Tercera Reunión de la Comisión Especial para examinar el funcionamiento del Convenio de 1980 señalaron que el artículo 13(1)(b) “es una disposición muy delicada”. Destacaron la necesidad de interpretar al artículo de manera restrictiva, dado que su aplicación errada podría privar de eficacia al Convenio”, y resaltaron que “los tribunales de la residencia habitual del niño son los que en mejores condiciones se hallan para resolver sobre la custodia y cuestiones relacionadas”. Algunos expertos afirmaron, sin embargo, que “los tribunales deberían prestar mayor atención a los peligros que el niño puede enfrentar tras su restitución”. No obstante, se puso de resalto que “los tribunales no deberían comenzar un estudio social pormenorizado en base una alegación de que el niño sufriría daños en caso de ser restituido, ya que con procedimientos de esta índole se corre el riesgo de que deriven en una decisión sobre el fondo del asunto”²⁵.

26. En 2001, los expertos de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial señalaron que la excepción del artículo 13(1)(b) “ha sido interpretada generalmente de forma restrictiva por los tribunales de los Estados contratantes”, dado que según las estadísticas, un número relativamente reducido de solicitudes de restitución fueron denegadas en razón de esta excepción. Se concluyó que “la interpretación restrictiva de esta excepción permite respetar los objetivos del Convenio, como lo corrobora el Informe explicativo [...]”²⁶. Esta conclusión fue reafirmada en la Quinta Reunión de la Comisión Especial en 2006²⁷.

27. En 2011, en la primera parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial, las discusiones sobre la excepción de grave riesgo se centraron en parte en las denuncias de violencia doméstica y los procedimientos de restitución que, según algunos expertos, se habían vuelto más comunes porque hoy en día las madres son quienes sustraen al niño con más frecuencia²⁸. Se resaltó además que “un gran número de Estados estaban tratando a las cuestiones de violencia doméstica y violencia familiar como asuntos prioritarios, entre otras cosas, por medio de iniciativas de concienciación y capacitación”. Se arribó a la conclusión de que “[...] las denuncias de violencia doméstica y el posible riesgo para el menor deberían ser examinadas de manera apropiada y rápida a los efectos de la excepción de grave riesgo”²⁹.

²⁵ Véase el “Informe de la Tercera Reunión de la Comisión Especial para examinar el funcionamiento del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (17 a 21 de marzo de 1997)”, disponible en < www.hcch.net >, en la Sección Sustracción de Niños, luego “Reuniones de la Comisión Especial” y “Reuniones anteriores de la Comisión Especial”, pregunta 27, párr. 58.

²⁶ “Conclusiones y recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial para examinar el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (22 a 28 de marzo de 2001)” (en adelante “Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial”), párr. 4.3, disponible en < www.hcch.net > (ruta indicada ibíd.).

²⁷ “Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial para examinar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (30 de octubre a 9 de noviembre de 2006), párr. 1.4.2, disponible en < www.hcch.net > (ruta indicada en la nota 25).

²⁸ Véase el “Informe de la primera parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños (1 a 10 de junio de 2011)” (en adelante el “Informe de la primera parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial”), párr. 92 y sigs. Véase también *Domestic and family violence and the Article 13 ‘grave risk exception’ in the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: a reflection paper*, elaborado por la Oficina Permanente, Prel. Doc. N° 9 de mayo de 2011. Ambos documentos se encuentran en < www.hcch.net > (ruta indicada en la nota 25).

²⁹ Véase “Conclusiones y Recomendaciones de la Sexta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños” (en adelante, “Conclusiones y Recomendaciones de la Sexta Reunión de la Comisión Especial”), disponible en < www.hcch.net > (ruta indicada en la nota 25), párrs. 35 y 36.

28. Las discusiones sobre violencia doméstica en los procedimientos de restitución continuaron en la segunda parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial en 2012, cuando se llegó a la conclusión de que “la valoración de la prueba y la resolución sobre la excepción de grave riesgo de daño (art. 13(1)(b)), así como de las denuncias de violencia doméstica, corresponden exclusivamente a las autoridades competentes que deciden sobre la restitución, que deben tener en cuenta el objetivo del Convenio de 1980 de lograr la restitución inmediata y segura del niño”³⁰. Los expertos sugirieron que deberían emprenderse más actividades para promover una interpretación uniforme del artículo 13(1)(b) y algunos señalaron que conseguir una interpretación uniforme de esta excepción era importante para velar por la seguridad del niño³¹.

29. La mayoría de los expertos consideró que los trabajos futuros que se realicen no deberían restringirse únicamente a las denuncias de violencia doméstica y familiar en el contexto del artículo 13(1)(b), sino que deberían cubrir una variedad de situaciones que pueden suscitar la invocación de un “grave riesgo de daño”. Varios expertos explicaron que restringir el examen del artículo 13(1)(b) a la violencia doméstica podría derivar en la aplicación de un criterio diferente para los casos en que se alega la existencia de violencia doméstica³². En consecuencia, debería destacarse desde el principio que, si bien puede que la Guía contenga una explicación más extensa de las denuncias de violencia doméstica que de otros factores de grave riesgo de daño (en virtud de las razones mencionadas más arriba), las denuncias de violencia doméstica deben ser sopesadas de acuerdo al mismo criterio que las demás causales susceptibles de configurar la excepción del artículo 13(1)(b), y deben regirse por las mismas reglas de la carga de la prueba.

30. Tras estas discusiones, los expertos recomendaron “que se realice trabajo adicional para promover una interpretación y aplicación uniforme del artículo 13(1)(b), incluidas, por ejemplo, las denuncias de violencia familiar y doméstica” y que “el Consejo de Asuntos Generales y Política autorice la constitución de un grupo de trabajo integrado por jueces, expertos de Autoridades Centrales y de distintas disciplinas, para redactar una guía de buenas prácticas sobre la interpretación y aplicación del artículo 13(1)(b), con una parte específicamente destinada a orientar a las autoridades judiciales, teniendo en cuenta las Conclusiones y Recomendaciones de reuniones anteriores de la Comisión Especial como las Guías de Buenas Prácticas”³³.

31. En respuesta a estas recomendaciones, en la reunión del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya se decidió “establecer un grupo de trabajo, integrado por una amplia variedad de expertos, por ejemplo, jueces, expertos de Autoridades Centrales y de distintas disciplinas, para redactar una guía de buenas prácticas sobre la interpretación y aplicación del artículo 13(1)(b) del Convenio de 1980 sobre Sustracción de Menores, con una parte específicamente destinada a orientar a las autoridades judiciales”³⁴. Esta decisión constituye el mandato para la elaboración de la presente Guía.

³⁰ *Ibid.*, párr. 80.

³¹ Véase el Informe de la Parte II de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 19), párr. 43 y sigs.

³² *Ibid.*, párr. 50.

³³ Véase Conclusiones y Recomendaciones de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 29), párrs. 81 a 82.

³⁴ Véase el párr. 6 de Conclusiones y Recomendaciones de la reunión del Consejo de Asuntos Generales y Política de 2012, disponible en < www.hcch.net >, “Gobernanza”, luego “Consejo de Asuntos Generales y Política”.

PARTE I: Contexto interpretativo

1. El artículo 13(1)(b) en el sistema normativo del Convenio de 1980

1. Objetivos y principios que rigen el Convenio de 1980 y la CDN

32. El Convenio de 1980 se basa en el principio de que el interés del niño debe la consideración de mayor importancia en asuntos relativos a su custodia, tal como se establece el en Preámbulo del Convenio. A partir de esta convicción, el Convenio fue elaborado para proteger al niño, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos en un Estado extranjero, y para establecer procedimientos que permitan garantizar su restitución inmediata al Estado de residencia habitual y garantizar la protección del derecho de visita³⁵.

33. Los dos objetivos principales expresados en el Convenio son:

- garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en un Estado contratante;
- velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes sean respetados en los demás Estados contratantes³⁶.

34. Para la consecución de estos objetivos, el Convenio establece un sistema de cooperación estrecha entre las autoridades administrativas y judiciales de los Estados contratantes³⁷ y exige que los Estados contratantes utilicen los procedimientos más expeditivos previstos en su derecho interno³⁸.

35. Las disposiciones del Convenio reflejan la presunción fundamental de que el traslado o retención ilícitos del menor son generalmente perjudiciales para su bienestar³⁹ y de que, en la mayoría de los casos, se atenderá al interés superior del menor si se lo restituye al Estado de su residencia habitual, donde deberían resolverse las cuestiones atinentes a la custodia o derechos de visita, por ejemplo el derecho de un padre a instalarse con el niño en otro Estado⁴⁰. La restitución inmediata del niño también responde a la voluntad de restablecer una situación modificada unilateralmente por el padre que lo sustrajo (es decir, restablecer el statu quo ante)⁴¹.

36. El Convenio de 1980 promueve disposiciones importantes de la CDN relativas a los derechos del niño, en especial los artículo 9(3) y 10(2) que establecen el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, y el artículo 11, que pretende luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. El Convenio de 1980 también da efecto al artículo 35 de la CDN, que tiene por objetivo, entre otras cosas, prevenir la sustracción de niños.

³⁵ Véase el Preámbulo del Convenio de 1980.

³⁶ Véase el art. 1.

³⁷ Véase el Informe Explicativo (ob. cit. nota 8), párr. 35 y sigs.

³⁸ Véase el art. 2. Para más información sobre el uso de procedimientos expeditivos, véase más abajo el párr. 91 y sigs.

³⁹ La afirmación de que la sustracción internacional de niños tiene efectos perjudiciales para su bienestar ha sido confirmada en varios estudios, p. ej.: M. Freeman, *International Child Abduction: the Effects*, Reunite International Child Abduction Centre, 2006 and *Parental Child Abduction: The Long-Term Effects*, International Centre for Family Law, Policy and Practice, 2014; G.L. Greif, *The long-term aftermath of child abduction: Two case studies and implications for family therapy*, American Journal of Family Therapy, vol. 37, 2009, pp. 273–286.

⁴⁰ Véase el Informe Explicativo (ob. cit. nota 8), párrs. 20-26. En el párr. 24 se postula que la filosofía del Convenio podría definirse como sigue: “la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona.”

⁴¹ Véase el Informe Explicativo (ibíd.), párr. 17.

ii. Obligación de garantizar la restitución inmediata del menor: artículo 12

37. El artículo 12 establece la obligación de garantizar la restitución inmediata del menor. Dispone que la autoridad competente del Estado al que el menor ha sido trasladado o en el que se encuentra retenido ilícitamente tiene la obligación de ordenar la restitución inmediata del menor si, a la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad competente requerida, ha transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o la retención ilícitos⁴². La autoridad competente también tiene la obligación de ordenar la restitución, aun en el caso de que se hubiere iniciado el procedimiento después de un año, salvo que se demuestre que el menor se ha integrado a su nuevo entorno⁴³.

38. En consonancia con el objetivo del Convenio de velar por la *pronta* restitución del menor⁴⁴, el artículo 12(a) obliga a la autoridad competente en el Estado requerido a ordenar la restitución “inmediata” del menor⁴⁵. Esta obligación se ve reforzada por el artículo 11, que exige que las autoridades judiciales y administrativas actúen con urgencia en la restitución del niño. Establece asimismo que, si no se ha dictado una decisión luego de seis semanas desde el inicio del procedimiento, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido (por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente) tiene derecho a solicitar una declaración sobre las razones de la demora⁴⁶.

39. Si bien el preámbulo del Convenio hace referencia a la restitución al “Estado de residencia habitual”, esta referencia no figura en el artículo 12 ni en ningún otro artículo del Convenio. Esta omisión es deliberada y permite que en algunos casos la autoridad competente ordene la restitución del menor a un lugar distinto del Estado de residencia habitual antes del traslado o la retención ilícitos, por ejemplo, si el solicitante ya no reside en ese Estado⁴⁷.

40. El Convenio no precisa *a quien* debe ser restituido el menor. En particular, no establece que la restitución deba ser al *padre privado del menor*. Esta flexibilidad refleja el principio de que la cuestión del cuidado del menor tras la restitución debe ser determinada por la autoridad competente del Estado de residencia habitual con arreglo a la ley que rija los derechos de custodia, así como toda otra orden que pueda aplicarse entre los padres u otras personas interesadas.

41. La obligación de velar por la restitución inmediata del menor se ve reforzada por el artículo 18, que establece que las disposiciones del Capítulo III del Convenio (“Restitución del menor”, arts. 8 a 20)) no limitan las facultades de las autoridades judiciales o administrativas para ordenar la restitución del menor en cualquier momento. Este artículo autoriza al tribunal ante el que tramita el procedimiento a ordenar la restitución del menor fundándose en otras disposiciones más favorables a alcanzar este objetivo⁴⁸.

⁴² Véase el art. 12(1). Para más información sobre el art. 12, véase el Informe Explicativo (ibíd.), párr. 106 y sigs.

⁴³ Véase el art. 12(2). Si bien el primer párrafo del art. 12 establece las situaciones en que las autoridades del Estado requerido están obligadas a ordenar la restitución del niño, el segundo párrafo prevé una excepción a esta obligación. Reconoce que en algunos casos en los que ha transcurrido un período de tiempo largo y el niño se ha adaptado al Estado requerido, la restitución al Estado de residencia habitual y el restablecimiento del *statu quo* no tendería al objetivo de proteger el interés superior del menor, sino que le provocaría más sufrimiento. Para más información véase, p. ej., R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention – A critical analysis*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, p. 225 y sigs.

⁴⁴ Véase el Preámbulo y el art. 1(a). La importancia de velar por una pronta restitución del menor se menciona también en el art. 7(1).

⁴⁵ A diferencia del art. 12(1), el art. 12(2) habla de “restitución” a secas y no “restitución inmediata”, teniendo en cuenta que en las circunstancias en las que se aplica esta disposición, la restitución del menor ocurriría más de un año después del traslado o la retención ilícitos; véase el Informe Explicativo, ob. cit. nota 8), párr. 109.

⁴⁶ Véase a este respecto el párr. 96 más abajo.

⁴⁷ Véase el Informe Explicativo (ob. cit. nota 8), párr. 110.

⁴⁸ Véase ibíd., párrs. 106 y 112.

iii. Excepciones a la obligación de velar por la restitución inmediata del menor

42. En los artículos 12 (tratado más arriba), 13 y 20, el Convenio establece un número limitado de excepciones o “defensas” que pueden oponerse a la restitución. Si se prueban satisfactoriamente, la autoridad competente del Estado requerido no tendrá la obligación de ordenar la restitución del menor⁴⁹.

Otras excepciones a la restitución

1. Artículo 12

- Si han transcurrido 12 meses desde el inicio del procedimiento de restitución y se demuestra que el niño se ha integrado a su nuevo entorno, el tribunal puede denegar la restitución del menor.

2. Artículo 13(1)(a)

- Si se establece que el padre privado del menor en realidad no ejercía sus derechos de custodia al momento del traslado o la retención, el tribunal no estará obligado a ordenar la restitución del menor.
- De manera similar, si se establece que el padre privado del menor consintió, antes o posteriormente, al traslado o la retención, el tribunal no estará obligado a ordenar la restitución del menor.

3. Artículo 13(2)

- El tribunal puede denegar la restitución del menor si constata que el niño se opone a ser restituido y ha alcanzado una edad y un grado de madurez según los que corresponde tener en cuenta su opinión.

4. Artículo 20

- Puede denegarse la restitución del niño si ordenarla implicara una violación de los principios fundamentales relativos a la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales del Estado requerido.

43. Por medio de las excepciones enunciadas, el Convenio reconoce que el traslado o la retención ilícitos de un menor pueden estar justificados por razones objetivas relacionadas con su persona o con el entorno que le es más próximo o al que se solicita su restitución⁵⁰. En consecuencia, la presunción general de que la restitución inmediata atiende al interés del menor puede ser rebatida según las circunstancias del caso.

44. El Informe Explicativo establece que las excepciones “deben ser aplicadas como tales”, esto es “de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado”⁵¹. Advierte además que “una invocación sistemática de las [...] excepciones, al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado”⁵².

45. Con respecto a la excepción del artículo 13(1)(b), otro riesgo que se corre es que el tribunal aplique la excepción de manera que el procedimiento sobre la restitución se convierta

⁴⁹ Véase *supra* la nota 10 (cita del Doc. Prel. N° 8 A, párr. 17 y párr. 100 y sigs.), que describe las últimas estadísticas globales que analizan las razones invocadas en las decisiones judiciales con respecto a las distintas excepciones. Para una lectura acerca de la relación entre las distintas excepciones, véase *infra* el párr. 48 y sigs.

⁵⁰ Véase el Informe Explicativo (ob. cit. nota 8), párr. 25.

⁵¹ Véase al respecto el párr. 4.3 de las Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 26), reiterado en las Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 27) disponible en el sitio < www.hcch.net > (ruta indicada en la nota 25).

⁵² Véase *ibíd.*, párr. 34. Durante la redacción, un número considerable de delegados reconocían que si las excepciones eran muy amplias, o si se les daba una interpretación muy amplia, podían socavar los objetivos del Convenio. P. ej., la delegación de Alemania afirmó lo siguiente: “Cuanto más amplia e indefinida sea la letra de la disposición, más amplio será el margen que tendrá el ‘sustractor’ para evitar la restitución del niño. Para que el ‘funcionamiento’ sea eficaz, las excepciones deberían ser lo más restringidas posible y solo se deberían prever para situaciones que en verdad lo ameriten.” Véase Actas y Documentos de la Catorceava Sesión (*Proceedings of the Fourteenth Session*), tomo III, Sustracción de Menores (*Child Abduction*) (ob. cit. nota 8), p. 216.

en un procedimiento contradictorio sobre el fondo del asunto de la custodia del menor⁵³. El tribunal debe evitar atribuirse competencia que le permita tratar cuestiones que corresponde sean decididas en el Estado de residencia habitual⁵⁴.

46. Como se señala en el Informe Explicativo, si bien una aplicación demasiado amplia de las excepciones socavaría el objetivo del Convenio, lo mismo ocurriría si se aplicaran de manera demasiado restrictiva. En los artículos 13 y 20 del Convenio se reconoce que puede haber casos en que la restitución sería tan perjudicial para el niño que resultaría contraria a lo que persigue el Convenio. Una aplicación restrictiva no debería significar que no deban aplicarse en absoluto⁵⁵. Es inevitable que en algunos casos la resolución apropiada sería denegar la restitución del menor.

47. Cabe destacar, asimismo, que si bien los procedimientos de restitución deben estar dotados de celeridad, el mecanismo de restitución previsto en el Convenio de 1980 no se aplica de forma automática. Si se comprueba la existencia de un grave riesgo conforme al artículo 13(1)(b) y no se prevén medidas de protección adecuadas, el juez puede decidir denegar la restitución del menor. Esta disposición es el resultado de concesiones recíprocas delicadas a las que llegaron quienes redactaron el Convenio.

iv. Relación entre el artículo 13(1)(b), las otras excepciones a la restitución y otros elementos del caso

48. Las excepciones previstas en los artículos 12, 13 y 20 se aplican con discreción, por lo que los tribunales las analizan por separado si el padre sustractor u otro organismo que se opone a la restitución del menor interpone más de una excepción⁵⁶.

49. En cambio, la excepción establecida en el artículo 13(2), relativa a la oposición del menor a regresar, a veces conduce a la consideración de la excepción de grave riesgo. Por ejemplo, el mayor de un grupo de hermanos puede oponerse a ser restituido con arreglo al artículo 13(2) y el tribunal puede ejercer sus facultades discrecionales para denegar la restitución de ese niño por estimar que ha alcanzado una edad y un nivel de madurez a los que corresponde tener en cuenta su opinión. Puede argumentarse que si el hermano mayor no regresa, el hermano menor (que no se opone a la restitución o que no ha alcanzado una edad y nivel de madurez suficientes como para que su opinión sea tenida en cuenta), de ser restituido, sería puesto en una "situación intolerable" conforme al artículo 13(1)(b) como resultado de la separación de su hermano mayor⁵⁷.

50. Asimismo, en trabajos de investigación y decisiones judiciales se ha señalado que la dinámica de violencia doméstica o familiar puede ser relevante para la cuestión de la residencia habitual (arts. 3 y 4) cuando, por ejemplo, los miembros de la familia son forzados o inducidos a mudarse⁵⁸.

⁵³ Véanse, p. ej., las intervenciones de los Estados Unidos de América durante el proceso de redacción en las que afirmaron, entre otras cosas, que "las excepciones amplias llevarán a que los procedimientos de restitución se conviertan en procedimientos contradictorios sobre el fondo de la cuestión de la custodia. Ningún abogado del sustractor dejará de oponer una o más excepciones"; véase Actas y Documentos de la Catorceava Sesión (*Proceedings of the Fourteenth Session*), tomo III, Sustracción de Menores (*Child Abduction*) (ibíd.), pp. 242 y 301.

⁵⁴ Afirmación de la delegación de Irlanda durante el proceso de redacción, véase ibíd., p. 302.

⁵⁵ Véase al respecto, p. ej., la decisión de la Cámara de los Lores, Reino Unido, *Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2006] UKHL 51 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 880], párr. 51.

⁵⁶ Para información sobre el art. 20, véase, p. ej., el Informe Explicativo (ob. cit. nota 8), párrs 31 a 33 y el párr. 118. Véase también P.R. Beaumont y P.E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, 1999, pp. 172 y sigs. En el asunto *Re K. (Abduction: Psychological harm)* [1995] 2 FLR 550 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 96], el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (*Court of Appeal of England and Wales*) señaló que hay oposición en cuanto a adoptar una interpretación del art. 20 que pudiera neutralizar o alterar sustancialmente el ámbito de aplicación de los demás artículos y, en particular, del art. 13(1)(b).

⁵⁷ Véase más abajo el párr. 279 y sigs. en relación a la separación del niño de su(s) hermano(s) en caso de ser restituido.

⁵⁸ Véase, por ejemplo, el estudio de Lindhorst & Edleson en el que, en el 40% de los casos, el padre sustractor afirmó que el traslado a otro Estado del que posteriormente partieron fue producto de acciones coercitivas, amenazas y disimulación, T. Lindhorst y J.L. Edleson, *Battered Women, Their Children, and International Law*, Boston, Northeastern University Press, 2012, pp. 58-63. Véase también la siguiente jurisprudencia en la que los

2. Ámbito de aplicación del artículo 13(1)(b)

51. Conforme al artículo 13(1)(b), la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a la restitución, comprueba que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable". La excepción de grave riesgo se deriva de la valoración del interés de cada menor, teniendo en cuenta "el interés primario de toda persona de no ser expuesta a un peligro grave físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable"⁵⁹.

i. El niño, consideración principal del artículo 13(1)(b)

52. La letra del artículo 13(1)(b) ("de que la restitución del menor lo exponga") deja en claro que la cuestión es determinar si la restitución del menor expondría *al menor* a un grave riesgo, y no si la restitución pondría en riesgo la seguridad de otra parte. En consecuencia, la situación del menor debe constituir la consideración principal de la investigación.

53. Sin embargo, a los efectos del artículo 13(1)(b), sí tiene relevancia la situación crítica en la que se encuentre, por ejemplo, el padre sustractor, en la medida en que su situación puede afectar al niño. Si se probara la existencia de una situación de grave riesgo de daño para el padre sustractor en caso de regresar con el niño al Estado de residencia habitual, que no pudiera resolverse de manera adecuada con la adopción de medidas de protección en ese Estado, y que, si acaeciera, expondría *al menor* a un riesgo grave conforme al artículo 13(1)(b), se podría estimar configurada la excepción de grave riesgo⁶⁰.

ii. El aspecto "prospectivo" del artículo 13(1)(b)

54. Las palabras utilizadas en el artículo 13(1)(b) ("grave riesgo de que la restitución del menor") también son indicativas de que la excepción es de carácter prospectivo, ya que centra la atención en la situación *del menor tras su restitución* y en si las circunstancias lo expondrían a un riesgo grave.

55. Por ende, el examen de la excepción de grave riesgo no puede limitarse o focalizarse principalmente en las circunstancias anteriores o vigentes al momento del traslado o retención ilícitos. Por el contrario, requiere mirar al futuro, esto es, la situación que el menor tendría si fuera restituido inmediatamente. Este examen comprendería también, si se estimara necesario, tener en cuenta si habría o podría haber medidas de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual para garantizar la restitución segura del niño y, en su caso, del padre que lo acompaña a ese Estado⁶¹.

56. En relación al examen de si existen medidas de protección adecuadas y eficaces, cabe mencionar dos criterios diferentes⁶². Algunos tribunales evalúan si existían medidas de protección adecuadas y eficaces antes o al momento de evaluar si el padre sustractor ha comprobado la existencia de un riesgo grave de que su regreso expondría al menor a daño físico o psíquico, o lo colocaría en una situación intolerable⁶³. Otros tribunales examinan las

tribunales pronunciaron que no se había establecido la residencia habitual de los niños en razón del carácter forzado de la mudanza: Tribunal Federal de Distrito del Distrito Este de Washington (*United States District Court for the Eastern District of Washington*) en *Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos*, 176 F. Supp.2d 1045 (E.D. Wash. 2001) [Referencia en INCADAT: HC/E/USf 482]; Tribunal Federal de Distrito del Distrito de Utah (*United States District Court for the District of Utah, Central Division*) en *In re Ponath*, 829 F. Supp. 363 (D. Utah 1993) [Referencia en INCADAT: HC/E/USf 144]; Tribunal Federal de Distrito del Distrito Sur de Ohio (*United States District Court for the Southern District of Ohio, Western Division*) en *Ostevoll v. Ostevoll*, 2000 WL 1611123 (S.D. Ohio 2000) [Referencia en INCADAT: HC/E/USf 1145].

⁵⁹ Véase el Informe Explicativo (ob. cit. nota 8), párr. 29. Véase también *supra* el párr. 43.

⁶⁰ Véase la Parte II, sección 7(iii) de esta Guía. Véanse también los escenarios presentados en la Parte IV de esta Guía, así como el anexo 3.

⁶¹ Véase *infra* el párr. 137 y sigs. sobre las medidas de protección en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b).

⁶² Véanse a este respecto los "diagramas de procedimiento" *infra*, párr. 107 y sigs.

⁶³ En particular, para los tribunales que aplican el Reglamento Bruselas II bis, evaluar la existencia de medidas de protección adecuadas y eficaces es parte del examen de si se ha comprobado la existencia de un riesgo grave, conforme lo establecido en el art. 11(4) del Reglamento; véase *infra* el párr. 68 y sigs.

medidas de protección en ejercicio de su facultad discrecional conforme al artículo 13(1)(b), luego de establecer la existencia de un riesgo grave⁶⁴. Seguir un criterio o el otro no lleva a un resultado diferente en términos de ordenar la restitución del menor o denegarla, pero sí puede tener efectos procesales, en especial en cuanto a la celeridad del procedimiento.

iii. “Grave riesgo”

57. El término “grave riesgo” pone de manifiesto la intención de los redactores de que la excepción se aplique de manera restrictiva⁶⁵. De hecho, durante la redacción, los reclamos por una aplicación restrictiva llevaron a que la redacción del artículo 13(1)(b) fuera más restrictiva de lo que se había sugerido en un principio. El término utilizado primeramente fue “riesgo considerable”, el que fue remplazado por “grave riesgo”, dado que el calificativo “grave” denota mayor gravedad⁶⁶.

58. Que el riesgo invocado sea considerado “grave” o no depende de los hechos de cada caso. La jurisprudencia pone de manifiesto que, en general, la mayoría de los tribunales de distintas jurisdicciones ha confirmado que el nivel de riesgo requerido para activar la excepción del artículo 13(1)(b) es alto y la ha aplicado de manera restrictiva, en consonancia con las recomendaciones de las reuniones anteriores de la Comisión Especial⁶⁷.

iv. Exposición a daño físico o psíquico, o colocación en una situación intolerable

59. El artículo 13(1)(b) prevé tres siguientes categorías de riesgo:

- un riesgo grave de que la restitución exponga al menor a daño físicos;
- un riesgo grave de que la restitución exponga al menor a daño psíquicos; o
- un riesgo grave de que la restitución ponga al menor, de alguna otra manera, en una situación intolerable.

60. Si bien las tres categorías constituyen excepciones distintas, están interrelacionadas porque el término “de alguna otra manera” indica que el daño físico o psíquico es daño en la medida en que también supone la existencia de una situación intolerable⁶⁸.

61. El calificativo “intolerable” indica que la excepción requiere que el daño físico o psíquico al menor o la situación en la que el niño sería puesto tras su restitución sea de tal magnitud que no se pueda esperar que el niño la tolere⁶⁹.

62. Cada categoría puede interponerse independientemente como excepción a la obligación de restitución inmediata del menor y, por ende, según los hechos de cada caso, las tres categorías han sido invocadas en procedimientos por sí mismas⁷⁰. No obstante, si bien son distintas, estas categorías suelen ser utilizadas en conjunto y los tribunales no siempre las distinguen con claridad en sus sentencias⁷¹.

⁶⁴ Véase *infra* el párr. 66.

⁶⁵ Véanse *supra* los párrs. 44 a 46.

⁶⁶ Véase Actas y Documentos de la Catorceava Sesión (*Proceedings of the Fourteenth Session*), tomo III, *Child Abduction* (Sustracción de Menores) (ob. cit. nota 8), p. 362.

⁶⁷ Véase el debate de las reuniones anteriores de la Comisión Especial presentado en la sección 4 de la introducción *supra* y, p. ej., la sección de análisis de jurisprudencia y jurisprudencia al respecto en INCADAT (ob. cit. nota 6). Véase también, p. ej., R. Schuz (ob. cit. nota 43), p. 273.

⁶⁸ Véanse, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá (*Supreme Court of Canada*), *Thomson v. Thomson* [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290 [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 11] y la del Tribunal Supremo del Reino Unido (*Supreme Court of the United Kingdom*), *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* [2011] UKSC 27, [2012] 1 A.C. 144 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 1068], párr. 34.

⁶⁹ Véase, p. ej., la decisión de la Cámara de los Lores del Reino Unido, *D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2006] UKHL 51 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 880], párr. 52 y la del Tribunal Supremo del Reino Unido (*Supreme Court of the United Kingdom*), *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal) (ibid.)*; véase también OLG Karlsruhe, Alemania, decisión de 16 de diciembre de 2014 – 2 UF 266/14 [aún no consta en INCADAT].

⁷⁰ Para información sobre cómo los tribunales han aplicado las categorías, véase, p. ej., P.R. Beaumont y P.E. McEleavy (ob. cit. nota 56), p. 138 y sigs. y R. Schuz (ob. cit. nota 43), p. 274 y sigs.

⁷¹ Véase, p. ej., M.H. Weiner, *Intolerable Situations and Counsel for Children: Following Switzerland's Example in Hague Abduction Cases*, *American University Law Review*, vol. 58, 2008.

v. Carga de la prueba

63. El parte introductorio del artículo 13(1)(b) prevé que la carga de establecer la existencia de un riesgo grave de que la restitución exponga al menor a daño físico o psíquico, o que de alguna otra forma ponga al niño en una situación intolerable, incumbe a la persona, institución u otro organismo que se opone a la restitución del menor⁷². Por ende, en la práctica en la mayoría de los casos, la carga de la prueba incumbe al padre que sustrajo al menor.

64. A los efectos de, entre otras cosas, compensar la carga de la prueba que recae sobre el padre sustractor u otra persona u organismo que se opone a la restitución, el artículo 13(3) establece que el tribunal ante el que tramita el procedimiento de restitución deberá tener en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor, que es la que está en mejores condiciones de aportar esa información⁷³.

vi. Facultad discrecional de ordenar o denegar la restitución

65. La frase “no está obligada a ordenar la restitución”, de la parte introductorio del artículo 13(1)(b), deja en claro que una vez que se declara probada la excepción, la autoridad judicial o administrativa tiene la facultad discrecional de ordenar o denegar la restitución del menor. En consecuencia, las excepciones previstas en el artículo 13, tras ser probadas, no se aplican de manera automática, por lo que no siempre derivan en la no restitución del menor⁷⁴, por ejemplo, cuando existen garantías concretas y suficientes en el Estado de residencia habitual que atenúan de manera eficaz el riesgo grave.

66. En el contexto de los procedimientos en que se invoca el artículo 13(1)(b), como se menciona más arriba⁷⁵, algunos tribunales consideran que el examen de si existen medidas de protección adecuadas y eficaces es parte del ejercicio de su facultad discrecional, y en consecuencia es algo que se hace después de que el tribunal ha constatado la existencia de un riesgo grave.

3. Aplicación del artículo 13(1)(b) e instrumentos regionales

67. En relación con la aplicación del artículo 13(1)(b), cabe mencionar dos instrumentos regionales conexos de importancia: el Reglamento Bruselas II bis⁷⁶ y la *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores* (en adelante, la “Convención Interamericana”)⁷⁷.

i. Artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis

68. En los casos de sustracción internacional de menores entre Estados miembros de la Unión Europea, a excepción de Dinamarca⁷⁸, se aplica el Convenio de 1980, completado por algunas

⁷² Véase el Informe Explicativo (ob. cit. nota 8), párr. 114 que establece, entre otras cosas, que “al adoptar esta óptica, el Convenio ha pretendido equilibrar la posición de la persona desposeída en relación con el secuestrador que, en principio, ha podido elegir la jurisdicción que le convenía”.

⁷³ Véase el Informe Explicativo (ibid.), párr. 117. Al respecto del art. 13(3), véase más abajo el párr. 163 y sigs.

⁷⁴ Véase, ibid., el párr. 113.

⁷⁵ Véanse *supra* el párr. 56 y los “diagramas de procedimiento”, e *infra* el párr. 107 y sigs.

⁷⁶ *Reglamento del Consejo (CE) n° 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000. En 2016, la Comisión Europea presentó una propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II (COM(2016) 411). El Reglamento y la Propuesta están disponibles en < <http://eur-lex.europa.eu> >. Las referencias al Reglamento Bruselas II bis en esta Guía podrán sufrir modificaciones en virtud del proceso de revisión que se está llevando a cabo de ese instrumento y de las discusiones al respecto.

⁷⁷ La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores está disponible en el sitio web de la Organización de Estados Americanos, < www.oas.org >, en “Documentos”, luego “Tratados y Acuerdos”. Para información al respecto, véase también la Sección “Latinoamérica y el Caribe” en el sitio < www.hcch.net >, en la “Sección Sustracción de Niños”.

⁷⁸ El Reglamento Bruselas II bis es aplicable directamente en todos los Estados miembros de la Unión Europea a excepción de Dinamarca, que no está obligada por el Reglamento ni sujeta a su aplicación; véase el considerando 31 y el art. 2(3) del Reglamento Bruselas II bis.

disposiciones del Reglamento Bruselas II bis⁷⁹. El artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis resulta de especial relevancia, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸⁰.

69. El Reglamento Bruselas II bis refuerza el principio de que el tribunal debe ordenar la restitución inmediata del menor y tiene por objetivo limitar al máximo la aplicación de la excepción del artículo 13(1)(b) del Convenio de 1980. Conforme al Reglamento Bruselas II bis, el niño deberá ser restituido siempre que pueda acordársele protección en el Estado de residencia habitual⁸¹. En este sentido, el artículo 11(4) del Reglamento Bruselas II bis establece que “[l]os 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”⁸².

70. Cabe mencionar que, a diferencia del Convenio de 1980, el Reglamento Bruselas II bis, en su artículo 11(2), obliga expresamente a los tribunales a velar por que se dé posibilidad de audiencia al menor durante el proceso en caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya (por lo que quedan comprendidos los casos en que se aplica el artículo 13(1)(b)), a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez⁸³.

71. Si el tribunal decide no ordenar la restitución en virtud del artículo 13(1)(b) del Convenio, los apartados 6 y 7 del artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis contemplan un procedimiento especial denominado “mecanismo de prevalencia”. El procedimiento prevé que el tribunal del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos, competente en virtud del Reglamento Bruselas II bis, pueda examinar la cuestión de la custodia del menor. Según el artículo 11(8) del Reglamento, si este tribunal dictara una resolución judicial posterior que ordena la restitución del menor, esta resolución sería susceptible de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro requerido sin necesidad de *exequatur*⁸⁴.

72. Cabe destacar que los objetivos y principios que rigen el Convenio de 1980, así como las consideraciones relativas al ámbito de aplicación del artículo 13(1)(b) y su rol en el sistema normativo del Convenio⁸⁵, siguen siendo válidos para los Estados contratantes en los que se aplica tanto el Convenio como el Reglamento Bruselas II bis, en virtud del carácter complementario de las disposiciones pertinentes del Reglamento.

ii. Artículo 11(b) de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores

73. La Convención Interamericana está en vigor en los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) que son Parte de la Convención, y en la práctica funciona a menudo paralelamente al Convenio de 1980 entre Estados de Latinoamérica⁸⁶.

⁷⁹ Véase el considerando 17 y el art. 60(e) del Reglamento Bruselas II bis.

⁸⁰ Véase el considerando 17 y el art. 60(e) del Reglamento Bruselas II bis.

⁸¹ Véase la Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis, publicada por la Comisión Europea, disponible en < <http://ec.europa.eu/justice/civil> >, luego “Documentos relacionados”, párr. 4.3.3.

⁸² Esta disposición ha sido preservada en la Propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis (ob. cit. nota 76), con dos añadiduras. El art. 25(1) de la propuesta establece: “Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en el [art. 13(1)(b)] si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución. A tal fin, el órgano jurisdiccional: (a) cooperará con las autoridades competentes del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos, bien directamente, bien con la ayuda de las autoridades centrales o a través de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, y (b) adoptará medidas provisionales, incluidas las cautelares, de conformidad con el artículo 12 del presente Reglamento, en su caso.”

⁸³ La propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis (ibid.) conserva esta obligación con modificaciones; véanse, entre otros, el considerando 23 y los arts. 20 y 24 de la propuesta.

⁸⁴ Para más información sobre el art. 11(6)-(8) del Reglamento Bruselas II bis, véase la Guía práctica (ob. cit. nota 81), párrs. 4.1 y 4.4. El “mecanismo de prevalencia” se ha conservado, con modificaciones, en el art. 26 de la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis (ibid.).

⁸⁵ Véanse *supra* el párr. 32 y sigs. y el párr. 51 y sigs.

⁸⁶ Por ejemplo, en las sentencias se puede hacer mención de ambos instrumentos; véase, p. ej., Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, F. 441. XLVI. F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo [aún no consta en

74. El artículo 11(b) de la Convención Interamericana, que se corresponde con el artículo 13(1)(b) del Convenio de 1980, establece que “[I]a autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: [...] que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico”.

75. La diferencia más importante en la redacción del artículo 11(b) de la Convención Interamericana y la redacción del artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya consiste en que el artículo 11(b) de la Convención Interamericana omite la tercera categoría de “poner al menor en una situación intolerable”⁸⁷.

76. No obstante, la jurisprudencia de los Estados que son Parte en la Convención Interamericana y el Convenio de 1980 pone de manifiesto que los tribunales se rigen por los mismos criterios en cuanto a la aplicación del artículo 11(b) de la Convención Interamericana y del artículo 13(1)(b) del Convenio de 1980⁸⁸.

INCADAT]; Tribunal de Apelaciones de Buenos Aires, *M. c. M., M. A. s/ reintegro de hijo* de fecha 24 de octubre de 2013 [aún no figura en INCADAT]; Tribunal de Apelaciones de Montevideo, Uruguay, *CED-0010-000669/2016* de fecha 6 de junio de 2016 [aún no consta en INCADAT].

⁸⁷ Véase *supra* el párr. 59 y sigs.

⁸⁸ Véanse, p. ej., Corte Suprema de la Nación Argentina, *S.A.G. s/restitución internacional solicita restitución de la menor* [Referencia en INCADAT: HC/E/AR 1332] y *F. 441. XLVI. F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo* [aún no consta en INCADAT]. Véanse también, p. ej., E. Tellechea Bergman, “Análisis de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo de 1989”, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia* N° 4, FCU, 1989, pp. 131-142 y “La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores. Consideraciones acerca de sus soluciones y de su funcionamiento” en A.L. Calvo Caravaca/E. Castellanos Ruiz, “El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales”, Madrid, Colex, 2004, pp. 797-804; M.S. Najurieta, “Interpretación Uniforme de las excepciones al reintegro del niño o niña previstas en los convenios de restitución internacional”, *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración*, Libro Homenaje a R. Ruiz Díaz Labrano, CEDEP, 2013, pp. 419-441; N. Rubaja, “Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino”, Abeledo Perrot, 2012, p. 506.

PARTE II: Información para autoridades competentes

1. Panorama de buenas prácticas para la aplicación del artículo 13(1)(b)

77. En resumen, una aplicación adecuada del artículo 13(1)(b) del Convenio de 1980 requiere:

- **Equilibrar los objetivos del Convenio: por una parte, dar respuesta a la sustracción internacional de menores velando por la restitución inmediata del menor al Estado de residencia habitual donde se puedan resolver las cuestiones de custodia o derechos de visita y cuestiones relacionadas, y por otra parte, reconocer que en ciertas circunstancias restituir al menor a su Estado podría exponerlo a un grave riesgo⁸⁹.**
- **Restringir el alcance de los procedimientos al objeto limitado del Convenio, que *no* consiste en resolver cuestiones de custodia o derechos de visita o realizar un examen del interés superior del menor en el procedimiento de restitución⁹⁰.**
- **Interpretar y aplicar la excepción del artículo 13(1)(b) de manera restrictiva, al igual que las demás excepciones contempladas en el Convenio⁹¹.**
- **Recabar la información o las pruebas necesarias y examinarlas, incluida la prueba pericial, conforme con la obligación de actuar con urgencia en los procedimientos de restitución⁹².**
- **Cuando proceda, solicitar, recibir y evaluar información sobre la existencia de medidas de protección adecuadas en el Estado requirente para atenuar un riesgo grave conforme al artículo 13(1)(b), presunto o comprobado, en consonancia con la necesidad de garantizar la restitución segura del menor⁹³.**

78. En esta parte de la Guía se ofrecen diversas herramientas y prácticas óptimas para asistir a la consecución de los objetivos mencionados más arriba, así como en la Parte III dirigida principalmente a las Autoridades Centrales.

2. INCADAT: recurso para todas las autoridades competentes

79. La Base de Datos sobre la Sustracción Internacional de Menores (en adelante "INCADAT") se estableció en 1999 para facilitar el entendimiento mutuo y una interpretación más uniforme del Convenio de 1980 sobre Sustracción de Menores. Se encuentra disponible en línea, sin cargo, en inglés, francés y español, en la dirección: www.incadat.com. INCADAT contiene sumarios y los textos completos de sentencias decisivas en materia de sustracción de niños. Asimismo, ofrece recopilaciones de análisis jurídico conciso sobre cuestiones que suelen suscitarse en litigios e interpretaciones judiciales en procedimientos de sustracción de menores, con enlaces a decisiones relevantes en la base de datos. INCADAT facilita a jueces, Autoridades Centrales y otros la obtención de información sobre decisiones y prácticas de Estados y territorios de todo el mundo. Actualmente contiene decisiones de 47 Estados y territorios y

⁸⁹ Véase *supra* el párr. 32 y sigs. sobre los objetivos y los principios que rigen el Convenio de 1980.

⁹⁰ Véase *infra* el párr. 81 y sigs. sobre el carácter limitado de los procedimientos de restitución de menores en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b). Cabe señalar, sin embargo, que los derechos de visita de los padres *durante* el procedimiento de restitución plantean un problema en los casos en los que se opone la excepción del artículo 13(1)(b); véase *infra* la sección 11(i).

⁹¹ Véase *supra* el párr. 42 y sigs. sobre la aplicación restrictiva del art. 13(1)(b).

⁹² Véase *infra* el párr. 163 y sigs. sobre información o pruebas relativas a las alegaciones presentadas en virtud del artículo 13(1)(b).

⁹³ Véase *infra* el párr. 137 sobre las medidas de protección en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b). Véase también el anexo 2.

tiene por objetivo presentar sumarios y los textos completos de sentencias decisivas en materia de sustracción internacional de niños.

Navegación de INCADAT

INCADAT comprende dos secciones que se encuentran en la barra de navegación superior. La primera es la de “búsqueda de jurisprudencia”, donde pueden buscarse decisiones según distintos criterios (p. ej., el tipo de resolución que se dictó, el nombre y la instancia del órgano jurisdiccional, el país de la decisión, los artículos o los fundamentos jurídicos invocados, etc.). Cada decisión tiene su propia página donde figura información básica, el enlace al texto completo de la decisión y un resumen de los hechos, el fallo y los fundamentos jurídicos en los que se basó la decisión, y comentarios pertinentes de INCADAT. La segunda sección de INCADAT es la de “análisis de jurisprudencia”, que ofrece reseñas concisas de conceptos y cuestiones claves del Convenio de 1980 sobre Sustracción de Menores. Se presentan tendencias de interpretación judicial pero no se emiten juicios de valor sobre las interpretaciones o los resultados de resoluciones concretas. El análisis está organizado en función de cuestiones jurídicas, con secciones sobre los objetivos y el ámbito de aplicación del Convenio, el mecanismo de restitución del artículo 12, las excepciones a la restitución contempladas en los artículos 12, 13 y 20, cuestiones de implementación y aplicación, cuestiones relativas a la protección de derechos de visita y la relación del Convenio con otros instrumentos internacionales y regionales y con el derecho nacional.

80. INCADAT es una herramienta de investigación y referencia de utilidad para autoridades competentes y actores del sistema encargados de aplicar el Convenio de 1980 y la excepción del artículo 13(1)(b), dado que permite efectuar una comparación con las decisiones de otras autoridades competentes en base a los hechos particulares de cada caso concreto. Sin embargo, no ha de olvidarse que INCADAT no pretende valorar las interpretaciones y los resultados de casos concretos, por lo que no puede presumirse que los casos que constan en INCADAT representen las “mejores prácticas” en la aplicación del Convenio de 1980. Además, por contar con recursos limitados, y en virtud del carácter voluntario de la remisión de información a la base de datos, no puede presumirse que la jurisprudencia de los distintos Estados y territorios que se presenta en INCADAT esté absolutamente al día.

3. Panorama de las normas procesales que deben regir los procedimientos de restitución y la importancia de optimizar la gestión de los casos

81. Los procedimientos conforme al Convenio de 1980 tramitan ante las autoridades competentes en cada Estado contratante, de conformidad con sus procesos y prácticas internas. Por ejemplo, en algunos Estados y territorios, la decisión sobre la solicitud de restitución se fundará en los escritos presentados por las partes, sin audiencia, o con audiencia en casos excepcionales; mientras que en otros Estados y territorios, la regla es que los procedimientos de restitución incluyan una audiencia en la que participen las partes. En los Perfiles de País consta información sobre los procedimientos de restitución en los Estados contratantes⁹⁴.

82. A los efectos de garantizar la restitución inmediata de los menores, varios Estados contratantes han adoptado procedimientos especiales, en particular para dotar de más celeridad a los procedimientos de restitución. En los Perfiles de País puede consultarse si un Estado contratante en particular ha adoptado medidas para que las autoridades competentes actúen con urgencia en los procedimientos de restitución⁹⁵. Además de los procedimientos adoptados a nivel nacional por varios Estados y territorios, una programación eficaz de los casos por parte de los jueces ha resultado invaluable para las autoridades competentes en la aplicación del

⁹⁴ Véanse los Perfiles de País cumplimentados por los Estados contratantes (ob. cit. nota 21), sección 10.3.

⁹⁵ *Ibíd.*

Convenio con miras a garantizar la tramitación expeditiva de los procedimientos de restitución (véase *infra* la sección iii).

83. Las buenas prácticas que se presentan en esta parte de la Guía únicamente deben ser tenidas en cuenta si resultan adecuadas y compatibles con los procedimientos y las prácticas internas del Estado contratante de que se trate, y si la autoridad competente las considera apropiadas para un caso específico, teniendo en cuenta la necesidad de celeridad a los procedimientos de rapidez⁹⁶.

i. El ámbito limitado de los procedimientos de restitución conforme al Convenio de 1980

84. Los procedimientos para garantizar la pronta restitución de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en Estados contratantes (“procedimientos de restitución”) tramitan ante “la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor” (art. 12(1)), es decir, en el “Estado requerido”⁹⁷. En la gran mayoría de los Estados contratantes, tramitan ante el tribunal competente y no ante una autoridad administrativa⁹⁸.

85. El ámbito de los procedimientos de restitución debe interpretarse en el contexto de que “las normas convencionales descansan en gran medida en la idea subyacente de que existe una especie de competencia natural de los tribunales de la residencia habitual del menor en un litigio relativo a su custodia”⁹⁹. La premisa subyacente del Convenio de 1980 es que las autoridades que están en mejores condiciones de decidir sobre el fondo de la cuestión de la custodia (que típicamente incluiría un examen exhaustivo del “interés superior”) son los tribunales del Estado de residencia habitual del menor, dado que, entre otras cosas, son los que mejor acceso tienen a la información y las pruebas pertinentes para resolver la custodia, y no los tribunales del Estado requerido. Como consecuencia de esta clara regla de competencia se obtiene mayor seguridad jurídica, predictibilidad y continuidad para los menores y sus familias¹⁰⁰. (Véase la Parte I de la presente Guía sobre el “contexto interpretativo” del Convenio.)

86. En consecuencia, los procedimientos de restitución conforme al Convenio de 1980 *no deberían* incluir un examen exhaustivo del “interés superior” —típico en los procedimientos de custodia—, sino que deben centrarse en lograr la pronta restitución del menor a su Estado de residencia habitual para que los tribunales de ese Estado resuelvan las cuestiones de fondo relativas a la custodia y los derechos de visita de los padres, entre ellas, por ejemplo, la mudanza a otro país de un padre que tiene derechos de custodia¹⁰¹. El Convenio de 1980 no determina ni supone variaciones en cuestiones de fondo de la custodia del menor (véanse, p. ej., los arts. 16 y 19 que se tratan más abajo), cuestiones que corresponde sean resueltas por el tribunal de la residencia habitual del menor según el derecho aplicable en ese tribunal¹⁰².

87. El artículo 16 evita el dictado de una resolución sobre el fondo de la cuestión de los derechos de custodia en el Estado al que el menor ha sido trasladado o en el que está

⁹⁶ Véase en este contexto la introducción, párr. 17 y sigs.

⁹⁷ Véase también el Informe Explicativo (ob. cit. nota 8), párr. 106.

⁹⁸ En muy pocos Estados la solicitud de restitución tramita ante una autoridad administrativa (p. ej., en Armenia y en la ex República Yugoslava de Macedonia). Véase *supra* la nota 21.

⁹⁹ Véase el Informe Explicativo (ob. cit. nota 8), párr. 66. En el párr. 34 se establece la necesidad de que los Estados contratantes estén “convencidos de que pertenecen, a pesar de sus diferencias, a una única comunidad jurídica en el seno de la cual las autoridades de cada Estado reconocen que las autoridades de uno de ellos —las de la residencia habitual del niño— son en principio las que están mejor situadas para decidir, con justicia, sobre los derechos de custodia y de visita”.

¹⁰⁰ Esta regla de competencia clara se reafirma nuevamente en el art 7 del Convenio de 1996.

¹⁰¹ Véase, p. ej., la decisión de la Corte Suprema de Israel, *T. v. M.* de fecha 15 de abril de 1992 [Referencia en INCADAT: HC/E/IL 214, transcripción, traducción no oficial], párr. 9: “[E]l tribunal no considera la cuestión de la custodia permanente del menor, ni siquiera el bienestar del menor en la acepción completa de la palabra. El marco de la audiencia no pretende, ni permite, un análisis tan exhaustivo. La función del tribunal [...] es tan solo ‘apagar el fuego’ o ‘de primeros auxilios’ para reinstaurar el statu quo: restituir al menor desplazado de la custodia del otro padre o de la custodia conjunta establecida por una autoridad competente o en un acuerdo de los padres [...]. La cuestión de la custodia, cuando es controvertida, normalmente es resuelta ante la autoridad competente y, en ese marco, el bienestar del menor es examinado de manera exhaustiva.”

¹⁰² Según el Convenio de 1980, los derechos de custodia únicamente son tenidos en cuenta para determinar si el traslado o la retención del menor fueron ilícitos (véanse los arts. 3 y 5).

retenido¹⁰³. Establece que las autoridades judiciales o administrativas de ese Estado contratante no “decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio” con respecto al traslado o retención ilícitos del menor en el sentido del artículo 3.

88. Además, el artículo 19 establece que “[u]na decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia”. El objetivo de este artículo es “evitar que una resolución posterior sobre ese derecho pueda ser influenciada por un cambio en las circunstancias, introducido de forma unilateral por una de las partes”¹⁰⁴. Ambos padres deberían tener la posibilidad de una audiencia justa sobre cuestiones de custodia en el tribunal apropiado de conformidad con las normas del Convenio, normalmente el Estado de la residencia habitual del menor.

89. A continuación se indica una buena práctica para el tribunal ante el que tramita el procedimiento de restitución, en cuanto al alcance del procedimiento:

➤ **Los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de 1980, que deben tramitar con celeridad, son *distintos* de los procedimientos para decidir sobre cuestiones de fondo relativas a la custodia del menor u otras cuestiones conexas de fondo (p. ej., instalación en otro país, alimentos): su propósito es emitir una decisión sobre la cuestión de la restitución del menor al Estado de su residencia habitual, en el que se halla el tribunal al que corresponde pronunciarse sobre el fondo de la cuestión de la custodia u otras cuestiones conexas.**

90. Es importante que los jueces que conozcan en procedimientos de restitución estén al corriente del alcance limitado de estos procedimientos en virtud del Convenio de 1980.

ii. Obligación de utilizar procedimientos expeditivos para la restitución

91. El principio fundamental del Convenio que consiste en que la restitución del menor a su residencia habitual lo protegerá de los efectos nocivos de la sustracción únicamente puede respetarse si se restituye al menor *con rapidez*¹⁰⁵.

92. El Convenio fue elaborado fundándose en la noción de que “la verdadera víctima de una sustracción de menores es el propio menor. Es él el que sufre por perder de repente su equilibrio, es él el que sufre el trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él el que siente las incertidumbres y las frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma extranjero, a condiciones culturales que no le son familiares, a nuevos profesores y a una familia desconocida¹⁰⁶. A los efectos de brindar estabilidad al menor y de evitar que un menor trasladado o retenido ilícitamente viva en una situación de incertidumbre por un período indeterminado, el Convenio tiene por objetivo velar por la pronta restitución al Estado de residencia habitual (véase el preámbulo y el art. 1(a))¹⁰⁷.

93. Para que los menores sean restituidos rápidamente, el artículo 2 exige a los Estados contratantes utilizar los procedimientos más expeditivos que se prevean en su legislación¹⁰⁸.

94. Asimismo, el artículo 11(1) dispone que “[l]as autoridades judiciales o administrativas [...] actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de menores”. Según el Informe Explicativo, la obligación en cuestión tiene una doble vertiente: por una parte, la de

¹⁰³ Para más información, véase el Informe Explicativo (ob. cit. nota 8), párr. 121.

¹⁰⁴ Véase el Informe Explicativo (ibíd.), párrs. 19 y 124.

¹⁰⁵ Véase *supra* el párr. 32 y sigs. Véase en este contexto, R. Schuz (ob. cit. nota 43), p. 448.

¹⁰⁶ Véase el Informe Explicativo (ob. cit. nota 8), párr. 24, en referencia al Informe Dyer.

¹⁰⁷ En relación con la obligación de utilizar procedimientos expeditivos, véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación (ob. cit. nota 7), p. ej., capítulos 1.5, 5 y 6.

¹⁰⁸ Se exige a los Estados contratantes, “en las cuestiones que se refieran a la materia objeto del Convenio, utilicen los procedimientos más rápidos que existan en su propio ordenamiento jurídico”, Informe Explicativo (ob. cit. nota 8), párr. 63.

utilizar los procedimientos más rápidos que existan en el propio sistema jurídico y, por otra parte, la de dar un tratamiento prioritario, en la medida de lo posible, a las demandas en cuestión”¹⁰⁹. Varios Estados contratantes han plasmado estas exigencias en sus leyes, reglamentos y procedimientos de implementación del Convenio¹¹⁰.

95. Cabe destacar que utilizar procedimientos expeditivos es esencial en todas las etapas de los procedimientos en virtud del Convenio, incluso si se interpusieran recursos, en el caso de resoluciones recurribles¹¹¹. Deben evitarse también los retrasos indebidos entre una instancia y otra, por ejemplo entre el dictado de la decisión de primera instancia y la interposición de un recurso.

96. El Convenio prevé, en el artículo 11(2), que después de un plazo de seis semanas, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido (por iniciativa propia o a instancias de la Autoridad Central del Estado requirente) tendrá derecho a solicitar, a la autoridad competente, una declaración de los motivos de la demora. Como se menciona en el Informe Explicativo, esta disposición “llama la atención de las autoridades competentes sobre el carácter decisivo del factor tiempo [...] y fija el plazo máximo que debería tardarse en adoptar una resolución al respecto”¹¹². Resulta útil para algunos Estados contratantes¹¹³ fijar plazos expresamente cortos en su legislación y procedimientos a los efectos de que la tramitación de los asuntos de sustracción internacional de menores sea expeditiva¹¹⁴, a lo cual debe darse la “máxima prioridad”¹¹⁵.

97. En cuanto a los casos en que se invoca el art. 13(1)(b), cabe señalar que algunas prácticas en la aplicación de ese artículo pueden provocar demoras, por ejemplo prácticas de los tribunales al recabar y examinar información o pruebas¹¹⁶. El hecho de que se invoque el artículo 13(1)(b) no debería, *per se*, constituir razón para que el tribunal demore el procedimiento indebidamente o para que no utilice procedimientos expeditivos. En efecto, los jueces han elaborado ciertas técnicas de gestión de casos a los efectos de realizar un examen de manera adecuada y expeditiva, por ejemplo cuando se plantean cuestiones graves en virtud del artículo 13(1)(b).

98. La necesidad de utilizar procedimientos expeditivos está vinculada con el carácter limitado de los procedimientos de restitución, dado que estos procedimientos en el Estado requerido no deben derivar en un examen para resolver sobre la custodia o los derechos de visita, ya que el Estado de la residencia habitual del menor es el foro al que corresponde resolver estas cuestiones.

¹⁰⁹ Véase el Informe Explicativo (ibíd.), párr. 104.

¹¹⁰ Véanse, p. ej., el párr. 15(2) de las Disposiciones de Derecho de Familia de Australia (Convenio sobre Sustracción de Menores) de 1986 (*Family Law (Child Abduction Convention) Regulations 1986*) (“Los jueces deben, en la medida de lo posible, dar trato prioritario a las solicitudes, de manera de garantizar que su tramitación ocurra tan pronto como la consideración adecuada del asunto lo permita.”); la sección 38(1) de la Ley Procesal de Derecho Internacional de Familia de Alemania (“El juez deberá dar prioridad a la tramitación de los procedimientos de restitución de menores en todas sus instancias. [...] El juez aplicará todas las medidas necesarias para dotar de celeridad a los procedimientos [...]”); el artículo 107(1) de la Ley de Protección del Niño (*Care of Children Act*) de Nueva Zelanda (“Los jueces [...] deben, en la medida de lo posible, dar prioridad a los procedimientos para que tramiten de manera expeditiva.”); Resolución 480/2008 de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana; y la Ley N° 18.895 de Uruguay sobre restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente. En los Perfiles de País (ob. cit. nota 21), se especifica si se han adoptado medidas para que las autoridades judiciales y administrativas utilicen procedimientos expeditivos, sección 10.3(d).

¹¹¹ Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación (ob. cit. nota 7), capítulo 1.5.

¹¹² Para más información, véase el Informe Explicativo (ob. cit. nota 8), párr. 105.

¹¹³ Entre estos Estados contratantes están aquellos obligados por el Reglamento Bruselas II bis. Véase *supra* el párr. 68. El art. 11(3) del Reglamento Bruselas II bis establece: “El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor [...] actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional. [...] [E]l órgano jurisdiccional dictará resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda.” En la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis (ob. cit. nota 76) se precisa que cada instancia debe dictar su resolución como máximo seis semanas después de la presentación de la solicitud o el recurso, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible; véanse el considerando 26 y el art. 23(1) de la propuesta.

¹¹⁴ Véase, p. ej., la Ley N° 18.895, del 20 de abril de 2012, de Uruguay.

¹¹⁵ Informe Explicativo (ob. cit. nota 8), párr. 105.

¹¹⁶ Véase *supra*, en el panorama, el párr. 77, y, más abajo, el párr. 163 y sigs. sobre información y prueba. Véanse además los dos criterios seguidos por los jueces para analizar la situación de riesgo grave en la sección 4 de esta parte, *infra*.

99. A continuación se indican buenas prácticas que permiten a los tribunales actuar con urgencia en los procedimientos de restitución:

- **Examinar los procedimientos internos para evaluar si permiten que las decisiones se dicten dentro del plazo previsto en el Convenio de 1980. En caso negativo, realizar las modificaciones pertinentes.**
- **Tener en cuenta el objetivo del Convenio de velar por la pronta restitución de los menores trasladados o retenidos ilícitamente (art. 1(a)) y la obligación de actuar con urgencia en los procedimientos para su restitución (art. 11(1)) en todas las instancias del procedimiento.**
- **Considerar limitar el proceso para que la resolución del caso sea ágil, si el juez tiene la facultad para hacerlo. Por ejemplo: utilizar prueba documental aportada anteriormente, o permitir que un testigo preste declaración por videoconferencia en lugar de exigir que comparezca en persona ante el tribunal.**
- **Si el tribunal estima que se requiere prueba pericial, delimitar el alcance del dictamen que se encomienda al perito, y fijar un plazo para que lo presente ante el juez, así como la fecha de audiencia para que continúe el procedimiento.**
- **Cuando se contempla ordenar la restitución del menor, arbitrar las medidas necesarias para que, en la medida de lo posible, la orden de restitución sea ejecutada de inmediato, por ejemplo, considerar que inmediatamente después del pronunciamiento oral de la orden de restitución en audiencia, se emita una decisión por escrito.**
- **Aplicar sistemáticamente procesos para optimizar la gestión de casos para que los procedimientos tramiten de manera expeditiva y para evitar demoras indebidas (sobre este tema, véase a continuación).**

iii. Técnicas judiciales para optimizar la gestión de los casos

100. Para que las demandas de restitución sean tratadas con urgencia en primera y segunda instancia, puede resultar necesario arbitrar medidas prácticas y legales para lograr una gestión estricta de los casos¹¹⁷. La gestión debe comenzar lo más pronto posible y puede comprender, por ejemplo, instaurar y aplicar procedimientos normalizados, usar listas de comprobación, y trabajar en estrecha colaboración con las partes que intervengan en el procedimiento, en particular las Autoridades Centrales, de ser necesario.

101. En general, una gestión óptima de los casos implica que los jueces, en la medida de lo posible, se encarguen de fijar las fechas y determinen qué información debe presentarse y de qué manera. Si la gestión eficaz de los casos en los que se invoca el artículo 13(1)(b) se mantiene ininterrumpida en todas las etapas, desde la recepción de la demanda hasta que el menor es restituido de manera segura al Estado de su residencia habitual, se ayuda a dotar de celeridad a los procedimientos, en consonancia con el objetivo principal del Convenio.

102. Una gestión óptima también resulta importante para proteger los derechos de los menores y para velar por su seguridad y bienestar (y posiblemente también el de uno de los padres) durante el procedimiento de restitución¹¹⁸. Entre otras cosas, facilita la consideración del juez en cuanto a la posible necesidad de adoptar medidas de protección con respecto al niño y, en su caso, al padre que lo acompaña (véase *infra* la sección 7), y la participación del menor en el procedimiento, si procede (véase *infra* la sección 9).

¹¹⁷ La Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación (ob. cit. nota 7) establece en el capítulo 6.4: "Para asegurar que las solicitudes de retorno se traten rápidamente en primera instancia y en apelación, pueden ser necesarias algunas medidas para la estricta gestión de los casos. Éstas pueden comprender, en la medida en que la Constitución lo permita, requiriendo o llamando a los tribunales de instancia y apelación a fijarse y respetar plazos que aseguren la rápida determinación de las solicitudes de retorno, un firme requerimiento dirigido a los jueces, tanto de instancia como de apelación, de seguir rigurosamente el progreso de los procedimientos de retorno, y dando a los casos de retorno de La Haya una preferencia en el tribunal."

¹¹⁸ Véase *infra* el párr. 132 y sigs. sobre seguridad y bienestar del menor.

103. De ser posible, convendría estudiar la posibilidad de “concentrar la competencia” para los casos que tramitan conforme al Convenio de 1980, a los efectos de que los jueces adquieran y afiancen conocimientos especializados y se logre una mayor celeridad en la tramitación de los casos de sustracción internacional de niños (véase *infra* la parte V, sección 2).

a) Buenas prácticas generales de gestión de casos

104. A continuación se presentan prácticas que constituyen buenas prácticas generales de gestión de casos, siempre que sean procedentes y estén previstas en los ordenamientos internos:

- **Considerar poner en práctica procesos adecuados de gestión de casos, por ejemplo, fijar plazos cortos y estrictos y concentrar la competencia, en particular para evitar que el examen del asunto se retrase indebidamente.**
- **Considerar, a lo largo de la gestión del caso, la necesidad de resolver el caso de manera expeditiva, en especial en cuanto a informes y decisiones judiciales que deban dictarse¹¹⁹.**
- **En la medida de lo posible, velar por que se dé prioridad a los procedimientos de restitución, por ejemplo, en la fijación de las fechas de las audiencias.**
- **Arbitrar lo necesario para que las autoridades y personas que intervengan estén informadas en cuanto a los plazos, incluso la Autoridad Central en el Estado requerido¹²⁰ y los peritos que, por ejemplo, deban evaluar al menor y emitir un dictamen¹²¹.**

b) Identificación y gestión tempranas de las excepciones que se opongan

105. La aplicación de procesos adecuados en la gestión de los casos puede resultar útil para determinar, en la etapa inicial del procedimiento, qué excepción o excepciones se oponen, a los efectos de:

- **que el juez identifique los elementos de la(s) excepción(es) sobre los que deberá pronunciarse;**
- **el juez pueda solicitar información o pruebas que respalden los hechos alegados al respecto de la(s) excepción(es), y, de ser necesario y posible, disponer o facilitar la obtención de información o pruebas¹²²;**
- **que el juez pueda identificar si hace falta prueba pericial y, en su caso, ordenar la emisión de un dictamen, con instrucciones precisas al perito y un plazo limitado para la presentación del dictamen;**

¹¹⁹ En la guía para jueces titulada *The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction - National Judicial Institute Electronic Bench Book* (actualizado en 2012), publicado por el *National Judicial Institute* de Canadá, se observa en el capítulo VII.A.1: “a lo largo del proceso de gestión del caso, ha de considerarse la necesidad de tratar la resolución del caso, en particular, emitir las decisiones judiciales que se requieran, de manera expeditiva y sumaria. Debe darse prioridad a las demandas de restitución. Puede hacer falta dictar una orden para acortar los plazos o actuar con urgencia o sin notificación si las circunstancias lo justifican.” El Honorable Juez R.M. Diamond ofrece información sobre el este manual para jueces en el *Boletín de los Jueces sobre Protección Internacional del Niño*, vol. XX / verano-otoño de 2013, pp. 7-9.

¹²⁰ Véase *infra* el párr. 213 y sigs. sobre el rol de las Autoridades Centrales.

¹²¹ Véase *infra* el párr. 163 y sigs. sobre información y prueba, en particular, prueba pericial.

¹²² De acuerdo con la legislación, los procesos y las prácticas internas, el juez puede estar facultado para solicitar información sobre las alegaciones del padre sustractor y puede aprovechar esta oportunidad para acelerar el procedimiento.

- que el padre privado del menor esté al corriente de las alegaciones del sustractor con respecto a la excepción, y de que tenga la posibilidad de rebatirlas o presentar información o pruebas¹²³;
- poder comprobar la verosimilitud de la información pertinente sobre los temas planteados por medio de comunicaciones judiciales directas u otros medios¹²⁴;
- considerar la participación del menor en el procedimiento o precisar su opinión;
- ordenar u ofrecer y facilitar la realización de una mediación con respecto a las alegaciones¹²⁵.

c) Identificación y gestión tempranas de otros aspectos del caso

106. La optimización de la gestión de los casos implica fijar y respetar plazos estrictos —según la legislación, los procesos y las prácticas internas—, en cuanto a otros aspectos del procedimiento de restitución, por ejemplo para:

- oponer excepciones;
- dictar órdenes provisionales de cuidado y protección del menor, por ejemplo de contacto con el padre privado del menor (con o sin supervisión);
- publicar y transmitir declaraciones juradas, pruebas y comunicaciones escritas;
- elaborar y presentar ante el juez, por ejemplo, informes sobre el bienestar del menor, informes escolares, médicos, policiales;
- cuando proceda, presentar, por ejemplo, órdenes del juez del Estado de residencia habitual, tales como medidas provisionales u de otro tipo (p. ej., órdenes de alejamiento o protección) en casos de violencia familiar;
- el plazo requerido para tomar declaración de testigos o peritos, ya sea en el marco de un proceso contencioso o voluntario (p. ej., la extensión u otras condiciones de las preguntas y repreguntas en la etapa de *discovery* en sistemas de *common law*);
- fijar una fecha temprana para la audiencia;
- identificar rápidamente si el Convenio de 1996 está en vigor entre el Estado requerido y el Estado al que el menor sería restituido, para verificar si se pueden hacer valer sus disposiciones para permitir una “restitución segura” del menor (véase *infra* la sección 7(iv));
- prever la posibilidad de recurrir a la mediación, si ello no retrasara indebidamente el procedimiento, incluso a través de una videoconferencia, para que los padres puedan llegar a un acuerdo, lo más pronto posible, en cuanto a las condiciones de los dos resultados posibles: restitución o no restitución (véase *infra* la sección 10)¹²⁶.

4. Análisis de la excepción de grave riesgo: dos criterios

107. Los procedimientos de restitución previstos en el Convenio de 1980 tramitan ante la autoridad competente de cada Estado contratante, de conformidad con sus procedimientos y

¹²³ De acuerdo con la legislación, los procesos y las prácticas nacionales, el juez puede suspender el proceso brevemente para permitir al padre privado del menor aportar la información o las pruebas necesarias.

¹²⁴ Véase *infra* el párr. 123 y sigs. sobre comunicaciones judiciales directas.

¹²⁵ Véase *infra* el párr. 191 y sigs. sobre mediación en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b).

¹²⁶ P. ej., los padres pueden voluntariamente llegar a un acuerdo y estipular las condiciones y las medidas de protección que asistan a la restitución rápida y segura del menor, o en caso contrario, convenir por adelantado los derechos de visitas u otras cuestiones en caso de que se deniegue la restitución del menor.

prácticas internas. Al margen de las diferencias procesales en los distintos Estados contratantes, el Grupo de Trabajo al que se encomendó la redacción de esta Guía identificó dos criterios principalmente seguidos por los jueces de las distintos Estados y territorios para analizar la excepción de grave riesgo contemplada en el artículo 13(1)(b). No obstante, estos criterios no deben ser considerados universales, y puede que no sean aplicables a todos los ordenamientos jurídicos.

108. Si bien en cada caso los hechos son distintos, las autoridades competentes que siguen los dos criterios identificados consideran que están en consonancia con las disposiciones y los objetivos del Convenio. Los dos criterios se diferencian principalmente en el orden en que el juez examina si existen medidas adecuadas y eficaces para prevenir o atenuar un riesgo grave que se alega que pesa sobre el menor (véase *infra* la sección 7). El primer criterio permite que el procedimiento de restitución tramite con mayor celeridad.

109. A continuación se presentan esquemas de los dos criterios principales identificados.

110. Si bien son diferentes, los dos criterios conducen al mismo resultado final en cada caso; concretamente a una decisión de la autoridad competente sobre si procede o no la restitución del menor al Estado de residencia habitual.

111. De acuerdo con ambos criterios, la autoridad competente comienza examinando si los hechos alegados por el padre sustractor, u otra persona u organismo que se opone a la restitución, son lo suficientemente específicos y contundentes como para que —*si se los demuestra*— se declare procedente la excepción de grave riesgo contemplada en el artículo 13(1)(b) (etapa 1).

112. Si la autoridad competente concluye que los hechos alegados para fundar la excepción —*incluso si quedarán demostrados*— no son lo suficientemente específicos y contundentes como para constituir un grave riesgo de daño, la autoridad competente podrá ordenar la *restitución* del menor (salvo que se invoquen otras excepciones fundadas).

113. En cambio, si la autoridad competente estima que los hechos alegados efectivamente son lo suficientemente precisos y contundentes como para que, si se los prueba, la excepción de grave riesgo sea procedente, la autoridad competente seguirá con el examen. La diferencia entre los dos criterios radica en las etapas que siguen a esta conclusión.

114. Según el **primer criterio**, la autoridad competente *asume* que las alegaciones para fundar la excepción pueden ser demostradas e inmediatamente verifica si existen medidas de protección adecuadas y eficaces para prevenir o atenuar el riesgo grave alegado en el Estado al que el menor será restituido (etapa 2). La autoridad competente puede adoptar este criterio a los efectos de agilizar el proceso, para facilitar la más pronta restitución del menor al Estado de residencia habitual.

115. Si la autoridad competente constata que tales medidas de protección existen en el Estado al que el menor será restituido, estará en condiciones de ordenar la restitución. Si la autoridad competente constata que no existen medidas de protección adecuadas y eficaces, procederá a evaluar la información o las pruebas para determinar si demuestran la procedencia de la excepción de grave riesgo (etapa 3).

116. Si la autoridad competente, tras la evaluación de la información y las pruebas, constata que no demuestran la existencia de un riesgo grave, estará en condiciones de ordenar la restitución del menor. En cambio, si estima que las pruebas demuestran la existencia de un riesgo grave, la autoridad competente “no está obligada a ordenar la restitución del menor” (art. 13(1)).

117. El primer criterio puede evitar el examen de la información o las pruebas aportadas para fundar la alegación de la excepción de grave riesgo, lo cual puede insumir mucho tiempo. El primer criterio puede, por ende, resultar particularmente útil en situaciones en las que la existencia de medidas de protección adecuadas y eficaces es evidente.

118. Según el **segundo criterio**, tras constatar que los hechos alegados son lo suficientemente precisos y contundentes como para que —*si se los demuestra*— se configure

un riesgo grave, la autoridad competente evaluará la información y las pruebas aportadas para determinar si se demuestra la configuración de un riesgo grave (etapa 2)

119. Si tras evaluar la información y las pruebas, la autoridad competente estima que *no* se ha demostrado la existencia de un riesgo grave, estará en condiciones de ordenar la restitución del menor. En cambio, si la autoridad competente estima que sí se ha demostrado la existencia de un riesgo grave, la autoridad competente “no está obligada a ordenar la restitución del menor” (art. 13(1), pero —en ejercicio de su facultad discrecional— puede examinar en mayor profundidad si hay cuestiones que igualmente justifican la restitución del menor (etapa 3).

120. Luego, la autoridad competente verifica si existen medidas de protección adecuadas y eficaces para prevenir o atenuar el riesgo grave en el Estado al que el menor debería ser restituido. Si existen y pueden implementarse, la autoridad competente estará en condiciones de ordenar la restitución del menor. Si no se prevén tales medidas, la autoridad competente no está obligada a ordenar la restitución del menor.

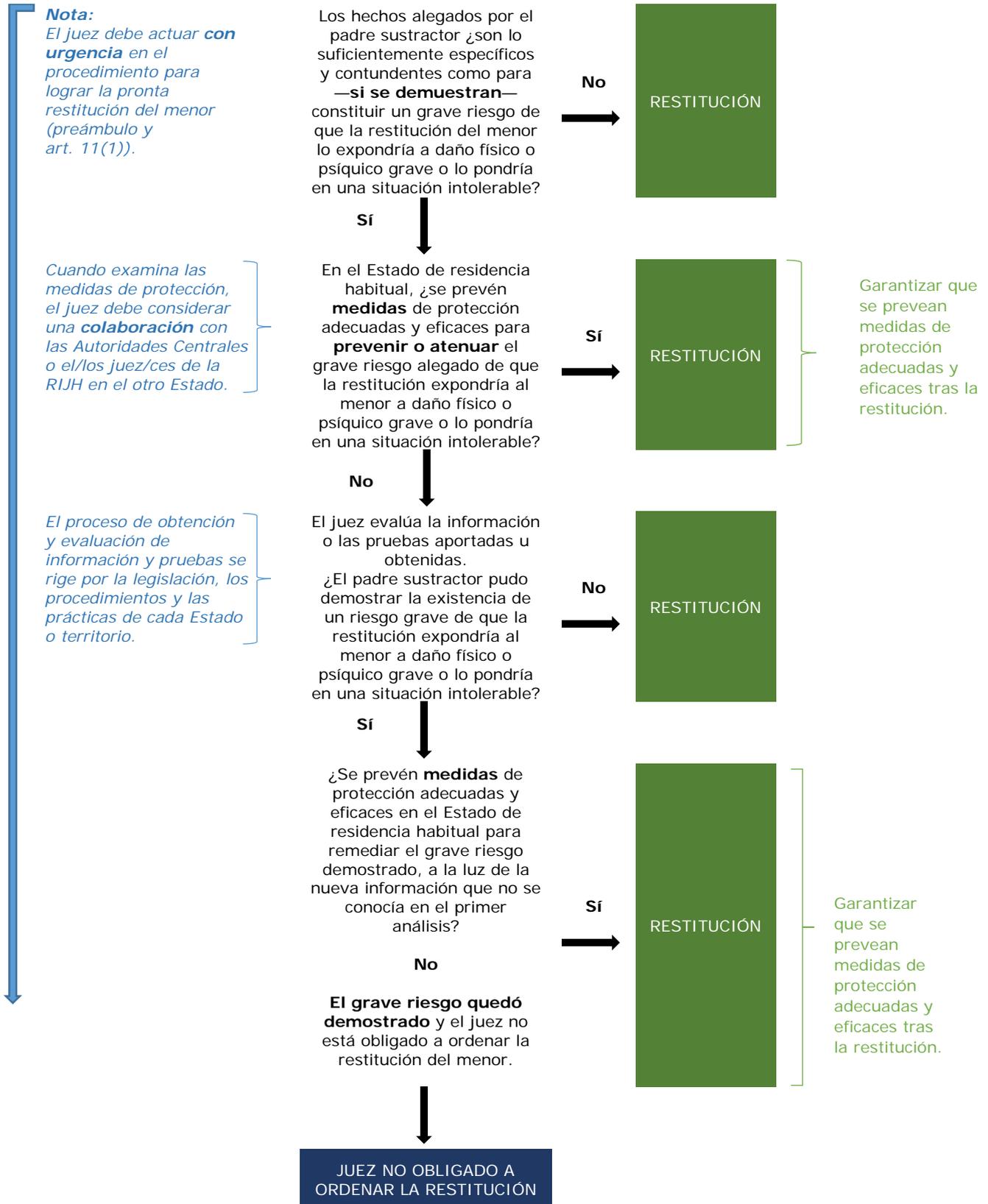
121. De acuerdo al segundo criterio, se tiene en cuenta que en ciertos Estados o territorios, el examen de las medidas de protección está comprendido en el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad competente según el artículo 13(1)(b) y el artículo 18, y debe realizarse después de que la autoridad competente constate que se ha demostrado la excepción de grave riesgo.

122. A continuación se indican buenas prácticas para las autoridades competentes en relación a estos criterios:

- **Ser conscientes de que los jueces tienen distintos criterios para examinar los casos en los que se invoca el artículo 13(1)(b) y que ambos están en consonancia con el Convenio.**
- **Elegir el criterio que, en base a los hechos del caso y las prácticas y procedimientos internos, es el más adecuado para decidir sobre la restitución del menor, teniendo en cuenta la obligación de actuar con urgencia en los procedimientos de restitución (art. 11(1)) y la necesidad de velar por la restitución segura del menor (y, en su caso, del padre que lo acompaña).**

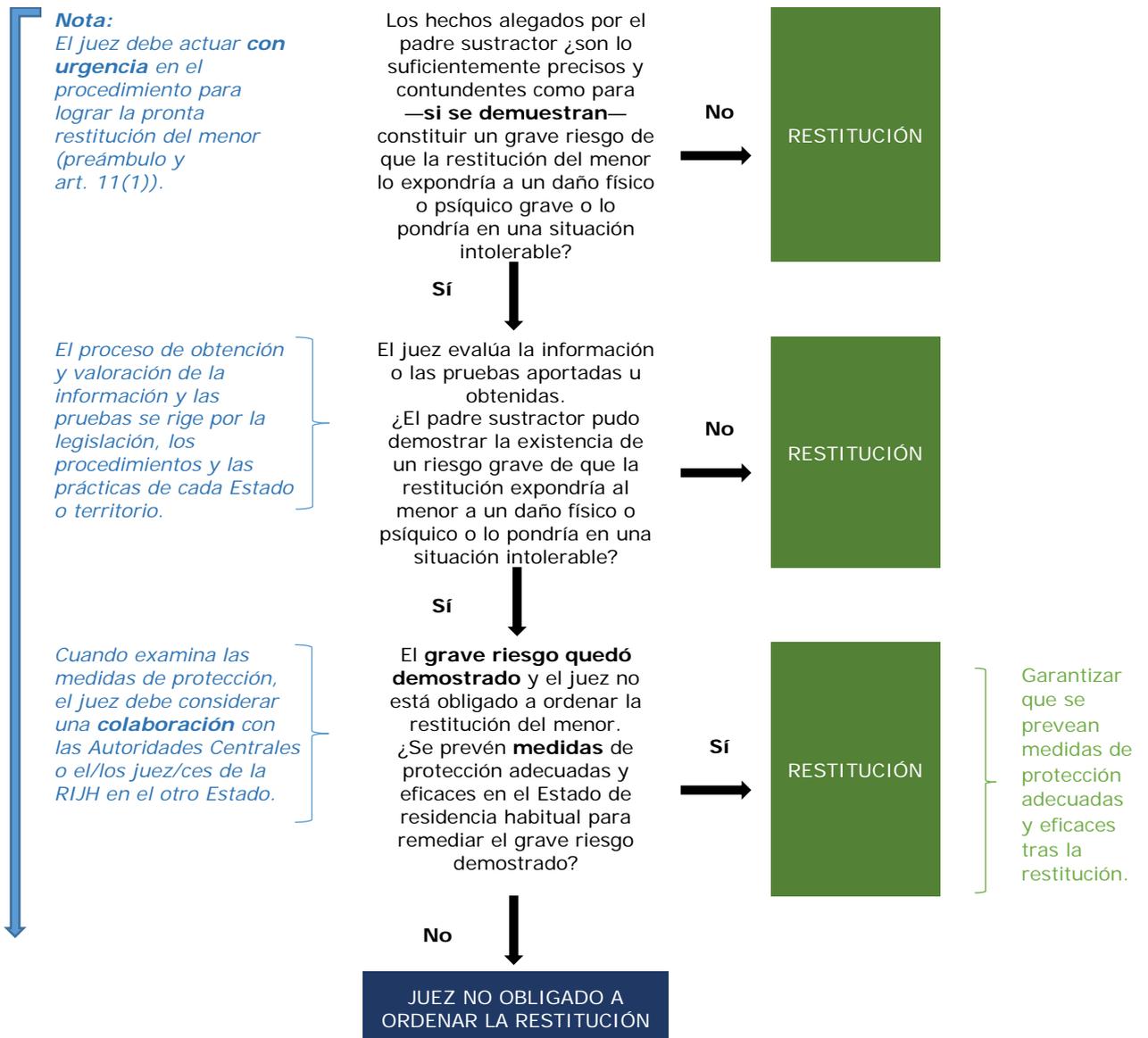
i. Examen del artículo 13(1)(b): criterio 1

El juez examina las siguientes cuestiones para analizar la excepción del artículo 13(1)(b):



ii. Examen del artículo 13(1)(b) – criterio 2

El juez examina las siguientes cuestiones para analizar la excepción del artículo 13(1)(b):



5. La RIJH y las comunicaciones judiciales directas con el tribunal del Estado requerido

123. Las comunicaciones judiciales directas (es decir, las comunicaciones entre jueces de distintos Estados o territorios sobre un caso específico) pueden resultar de particular utilidad en los procedimientos de restitución en los que se plantea la existencia de un riesgo grave, por ejemplo, a los efectos de determinar si en el Estado de residencia habitual se prevén medidas de protección adecuadas para lograr la restitución segura del menor¹²⁷.

124. Se recomienda que cuando se utilizan las comunicaciones judiciales directas, el tribunal ante el que se presentó la demanda de restitución y la otra autoridad competente que intervenga —que suele ser el tribunal competente del Estado requerido—, tengan en cuenta los “Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos”, los cuales constan en el Anexo 5¹²⁸. El objetivo de los Principios es que estas comunicaciones sean transparentes, seguras y predecibles tanto para los dos jueces intervinientes como para las partes y sus representantes, y que las comunicaciones judiciales directas se lleven a cabo en observancia de los requisitos legales de los respectivos Estados o territorios y del principio fundamental de independencia de los jueces en el desempeño de sus funciones en la red¹²⁹.

125. De ser posible y apropiado, las comunicaciones judiciales directas con los jueces extranjeros pueden establecerse a través de los miembros de la Red Internacional de Jueces de La Haya (RIJH) designados a nivel nacional¹³⁰. Las Autoridades Centrales o las partes en un proceso pueden señalar la existencia de la RIJH a la autoridad competente ante la que tramite la restitución, dado que podría resultar una fuente de asistencia valiosa en determinados casos.

126. Los jueces designados miembros de la RIJH por su Estado¹³¹ sirven de vínculo entre sus colegas a nivel nacional y con otros miembros de la Red a nivel internacional. Los Jueces de la Red tienen dos funciones de comunicación principales. La primera es de carácter general (es decir, no relativa a casos específicos) y consiste en difundir información de la Red o de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya sobre los Convenios de protección de niños a otros jueces de su Estado, y brindar asistencia para que fluya información también en el otro sentido¹³². La segunda función en cuanto a las comunicaciones judiciales es relativa a casos específicos, como se mencionó más arriba. En este contexto, los miembros de la RIJH pueden

¹²⁷ Para más información, véase el sitio < www.hcch.net >, “Sección Sustracción de Niños”, luego “Comunicaciones judiciales”. En los Perfiles de País, en la sección 21, consta información sobre si existen fundamentos legislativos que habilitan a los jueces a establecer comunicaciones judiciales directas, o si, en caso negativo, los jueces tienen la facultad para entablar este tipo de comunicaciones (ob. cit. nota 21).

¹²⁸ Los “Principios generales sobre comunicaciones judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos” están incluidos en *Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y proyecto de Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya*, publicado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya en 2013 (en adelante “Lineamientos emergentes sobre la RIJH y los principios generales sobre comunicaciones judiciales”), disponible en el sitio < www.hcch.net > (ruta indicada *ibid.*). En Costa Rica, estos principios han sido incorporados en un Protocolo, véase la *Circular N° 8-2014 - Asunto: “Protocolo de Actuaciones para Comunicaciones Judiciales Directas en Asuntos de Derecho Internacional de Familia”*.

¹²⁹ Véase Lineamientos emergentes sobre la RIJH y los principios generales sobre comunicaciones judiciales (*ibid.*), p. 7.

¹³⁰ Puede verse información sobre la RIJH en el sitio < www.hcch.net >, “Sección sustracción de niños”, luego “Red Internacional de Jueces de La Haya”. Véase también Lineamientos emergentes sobre la RIJH y los principios generales sobre comunicaciones judiciales (ob. cit. nota 128). En la Unión Europea, se ha establecido la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil; para más información véase < <https://e-justice.europa.eu> >.

¹³¹ Los Jueces de la Red Internacional de La Haya han sido designados principalmente por Estados contratantes del Convenio y también por un número de Estados no contratantes. La lista de los Jueces de la Red está disponible en < www.hcch.net > (ruta indicada *ibid.*). En la Sexta Reunión de la Comisión Especial, se recomendó alentar “enfáticamente a los Estados que aún no hayan designado jueces de la Red de La Haya a que lo hagan”; véase Conclusiones y Recomendaciones de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 29), párr. 64.

¹³² P. ej.: véase el informe *The Dutch Office of the Liaison Judge International Child Protection*, de 2014, disponible en < www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/The-Dutch-Office-of-the-Liaison-Judge-International-Child-Protection-report-2014.pdf >.

solicitar, a sus pares en el Estado de residencia habitual, información específica sobre un caso en particular.

127. Cabe destacar que las comunicaciones judiciales, en particular las comunicaciones judiciales directas, pueden agilizar los procedimientos de restitución. No obstante, al igual que otros elementos de los procedimientos de restitución, no deben provocar dilaciones indebidas¹³³.

i. Buenas prácticas recomendadas

128. Las prácticas que se presentan a continuación constituyen buenas prácticas para los tribunales en cuanto a las comunicaciones judiciales directas, siempre que resulten apropiadas y estén previstas en su legislación, procedimientos y prácticas nacionales, en armonía con el principio de independencia de los jueces¹³⁴:

- **La autoridad competente puede alentar a las partes a prepararse para la resolución por medio de comunicaciones judiciales directas con el otro Estado involucrado desde una fase temprana del procedimiento. Por ejemplo, el juez del Estado requerido puede obtener autorización de las partes para preguntar qué tribunal del Estado requirente tendría competencia en el asunto sobre la custodia del menor una vez resuelto el procedimiento de restitución, y si se exige la presencia del menor en ese Estado para el ejercicio de su competencia.**
- **En general, establecer comunicaciones judiciales directas debe considerarse en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b), si resultare necesario y posible, por ejemplo, para¹³⁵:**
 - **Facilitar y agilizar la obtención de información o pruebas relevantes para el caso.**
 - **Verificar la suficiencia de las declaraciones o de la información aportada por el padre sustractor para fundar su alegación conforme a lo dispuesto en el artículo 13(1)(b), por ejemplo, declaraciones sobre la situación del menor en el Estado de residencia habitual (p. ej.: constataciones de violencia doméstica o familiar del tribunal del Estado de residencia habitual).**
 - **Solicitar información sobre la legislación, los procedimientos o los servicios ofrecidos en el Estado de residencia habitual.**
 - **Determinar si se prevén medidas de protección adecuadas y efectivas para el menor y, en caso afirmativo, si pueden implementarse en el Estado de residencia habitual para proteger al niño (y, de ser necesario, al padre sustractor) tras la restitución, o qué tan pronto pueden ser adoptadas en ese Estado por las autoridades¹³⁶.**

¹³³ Para información sobre la obligación de actuar con urgencia en los procedimientos de restitución, véase *supra* el párr. 91 y sigs.

¹³⁴ Véanse los principios 6.1 a 6.3 de Lineamientos emergentes sobre la RIJH y los principios generales sobre comunicaciones judiciales (ob. cit. nota 128 y anexo 5), que establecen, respectivamente: “[t]odo juez que intervenga en una comunicación judicial directa debe respetar las leyes de su jurisdicción”; “[a]l momento de establecer la comunicación, cada juez que conoce del caso deberá mantener la independencia para arribar a su propia decisión en el asunto en cuestión”; y, “[l]as comunicaciones no deben comprometer la independencia del juez que conoce del caso para llegar a su propia decisión en el asunto en cuestión.”

¹³⁵ Para un ejemplo de comunicaciones judiciales transfronterizas a nivel nacional, véase la *Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act (1997)*, 9 (1A) U.L.A. 657 (1999) (“UCCJEA”) (Ley uniforme relativa a la competencia y la ejecución en materia de custodia de los niños) de los Estados Unidos de América. Esta ley (sección 204(d)) exige que el tribunal establezca comunicaciones judiciales de manera obligatoria e inmediata en cuanto al ejercicio de competencia en una situación de urgencia cuando un padre o un menor puedan estar en peligro.

¹³⁶ Esta información puede ser relevante en relación con una medida de protección adoptada de conformidad con el art. 11 del Convenio de 1996. Por ejemplo: si una medida de protección es adoptada en el Estado requerido de conformidad con el art. 11, el juez de ese Estado puede estimar conveniente averiguar cuándo esta medida

- Solicitar confirmación de que se hayan adoptado medidas de protección adecuadas y eficaces para proteger al menor (y, de ser necesario, al padre sustractor) o de que la autoridad competente del Estado de residencia habitual haya dictado órdenes al respecto para que se pueda ordenar la restitución del menor.
 - Averiguar si las medidas para proteger al menor (y, de ser necesario, al padre sustractor) adoptadas por el juez del Estado requerido son susceptibles de reconocimiento y, de ser necesario, de ejecución¹³⁷ en el Estado requirente, o si puede dictarse una orden espejo;
 - Si resulta importante para el caso en cuestión, averiguar qué tan pronto puede llevarse a cabo el procedimiento relativo a la custodia del menor en el Estado de residencia habitual, tras la restitución;
 - Averiguar si hay una orden de detención o un procedimiento penal pendiente contra el padre sustractor por el traslado o la retención ilícitos del menor en el Estado de residencia habitual y, en ese caso, si esa acción penal puede desistirse si ello facilitara el retorno del padre sustractor con el niño.
- Contactar al/a los miembro/s de la RIJH de su Estado o territorio¹³⁸ para facilitar las comunicaciones con un tribunal del Estado requirente o de otro Estado.
 - Cuando se entablan comunicaciones judiciales directas, deben tenerse en cuenta los “Principios para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos, que comprenden las salvaguardias comúnmente aceptadas” (Anexo 5) y las normas y procedimientos internos aplicables.
 - Cuando se establecen comunicaciones judiciales directas, debe considerarse la velocidad, eficiencia y la relación costo-rendimiento¹³⁹, y debe velarse, entre otras cosas, por que la solicitud de información o asistencia:
 - sea comunicada lo más pronto posible en el procedimiento y contenga la indicación del plazo para responder, y
 - esté formulada de manera clara y detallada, con una redacción que el juez de la Red Internacional de Jueces de La Haya u otro juez comprenda.
 - Cuando se entablan comunicaciones judiciales directas, debe considerarse notificar a la Autoridad Central, si resultare apropiado¹⁴⁰.

6. Asistencia de Autoridades Centrales y otras autoridades

129. Una de las maneras en que el Convenio de 1980 pretende alcanzar sus objetivos es instaurando un sistema de estrecha cooperación entre las autoridades administrativas y de otra índole de los Estados contratantes¹⁴¹. Este sistema funciona, en particular, por las Autoridades Centrales que cada Estado debe designar, cuyo rol está sintetizado en el artículo 7 del Convenio. Más adelante, en la parte III de la presente Guía dirigida principalmente a los funcionarios de las Autoridades Centrales (también puede resultar de interés a las autoridades competentes), se presentan sugerencias detalladas sobre cómo las Autoridades Centrales pueden prestar asistencia en los casos que versan sobre el artículo 13(1)(b), de acuerdo con las funciones que les atribuye el Convenio.

dejará de tener efecto según el art. 11(2) y (3) del Convenio de 1996. Al respecto del art. 11 del Convenio de 1996, véase *supra* el párr. 147 y sigs.

¹³⁷ P. ej., el sitio < www.hcch.net > contiene información sobre el reconocimiento y la ejecución de órdenes de protección extranjeras en materia civil en la sección “Proyecto sobre órdenes de protección”.

¹³⁸ El sitio < www.hcch.net > contiene una lista de los miembros de la RIJH (ruta indicada en la nota 130).

¹³⁹ Véase el anexo 5, Principio 7.1. Se brindan orientaciones más específicas en los principios que siguen al 7.1.

¹⁴⁰ *Ibid.*, Principio 9.1.

¹⁴¹ Véase el Informe Explicativo (ob. cit. nota 8), párrs. 35, 37, 42 y 43.

130. Se alienta a las autoridades competentes a familiarizarse con la/s función/es que las Autoridades Centrales pueden desempeñar en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b), y a solicitar su asistencia cuando corresponda en un caso en particular.

131. Las prácticas que se presentan a continuación constituyen buenas prácticas para los jueces, siempre que resulten apropiadas y estén previstas en virtud de los procedimientos nacionales:

- **Tener en cuenta la función que las Autoridades Centrales desempeñan en el funcionamiento del Convenio de 1980 en general y en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b) en particular (véase la Parte III).**
- **Evaluar si conviene solicitar la asistencia de las Autoridades Centrales y otras autoridades pertinentes (p. ej.: autoridades de protección de la infancia) en las distintas etapas del procedimiento, si resultare necesario y posible, observando los principios de imparcialidad e independencia de los jueces.**
- **Tener en cuenta que la asistencia de las Autoridades Centrales puede ser útil, según los hechos y circunstancias del caso, por ejemplo, para:**
 - **Garantizar la seguridad y el bienestar del menor durante el procedimiento de restitución, gracias a que facilitan la cooperación con las autoridades pertinentes, tales como los organismos de protección de la infancia.**
 - **Obtener información sobre la legislación, los procedimientos o los servicios ofrecidos en el Estado de residencia habitual que podrán utilizarse tras la restitución del menor a ese Estado para su protección (o la del padre sustractor si resultare necesario).**
 - **Obtener información sobre si se prevén medidas de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual y, en caso afirmativo, si pueden implementarse a los efectos de proteger al menor (y al padre sustractor, de ser necesario) tras la restitución, o sobre qué tan pronto las autoridades de ese Estado pueden implementar dichas medidas.**
 - **Solicitar confirmación de que se hayan adoptado medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor (y al padre sustractor, si procediere) o de que la autoridad competente del Estado de residencia habitual haya dictado órdenes al respecto para poder ordenar la restitución del menor.**
 - **Averiguar si hay una orden de detención o un procedimiento penal pendiente contra el padre sustractor por el traslado o la retención ilícitos del menor en el Estado de residencia habitual y, en ese caso, si esa acción penal puede desistirse si ello facilitara el retorno del padre sustractor con el niño.**
 - **Evaluar la posibilidad de establecer comunicaciones electrónicas entre el menor y el padre privado del menor lo antes posible, incluso con supervisión si se estimare necesario para proteger al menor o a ese padre, o para proteger su relación.**
 - **Evaluar si convendría que el menor asistiera a un servicio de apoyo para niños que han sido sustraídos de su país por uno de sus padres o que han sufrido algún tipo de desarraigo similar¹⁴².**

¹⁴² Véase, p. ej., la página para niños del sitio < www.zank.de > que contiene una línea de asistencia telefónica a la que pueden recurrir los niños, sin la presencia del padre sustractor.

7. Garantizar la seguridad y la “restitución segura” del menor y, en su caso, del padre que lo acompaña

132. Durante el procedimiento de restitución en el Estado requerido, es importante que el tribunal y otras autoridades arbitren las medidas necesarias para garantizar la seguridad y el bienestar del menor. Esto reviste especial importancia en los casos en que se deduce la excepción del artículo 13(1)(b).

133. De manera similar, después de la orden de restitución, el concepto de “restitución segura” del menor y, en su caso, del padre que lo acompaña, así como cuestiones prácticas conexas, han tenido un lugar prominente en las discusiones de las reuniones anteriores de la Comisión Especial (véase el Anexo 2), y han sido objeto de una variedad de buenas prácticas concebidas por autoridades competentes, Autoridades Centrales y otras autoridades que intervienen en casos del Convenio de 1980.

i. Medidas de protección para garantizar la seguridad y el bienestar del menor durante el procedimiento en el Estado requerido

134. Puede resultar necesario considerar adoptar medidas para proteger al menor en el Estado requerido durante el procedimiento de restitución¹⁴³, por ejemplo, cuando una de las partes alega que el menor era víctima de abuso o violencia (directa o indirecta) en el Estado de residencia habitual antes del traslado. La seguridad o el bienestar del menor pueden estar en riesgo por ciertos comportamientos (p. ej.: maltrato, abuso físico o psicológico) del padre sustractor o del padre privado del menor durante el procedimiento.

135. En los casos en los que se comprueba que el padre sustractor, durante o después de la sustracción, expone al menor a riesgo de daño físico o psicológico, el Estado requerido debería adoptar medidas de protección, como retirar al menor del cuidado del padre sustractor (y/o, por supuesto, ordenar la restitución inmediata del menor al Estado de residencia habitual).

a) Buenas prácticas recomendadas

136. A continuación se presentan buenas prácticas que contribuyen a garantizar la seguridad y el bienestar del menor durante el procedimiento de restitución:

- **Arbitrar las medidas necesarias a los efectos de la seguridad y bienestar del menor durante el procedimiento de restitución y tener en cuenta que puede resultar necesario adoptar medidas de protección para el menor lo más pronto posible en el transcurso del proceso.**
- **Si se estimare necesario, comunicarse con las autoridades pertinentes, como las Autoridades Centrales o autoridades de protección de la infancia, o con el representante legal del menor (si procede) para averiguar si existe la necesidad de adoptar medidas de protección para la seguridad y el bienestar del menor durante el procedimiento de restitución. En caso afirmativo, evaluar qué tipo de medidas de protección serían adecuadas y eficaces para el caso en concreto.**
- **Evaluar la posibilidad de recurrir al artículo 11 del Convenio de 1996 (de ser aplicable) cuando se contempla la adopción de medidas de protección para el menor¹⁴⁴.**

¹⁴³ Sobre las medidas de protección, véase *infra* el párr. 137 y sigs.

¹⁴⁴ Sobre el art. 11 del Convenio de 1996, véase *infra* el párr. 147 y sigs.

ii. Medidas de protección para garantizar la “restitución segura” del menor en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b)

137. Las autoridades competentes ante las que se presenta demanda de restitución recurren cada vez más a las medidas de protección¹⁴⁵, en especial las adoptadas en el otro Estado —por ejemplo, a través de órdenes espejo o de puerto seguro¹⁴⁶— para garantizar la restitución inmediata y segura del menor¹⁴⁷. Una medida de protección puede consistir también, por ejemplo, en un compromiso ofrecido y respetado por el padre privado del menor (que sin embargo debe ser aplicado con prudencia a menos que pueda hacerse ejecutivo en el Estado requirente, p. ej., por medio de un acuerdo homologado judicialmente que luego “se reproduce o refleja” en el otro Estado¹⁴⁸) o en un compromiso impuesto por el juez como condición necesaria para la restitución (a veces denominado “condición” o “requisito”).

138. La cuestión de si corresponde que el juez adopte medidas de protección —y, en su caso, de qué tipo— depende de las circunstancias particulares del caso y de los ordenamientos jurídicos y las prácticas de los Estados en que se adoptarán o implementarán las medidas. Algunos tipos de medidas de protección se utilizan con frecuencia en países de *common law*, a través de órdenes de puerto seguro u órdenes espejo, mientras que en otros países (predominantemente los de derecho romano-germánico), los jueces a veces carecen de fundamentos jurídicos que los habiliten a adoptar medidas de esta índole¹⁴⁹. Por lo tanto, si resultare necesario obtener, por ejemplo, una orden de puerto seguro en el Estado de residencia habitual (o una orden espejo respecto de una medida de protección adoptada por el juez ante el que se presentó demanda de restitución), a los efectos de garantizar la restitución del menor a un entorno seguro, la primera condición será que la orden sea susceptible de ejecución según el ordenamiento del Estado de residencia habitual¹⁵⁰.

139. En consecuencia, la dificultad principal de algunos tipos de mecanismos para implementar las medidas de protección adoptadas a los efectos de lograr la restitución segura del menor (p. ej.: compromisos, órdenes espejo y de puerto seguro) consiste en que no estén previstas o no sean susceptibles de ejecución en el Estado al que se restituirá al menor, y por lo tanto, no lo protejan eficazmente tras la restitución a ese Estado. Sin embargo, el artículo 11 del Convenio de 1996 —si este Convenio está en vigor en ambos Estados— dispone un mecanismo para resolver este problema (véase *infra* la sección 7(iv))¹⁵¹.

¹⁴⁵ Por ejemplo, los jueces que aplican el Reglamento Bruselas II bis tienen la obligación de examinar si existen medidas de protección, en virtud del art. 11(4) del Reglamento. Véase *supra* el párr. 68 sigs.

¹⁴⁶ La explicación de la terminología empleada se encuentra más abajo en el Glosario, anexo 1.

¹⁴⁷ Para más información sobre las medidas de protección, véase, p. ej., P.R. Beaumont y P.E. McElevy (ob. cit. nota 56), p. 156 y sigs.; R. Schuz, (ob. cit. nota 43), p. 289 y sigs. Véase también la Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución (ob. cit. nota 17), capítulo 1, párrs. 17 a 22, capítulo 5, párrs. 92 a 94; capítulo 8, párrs. 116 a 120. Véase también la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación (ob. cit. nota 7), capítulo 6.2.

¹⁴⁸ Por ejemplo, los compromisos voluntarios no deberían usarse, entre otras cosas, para cuestiones relativas a la seguridad de la persona del menor, o el bienestar fundamental del menor o del padre que lo sustrajo. Surge de investigaciones que los compromisos voluntarios no son eficaces en los casos de violencia doméstica, por ejemplo, R. Hoegger, *What if she leaves? Domestic Violence Cases Under the Hague Convention and the Insufficiency of the Undertakings Remedy*, 18 Berkeley Women’s Law Journal 181; y J. Lewis, *Comment: The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity*, otoño de 2000, 13 Transnat’l Law 391, p. 23.

¹⁴⁹ Los jueces en países de derecho romano-germánico suelen necesitar un fundamento jurídico que los habilite a adoptar medidas de protección solicitadas por la autoridad competente del otro Estado, que no están previstas en su derecho procesal interno. No obstante, en algunos casos, juzgados de sistemas de derecho romano-germánico han dictado órdenes de restitución sometidas a ciertas condiciones; véase al respecto R. Schuz (ob. cit. nota 43), p. 291. Véase Juzgado Segundo de Niñez y Adolescencia de Panamá, fallo n.º 393-05-F, 5 de julio de 2005 [Referencia en INCADAT: HC/E/PA 872]: el primer ejemplo de un juzgado en materia civil en América Latina que estableció medidas de protección a través de una “orden espejo”. Véase también la Ley 26.994 promulgada por Decreto 1795/2014, que introdujo el artículo 2642 al Código Civil argentino, por el que se autoriza a los jueces a disponer medidas de protección para la restitución segura del menor y, si correspondiera, la del adulto que lo acompaña, a requerimiento de autoridad competente extranjera.

¹⁵⁰ Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución (ob. cit. nota 17), capítulo 8, párr. 117.

¹⁵¹ Las medidas de protección del art. 11 del Convenio de 1996 se presentan en mayor detalle *infra* en el párr. 147 y sigs. Véase también, p. ej., P. Nygh, *The new Hague Child Protection Convention*, International Journal of Law, Policy and the Family, 11, (1997), pp. 344 a 359, p. 351. Cabe señalar que según el Convenio de 1996, la ejecución de medidas extranjeras no es automática, pero “[c]ada Estado contratante aplicará un procedimiento simple y rápido a la declaración de *exequatur* o al registro” (véase el art. 26).

140. La cooperación y la coordinación a través de la RIJH y del sistema de Autoridades Centrales (véanse las secciones 5 y 6 de esta Parte, la Parte III y el Anexo 5) debería resultar de gran ayuda en circunstancias en que la autoridad competente considera que deben adoptarse medidas de protección para lograr la restitución segura del menor y del padre que lo acompaña, en su caso. La mediación es otra herramienta a la que pueden recurrir las autoridades competentes u otras partes que intervengan para asistir a concertar un acuerdo sobre los detalles de la restitución segura (véase *infra* la sección 10).

a) Buenas prácticas recomendadas

141. A continuación se presentan buenas prácticas para cuando las autoridades competentes contemplan adoptar una medida de protección (véanse también las buenas prácticas recomendadas más adelante en el contexto del Convenio de 1996):

- **Se puede alentar a las partes, desde el comienzo del procedimiento, a prepararse para los posibles resultados. Ambos padres deben saber desde el principio qué cuestiones exigirán prueba —incluso con respecto a la necesidad y la existencia de medidas de protección o condiciones para la restitución—. Prepararse para los posibles resultados estimula a las partes a reflexionar sobre sus posturas, el impacto que cada resultado tendrá sobre el niño, y a centrar la atención en lo que ocurrirá una vez que se dicte sentencia¹⁵².**
- **Tener en cuenta que las medidas de protección deben limitarse al objetivo de garantizar la restitución segura del menor y no deben ir más allá de lo necesario, según las circunstancias del caso, para lograr los objetivos del Convenio. Ha de velarse por no vulnerar la competencia de los tribunales del Estado de residencia habitual, que son los que tienen competencia para adoptar medidas de protección a largo plazo, que atiendan al interés superior del niño.**
- **Tener en cuenta que las medidas de protección deben ser, en general, exhaustivas, adecuadas y eficaces, según las circunstancias del caso, y que, en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b), deben responder de manera adecuada a la cuestión del grave riesgo para el menor, sin imponer cargas innecesarias.**
- **Arbitrar lo necesario para que —en el caso de que las medidas de protección estén dirigidas al padre privado del menor— las medidas no le sean demasiado gravosas¹⁵³, dado que el padre sustractor, al trasladar o retener ilícitamente al menor, es quien creó la situación ilícita que el Convenio de 1980 pretende resolver restableciendo el *statu quo*¹⁵⁴.**
- **En general, velar por que la carga de probar si existen medidas de protección adecuadas y eficaces no recaiga únicamente en el padre privado del menor¹⁵⁵.**

¹⁵² Esta manera de proceder puede evitar que se soliciten o impongan condiciones a la restitución *a posteriori*, luego de la decisión de restitución. Las condiciones que no son debidamente sopesadas o que resulten una molestia para una parte, pero frente a las cuales se siente incapaz de oponerse, pueden llevar a agravar —en lugar de disminuir— los conflictos parentales tras la restitución del niño al Estado de residencia habitual.

¹⁵³ Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución (ob. cit. nota 17), capítulo 5, párr. 93.

¹⁵⁴ A este respecto, véase, p. ej., el Informe Explicativo (ob. cit. nota 8), párrs. 11 a 16. Sin embargo, en algunas circunstancias, p. ej., cuando el padre privado del menor es violento y su comportamiento ilícito previo ha sido corroborado, el juez debe tener en cuenta la gravedad del comportamiento del padre en la consideración de las medidas de protección que garantizarían la restitución segura, si correspondiera.

¹⁵⁵ Dado que la carga de la prueba con respecto al grave riesgo incumbe a la persona o institución que se opone a la restitución (véase *supra* el párr. 63). No obstante, en algunas circunstancias, p. ej., cuando el padre privado del menor es violento y su comportamiento previo es ilícito (ibíd.), el tribunal debe considerar cuidadosamente la gravedad del comportamiento del padre, si bien debe evitar realizar una evaluación exhaustiva del interés superior (véase *supra* el párr. 86). Sin embargo, algunos expertos sugieren que, en algunos casos, la carga de probar la existencia de mecanismos de protección adecuados y eficaces en el Estado requirente debería recaer en quien solicita la restitución, dado que lo contrario es difícil de probar.

- Si las medidas de protección deben implementarse en el Estado al que el menor será restituido, antes de ordenarlas:
 - determinar si está permitido implementar esas medidas según la legislación, los procedimientos y las prácticas de ese Estado, o si se prevén maneras para que puedan ser reconocidas y, de ser necesario, ejecutadas. Debe tenerse presente que puede que la implementación o el reconocimiento de algunas medidas no sea posible en ese Estado en virtud del derecho y de los procedimientos internos, por lo que posiblemente el menor no esté protegido adecuada y eficazmente tras su restitución.
 - Considerar aplicar el artículo 11 del Convenio de 1996 que establece una norma que atribuye competencia, en casos de urgencia, para adoptar las medidas de protección necesarias con respecto a un menor¹⁵⁶, que son reconocidas y pueden declararse ejecutorias o registrarse a los fines de su ejecución en el Estado al que el niño será restituido, siempre que ambos Estados sean Estados contratantes del Convenio de 1996¹⁵⁷.
- Considerar establecer comunicaciones judiciales directas¹⁵⁸ o solicitar la asistencia de las Autoridades Centrales designadas en virtud del Convenio de 1980¹⁵⁹ o de Autoridades Centrales designadas en virtud del Convenio de 1996 (de ser aplicable)¹⁶⁰, por ejemplo, para determinar:
 - si se prevén medidas de protección en el Estado al que el menor será restituido —y en caso afirmativo, cuáles— y de qué manera pueden ser implementadas (p. ej.: condiciones, órdenes espejo o de puerto seguro);
 - si las medidas de protección adoptadas en el Estado en el que se encuentra el menor pueden ser aceptadas, implementadas o reconocidas y, de ser necesario, ejecutadas en el Estado al que el menor será restituido;
 - cuánto tiempo demorarían las autoridades del Estado al que el menor será restituido en adoptar medidas de protección para el menor tras su restitución¹⁶¹; y
 - si se han dispuesto las medidas de protección adecuadas y eficaces en el Estado al que el menor será restituido antes de que se ordene la restitución o antes de que se haga efectiva.
- Considerar si conviene informar a las autoridades competentes del Estado al que el menor será restituido, a saber, la Autoridad Central designada en virtud del Convenio de 1980 o en virtud del Convenio de 1996 (de ser aplicable), sobre el hecho de que se contemplada adoptar medidas de protección para el menor, o se han adoptado, por ejemplo, para permitirles —en la medida de lo posible— tomar las acciones requeridas por la situación en su Estado para que el menor continúe estando protegido tras la restitución.
- Arbitrar lo necesario para que la consideración de las medidas de protección en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b) no retrase indebidamente la consideración del caso en el procedimiento de restitución.

142. En muchos casos en los que se invoca el artículo 13(1)(b), las autoridades competentes del Estado al que el menor será restituido (usualmente el Estado de residencia habitual del menor) podrán resolver las cuestiones planteadas en relación a la excepción de grave riesgo y garantizar la seguridad del menor tras su restitución. No obstante, cuando no se ha formado la convicción del juez de que las medidas de protección serán adecuadas y eficaces —y de ser

¹⁵⁶ Algunos Estados pueden recurrir a esta disposición del Convenio de 1996 a los efectos de proteger al padre que acompaña al menor, cuando corresponde; véase *infra* la nota 171.

¹⁵⁷ Véase el art. 23 y sigs. del Convenio de 1996. Véase también *infra* el párr. 147 y sigs.

¹⁵⁸ Véase *supra* el párr. 123 sobre comunicaciones judiciales directas.

¹⁵⁹ Véase, p. ej., la Guía de Buenas Prácticas sobre Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), capítulos 3.19, 4.15 y 6.3. Véase también *infra* el párr. 213 y sigs. sobre el rol de las Autoridades Centrales.

¹⁶⁰ Para más información sobre la asistencia prestada por las Autoridades Centrales designadas en virtud del Convenio de 1996, véase *infra* el párr. 159.

¹⁶¹ Véase al respecto el art. 11(2) y (3) del Convenio de 1996.

necesario, ejecutorias— para que el menor esté protegido tras la restitución, el juez puede considerar denegar la restitución.

iii. Consideraciones relativas a la seguridad del padre sustractor y la del padre privado del menor

143. En algunos casos, la seguridad y bienestar del niño pueden estar estrechamente vinculados con la seguridad y el estado de salud o el bienestar de uno de sus padres. En las reuniones anteriores de la Comisión Especial se destacó este tema, en especial en lo relativo a los mecanismos para lograr una “restitución segura” del menor, cuando uno de sus padres lo acompaña (véase el Anexo 2).

144. Actualmente tenemos más conocimiento de los efectos negativos que la violencia conyugal o la violencia en la relación íntima de pareja puede tener en los niños (véase el Anexo 3). En la Sexta Reunión de la Comisión Especial se recomendó, en consonancia con los aportes de las ciencias sociales y las normas internacionales, que “[a]l momento de considerar la protección del niño en virtud de los Convenios de 1980 y 1996, se recomienda tener en cuenta el impacto que la violencia de un progenitor hacia el otro puede tener sobre el niño”¹⁶².

145. En consecuencia, el juez puede necesitar considerar medidas que no solo estén dirigidas a proteger al menor sino también al padre que lo sustrajo. Esto puede ser necesario, por ejemplo, cuando tanto el menor como el padre sustractor sufren los efectos de violencia doméstica, cuando el padre privado del menor vierte amenazas durante el procedimiento de restitución, o se teme que tal comportamiento se mantenga o sea recurrente en caso de retorno al Estado requirente¹⁶³. En algunos casos puede que sea difícil separar la seguridad o el bienestar del menor de los uno de sus padres (en especial si se trata del padre custodio del menor), y las autoridades competentes deberían aplicar las mismas consideraciones en cuando a la existencia, adecuación y ejecutoriedad de los acuerdos o las medidas de protección indicadas en la sección 7(ii) más arriba. En ciertos casos, el tribunal estimará que las medidas de protección dirigidas al padre que acompaña al menor no son adecuadas o eficaces para prevenir riesgos graves sobre el menor, por lo que deberá considerar denegar la restitución¹⁶⁴.

146. El tribunal también puede tener que considerar la seguridad del padre privado del menor, quien, por ejemplo, comparece en el procedimiento de restitución en el Estado requerido, y alega recibir amenazas del padre sustractor o miembros de su familia, u otras circunstancias graves.

iv. Medidas de protección según el artículo 11 del Convenio de 1996

147. Cada vez son más numerosos los Estados contratantes del Convenio de 1996, el cual prevé más herramientas prácticas para las autoridades competentes que conocen en procedimientos de restitución en virtud del Convenio de 1980. El sitio web de la Conferencia de La Haya (www.hcch.net) contiene información actualizada sobre si su Estado y el otro Estado involucrado en un caso del artículo 13(1)(b) son Parte en el Convenio de 1996 (en la sección “Protección de niños”, luego “Estado de situación”).

148. El Convenio de 1996 pretende mejorar la protección de menores en situaciones internacionales y, a ese efecto, trata cuestiones de competencia, derecho aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores¹⁶⁵. La implementación y aplicación del Convenio de 1996 también se

¹⁶² Informe de la Parte I de la Sexta Reunión de la Comisión Especial, párr. 42 (ob. cit. nota 28).

¹⁶³ Véase, p. ej., en cuanto al impacto psicológico que sufre el padre sustractor, la decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido (*United Kingdom Supreme Court*), *Re S (a Child)* [2012] UKSC 10. El Tribunal Supremo centró la atención en el impacto psicológico que sufrió la madre al ser obligada a regresar a un contexto de violencia doméstica y familiar, teniendo en cuenta la “base objetiva” de esos temores.

¹⁶⁴ Véase, p. ej., Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (Sala de Familia) (*High Court of England and Wales (Family Division)*), *BT v JRT* [2008] EWHC 1169 (Fam) y *DT v LBT* [2010] EWHC 3177 (Fam); y Tribunal Federal del Distrito Sur de Nueva York (*United States District Court, Southern District of New York*), *Davies v. Davies*, 2017 WL 361556.

¹⁶⁵ Véase el preámbulo y el art. 1 del Convenio de 1996.

dirige a aquellos niños que son objeto de una sustracción internacional: el Convenio de 1996 complementa y refuerza al Convenio de 1980 en varios aspectos¹⁶⁶.

149. El artículo 7 del Convenio de 1996, en armonía con el Convenio de 1980, dispone que en los casos de traslado o retención ilícitos del menor, las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado conservan su competencia. Esto se mantiene hasta que el menor adquiera residencia habitual en otro Estado, y además: (a) toda persona, institución u otro organismo que tenga la guarda acceda al desplazamiento o a la retención; o (b) el niño resida en este otro Estado por un período de al menos un año desde que la persona, institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo, y el niño se halle integrado en su nuevo medio.

150. Una disposición importante para los tribunales ante los que tramita un procedimiento de restitución en virtud del Convenio de 1980, y que, por ende, están situados en el Estado contratante al que el menor ha sido trasladado o en el que es retenido (art. 12(1))¹⁶⁷, es el artículo 11 del Convenio de 1996, que reza¹⁶⁸:

“(1) En caso de urgencia, son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan.

(2) Las medidas adoptadas en aplicación del apartado precedente respecto de un niño que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante dejan de tener efecto desde que las autoridades competentes en virtud de los artículos 5 a 10 adopten las medidas exigidas por la situación.

(3) Las medidas adoptadas en aplicación del apartado primero respecto de un niño que tenga su residencia habitual en un Estado no contratante dejan de tener efecto en todo Estado contratante desde que las medidas exigidas por la situación y adoptadas por las autoridades de otro Estado se reconocen en dicho Estado contratante”¹⁶⁹.

a) Utilidad del artículo 11 del Convenio de 1996 en los procedimientos de restitución

151. Si el Convenio de 1996 es aplicable al caso, su artículo 11 puede utilizarse en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b) a los fines de:

➤ **proteger al menor y velar por su bienestar durante el procedimiento de restitución en el Estado requerido¹⁷⁰ (en algunos Estados y territorios, el art. 11 del Convenio de 1996 también se ha usado para proteger al padre que acompaña al menor)¹⁷¹;**

¹⁶⁶ Véanse, p. ej., los arts. 7 y 50 del Convenio de 1996. Para más información sobre el rol del Convenio de 1996 en los asuntos de sustracción internacional de menores, véase, p. ej., el *Manual Práctico sobre el Funcionamiento del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños*, publicado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, La Haya, 2014 (en adelante el “Manual Práctico del Convenio de 1996”), disponible en < www.hcch.net >, “Publicaciones”, capítulo 13, sección A. Véase también N. Lowe y M. Nicholls, *The 1996 Convention on the Protection of Children*, Jordan Publishing Ltd., 2012, capítulo 7.

¹⁶⁷ Véase *supra* el párr. 84.

¹⁶⁸ Véase Conclusiones y Recomendaciones de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 29), párr. 41.

¹⁶⁹ Véase también el art. 7(3) del Convenio de 1996 que dispone que mientras las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención conserven su competencia, las autoridades del Estado contratante al que ha sido trasladado o en el que se encuentra retenido solo pueden tomar las medidas urgentes contempladas en el art. 11 del Convenio de 1996 que sean necesarias para la protección de la persona o los bienes del niño.

¹⁷⁰ Véase *supra* el párr. 132 y sigs. sobre garantizar la seguridad y el bienestar del menor en el procedimiento de restitución.

¹⁷¹ Véase “Nota explicativa sobre cuestiones específicas del Convenio de 1996”, redactada y aprobada por los participantes de la Reunión Latinoamericana sobre la Protección Internacional de Niños y la Obtención de Alimentos en el Extranjero, Santiago, Chile, del 4 a 6 de diciembre de 2013, coorganizada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) y el Centro Heidelberg para América Latina (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < <https://assets.hcch.net/upload/santiago2013expl-note.pdf> >).

- responder al problema de que el menor no sea protegido adecuada y eficazmente tras su restitución al Estado requirente;
- garantizar la protección del menor en el Estado de residencia habitual hasta que las autoridades de ese Estado adopten medidas para protegerlo.

b) Funcionamiento del artículo 11 del Convenio de 1996 en los procedimientos de restitución

152. El artículo 11 del Convenio de 1996 atribuye competencia a las autoridades del Estado contratante del Convenio de 1996 en cuyo territorio se encuentra el menor o sus bienes para tomar, en casos de urgencia, las medidas de protección que sean necesarias¹⁷². El tribunal ante el que tramita el procedimiento de restitución en el Estado al que el menor ha sido trasladado o en el que se encuentra retenido puede ejercer su competencia para tomar medidas urgentes en virtud de este artículo (siempre que se trate de un Estado contratante del Convenio de 1996)¹⁷³.

153. En ese caso, las autoridades competentes del Estado al que el menor ha sido trasladado o en el que se encuentra retenido aplican su propio Derecho al tomar medidas de protección en virtud del artículo 11 del Convenio de 1996¹⁷⁴. Pueden adoptar medidas de protección en virtud de este artículo independientemente de los procedimientos relativos al menor que estén pendientes en el Estado de residencia habitual¹⁷⁵. Asimismo, el hecho de que ya se hayan tomado medidas de protección en el Estado de residencia habitual no impide que las autoridades del Estado en el que se encuentra el menor adopten medidas de protección en virtud del artículo 11, aun si las medidas son incompatibles con las adoptadas en el Estado de residencia habitual¹⁷⁶.

154. El Convenio de 1996 no define qué medidas de protección pueden ser “necesarias” de acuerdo con el artículo 11 del Convenio de 1996, o qué constituye un “caso de urgencia”. En general, las medidas de protección a que hace referencia el artículo 11 son las medidas dirigidas a proteger a la persona y los bienes del menor que figuran en la lista enunciativa del artículo 3 del Convenio de 1996 (y que no quedan excluidas según el artículo 4 del mismo Convenio)¹⁷⁷.

155. En el Informe Explicativo del Convenio de 1996 se señala que quienes negociaron el instrumento “se [abstuvieron] deliberadamente de precisar qué medidas podían adoptarse a título de urgencia en aplicación del artículo 11. Se trata, en efecto, de una noción funcional, según la cual la urgencia determina las medidas necesarias en cada situación”¹⁷⁸. Se sugiere además que “se está en presencia de una situación de urgencia en el sentido del artículo 11

Véase, p. ej., Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º Turno de Uruguay, *S.G., P.C. v U., M.*, 22 de diciembre de 2016.

¹⁷² Para más información sobre el art. 11, véase P. Lagarde, “Informe Explicativo del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños”, *Proceedings of the Eighteenth Session* (Actas y Documentos de la Décimo Octava Sesión) (1996), tomo II, *Protection of children* (Protección de Niños), La Haya, SDU, 1998 (en adelante el “Informe Explicativo del Convenio de 1996”), párrs. 68 y sigs. Véase también el Manual Práctico del Convenio de 1996 (ob. cit. nota 166), capítulo 6 (el caso de ejemplo 6(g) es un caso de aplicación del art. 13(1)(b)) y capítulo 13, sección A, párr. 13.1 y sigs., en particular, el párr. 13.7.

¹⁷³ Para la aplicación del artículo 11 del Convenio de 1996 no hace falta que el menor tenga su residencia habitual en un Estado contratante del Convenio de 1996. Véase el art. 11(3) del Convenio de 1996.

¹⁷⁴ Véase el capítulo III, art. 15 y sigs., en particular el art. 15(1), del Convenio de 1996.

¹⁷⁵ El art. 13 del Convenio de 1996 no se aplica a las medidas de protección adoptadas en virtud del art. 11 del Convenio de 1996.

¹⁷⁶ Véase N. Lowe y M. Nicholls (ob. cit. nota 166), capítulo 3, párr. 3.23 y sigs., en particular, el párr. 3.25.

¹⁷⁷ De ellos se deduce que solo las medidas dirigidas a proteger a los niños quedan comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio de 1996: una orden dictada para proteger al padre que acompaña al menor en su restitución —salvo que esté dirigida también a proteger al menor— no queda incluida en el ámbito de aplicación del Convenio de 1996. Véase *Consultations on the desirability and feasibility of a Protocol to the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction - a preliminary report*, Doc. Prel. N° 7 de mayo de 2011, disponible en el sitio < www.hcch.net >, Sexta Reunión de la Comisión Especial (parte I, junio de 2011; parte II, enero de 2012) (ruta indicada en la nota 25), Nota de la Oficina Permanente, párr. 4.3. Sin embargo, como se señala *supra*, algunos Estados estiman que el art. 11 del Convenio de 1996 es útil para proteger al padre que acompaña al menor, además de al propio menor, en el marco de una orden de restitución. Véase *supra* el párr. 151.

¹⁷⁸ Véase el Informe Explicativo del Convenio de 1996 (ob. cit. nota 172), párr. 70.

cuando solo se procuraron medidas de protección a través de las vías normales de los artículos 5 a 10 [del Convenio de 1996], y ello podría entrañar un perjuicio irreparable para el niño”¹⁷⁹. La situación de urgencia es entonces la que justifica el apartamiento de la norma general y por esta razón debe interpretarse restrictivamente¹⁸⁰.

156. De ello se deduce que esta cuestión corresponda al tribunal ante el que se presentó demanda de restitución, para que determine, según los hechos del caso, si se trata de un caso de “urgencia” que habilita la aplicación del artículo 11 del Convenio de 1996 para adoptar medidas dirigidas a proteger al menor. Si se cumple esta condición, el tribunal estará facultado, en virtud del artículo 11, para tomar las medidas necesarias para proteger al menor durante el procedimiento de restitución (p. ej., medidas de protección provisionales) y para garantizar una restitución segura.

157. Estas medidas de protección tienen efectos extraterritoriales¹⁸¹ hasta que son remplazadas por medidas adoptadas por las autoridades del Estado de residencia habitual para proteger al menor, siempre que ambos Estados sean Estados contratantes del Convenio de 1996. En consecuencia, estas medidas también garantizarán la protección del menor en el Estado requirente hasta que las autoridades del Estado de residencia habitual adopten sus propias medidas para proteger al menor.

158. Cabe mencionar que, si bien el artículo 11 del Convenio de 1996 atribuye competencia concurrente a las autoridades del Estado en el que se encuentra el menor, las autoridades del Estado donde el menor tiene su residencia habitual conservan competencia general por razón del territorio, en virtud del artículo 5 del Convenio de 1996, para adoptar medidas dirigidas a proteger a la persona y los bienes del menor. Por lo tanto, nada impide que las autoridades del Estado de residencia habitual tomen medidas para garantizar la restitución segura del menor.

c) Buenas prácticas recomendadas

159. A continuación se indican buenas prácticas que pueden asistir a los jueces a contemplar la adopción de medidas de protección, según el artículo 11 del Convenio de 1996, en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b), además de las buenas prácticas relativas a las medidas de protección mencionadas más arriba¹⁸²:

- **De ser necesario, considerar solicitar la asistencia de las Autoridades Centrales designadas en virtud del Convenio de 1996¹⁸³, en particular a los efectos de:**
 - **Obtener información sobre la legislación y los servicios ofrecidos en el Estado al que el menor será restituido para proteger al menor tras su restitución a ese Estado (véase el art. 30(2) del Convenio de 1996)¹⁸⁴.**

¹⁷⁹ En decisiones jurisprudenciales destacadas se señaló que el concepto de “urgencia” del art. 11 no debería restringirse únicamente a los casos en los que pesa sobre el menor un riesgo de “daño irreparable”, sino que abarca una variedad más amplia de situaciones (véase, p. ej., *In re J (A Child)* [2015] UKSC 70, [2016] AC 1291). Estas medidas pueden incluir medidas de protección no previstas en el Estado de residencia habitual.

¹⁸⁰ Véase *ibíd.*, párr. 68. Véase también el Manual Práctico del Convenio de 1996 (ob. cit. nota 166), capítulo 6, párrs. 6.2-6.7.

¹⁸¹ Las medidas de protección del art. 11 del Convenio de 1996 son susceptibles de reconocimiento (de pleno derecho) y ejecución según lo dispuesto en el capítulo IV (art. 23 y sigs.) del Convenio de 1996. Si existen preocupaciones de que alguna medida no sea reconocida, entre otras cosas, para disipar dudas sobre la existencia de un criterio de no reconocimiento, puede solicitarse el “reconocimiento previo” de una medida en virtud del art. 24 del Convenio de 1996. Sin embargo, cabe señalar que el Convenio de 1996 no exige que el procedimiento sea “simple y rápido” (como en el art. 26(2) del Convenio de 1996). Véase, p. ej., el Informe Explicativo del Convenio de 1996 (ob. cit. nota 172), párrs. 129-130.

¹⁸² Véase *supra* el párr. 141.

¹⁸³ En la mayoría de los Estados contratantes del Convenio de 1996, la Autoridad Central designada en virtud del Convenio (véase el art. 29 del Convenio de 1996) coincide con la Autoridad Central designada en virtud del Convenio de 1980, lo cual constituye la manera de proceder recomendada; véase el Manual Práctico del Convenio de 1996 (ob. cit. nota 166), capítulo 11, párr. 11.6.

¹⁸⁴ El art. 30(2) del Convenio de 1996 exige que las Autoridades Centrales, “adopt[en], en el marco de la aplicación del Convenio, las disposiciones apropiadas para proporcionar informaciones sobre su legislación, así como sobre los servicios disponibles en sus respectivos Estados en materia de protección del niño”.

- **Obtener información relativa a la protección del menor, si su situación lo exige (véase el art. 34 del Convenio de 1996)¹⁸⁵, salvo que la comunicación de dicha información pudiera poner a la persona o los bienes del menor en peligro, o constituir una amenaza grave para la libertad o la vida de un miembro de su familia (véase el art. 37 del Convenio de 1996)¹⁸⁶.**
- **Cuando se han tomado medidas en virtud del Convenio de 1996, solicitar que las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor presten asistencia para su implementación (véase el art. 35(1) del Convenio de 1996)¹⁸⁷.**
- **Considerar si conviene informar a la autoridad competente del Estado de residencia habitual (además de a la Autoridad Central designada en virtud del Convenio de 1996) y a las partes de que se contempla adoptar medidas para proteger al menor, o de que ya se han adoptado, según el artículo 11 del Convenio de 1996, por ejemplo, para:**
 - **incitarlas a adoptar medidas para proteger al niño según lo exija la situación en su Estado, para garantizar su protección ininterrumpida tras la restitución¹⁸⁸;**
 - **que sepan que esta medida de protección sería reconocida de pleno derecho y tendría fuerza ejecutoria de acuerdo al artículo 23 y sigs. del Convenio de 1996 (siempre que ambos Estados sean Estados contratantes del Convenio de 1996).**
- **La ejecución en virtud de los artículos 24 y 26 puede facilitarse si el instrumento por el que se ordenan las medidas de protección especifica cuestiones relacionadas con los criterios de denegación de reconocimiento establecidos en el artículo 23(2), a saber, la razón en que se fundó la competencia de la autoridad que dictó la medida, la manera en que se dio audiencia al menor, en que se respetó el debido proceso de la otra parte titular de responsabilidad parental o, en su caso, cómo se dio cumplimiento al artículo 33. Incluir considerandos que hacen referencia a los criterios de denegación enumerados en el artículo 23(2) puede reducir las demoras y disuadir el planteamiento de objeciones oportunistas al reconocimiento.**

¹⁸⁵ El art. 34(1) del Convenio de 1996 establece que “[c]uando se prevé una medida de protección, las autoridades competentes en virtud del Convenio pueden, si la situación del niño lo exige, solicitar que toda autoridad de otro Estado contratante les transmita las informaciones útiles que pueda tener para la protección del niño”. Este párrafo autoriza a la autoridad competente a solicitar información de las autoridades de otros Estados contratantes, pero el art. 34(2) da la posibilidad a los Estados contratantes de declarar que tales solicitudes “solo podrán realizarse a través de su Autoridad Central”. Puede verse si un Estado ha hecho esta declaración en el estado de situación del Convenio de 1996, disponible en el sitio < www.hcch.net >, Sección “Protección de niños”. Cabe señalar que la autoridad requerida no está obligada a brindar la información solicitada (p. ej., puede ser que según su derecho interno, la autoridad no tenga permitido responder a la solicitud de información; véase el Informe Explicativo del Convenio de 1996 (ob. cit. nota 172), párr. 144.

¹⁸⁶ Con respecto a las solicitudes de información o a la transmisión de información relativa al menor, en especial en virtud de los arts. 31, 34 y 36 del Convenio de 1996, debe tenerse especialmente en cuenta el art. 37 del Convenio de 1996, que establece que “[u]na autoridad no puede solicitar o transmitir información en aplicación del [capítulo V (arts. 29 a 38) del Convenio de 1996], si considera que tal solicitud o transmisión podría poner en peligro la persona o los bienes del niño o constituir una amenaza grave para la libertad o la vida de un miembro de su familia”. Véase el Informe Explicativo del Convenio de 1996, *ibid.*, párr. 151.

¹⁸⁷ El art. 35(1) del Convenio de 1996 prevé que las autoridades competentes de los Estados contratantes pueden brindarse asistencia mutua en la implementación de las medidas de protección, dado que dispone que “[l]as autoridades competentes de un Estado contratante pueden pedir a las autoridades de otro Estado contratante que les presten su asistencia para la puesta en práctica de las medidas de protección adoptadas en aplicación del Convenio, en particular para asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visita, así como el derecho a mantener contactos directos regulares”. El hecho de que se mencione en particular a la asistencia con respecto al ejercicio de derechos de visita y a mantener contactos no significa que no puedan solicitarse asistencia en lo atinente a la implementación de otras medidas de protección.

¹⁸⁸ Véase al respecto el art. 11(2) y (3) del Convenio de 1996. Véase también el Manual Práctico del Convenio de 1996 (ob. cit. nota 166), capítulo 6, párr. 6.9.

160. Puede concluirse que recurrir al Convenio de 1996 aporta ventajas importantes a los casos de sustracción internacional de menores, en especial a los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b) en que el menor puede necesitar protección urgente.

161. El Convenio de 1996 dota de mayor eficacia a estas medidas de protección dado que prevé que sean reconocidas “de pleno derecho” en el Estado contratante al que el menor será restituido, y que tengan fuerza ejecutoria en ese Estado contratante¹⁸⁹, hasta que las autoridades del Estado contratante requirente adopten las medidas de protección necesarias.

162. Las disposiciones del Convenio de 1996 sobre cooperación también prevén maneras en que el tribunal que conoce en el procedimiento de restitución puede solicitar la asistencia de autoridades extranjeras para recabar información relativa a si existen medidas de protección adecuadas y efectivas para proteger al niño que complementen las del Convenio de 1980. El hecho de que en muchos Estados contratantes la Autoridad Central designada en virtud del Convenio de 1996 coincide con la designada en virtud del Convenio de 1980 facilita la prestación de asistencia.

8. Información y pruebas en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b)

i. Aspectos generales sobre información y prueba

163. Las normas y las prácticas relativas a la obtención y admisión de pruebas e información difieren de un Estado contratante al otro¹⁹⁰. En los procedimientos de restitución, estas normas y prácticas deberían aplicarse teniendo en consideración la necesidad de actuar con celeridad y la importancia de limitar la investigación del tribunal estrictamente a las cuestiones controvertidas que se relacionen directamente con la restitución¹⁹¹.

164. Cuando se invoca el artículo 13(1)(b), según los hechos particulares del caso, intentar determinar cuestiones de hecho puede retrasar indebidamente el procedimiento. Como se indica más arriba (véanse los dos criterios descritos en la sección 4 de esta parte), puede no ser necesario resolver todas las cuestiones de hecho, por ejemplo, cuando el tribunal constata que existen medidas de protección adecuadas y eficaces para proteger al niño en el Estado de residencia habitual como para prevenir o atenuar el riesgo grave alegado, en razón de lo cual puede ordenar la restitución del niño sin necesidad de llevar a cabo un examen exhaustivo de la información o las pruebas aportadas por la persona o el organismo que se opone a la restitución¹⁹².

165. Es importante reiterar que la carga de probar la existencia del riesgo grave incumbe a la persona, institución u otro organismo que se opone a la restitución del menor: por lo general, en la práctica, el padre que lo sustrajo¹⁹³. Incluso cuando el tribunal obtiene información o pruebas de oficio, o si el padre privado del menor —o la persona u organismo que dedujo la demanda de restitución— no impulsa el procedimiento, se debe formar la convicción del tribunal de que la persona u organismo que se opone a la restitución ha cumplido su obligación con respecto a la carga de la prueba de los hechos en que funda el planteamiento de la excepción.

¹⁸⁹ Las medidas urgentes adoptadas en virtud del artículo 11 del Convenio de 1996 deben ser reconocidas “de pleno derecho” en todos los Estados contratantes de conformidad con el artículo 23(1) y pueden ser ejecutorias de acuerdo a los artículos 24 o 26, salvo que el reconocimiento o la ejecución sean denegados por razón de uno de los criterios del artículo 23(2). Dado que el reconocimiento y la ejecución de las medidas adoptadas en virtud del artículo 23(1) pueden ser impugnados y posiblemente denegados según el artículo 23(2), las autoridades competentes o las partes pueden considerar el reconocimiento previo contemplado en el artículo 24. Cabe señalar además que, según el Convenio de 1996, la ejecución de una medida extranjera no es automática, pero “[c]ada Estado contratante aplicará un procedimiento simple y rápido a la declaración de exequátur o al registro” (véase el art. 26).

¹⁹⁰ Los Estados contratantes provén información sobre normas aplicables a los procedimientos de restitución en sus Perfiles de País (ob. cit. nota 21). P. ej., en la sección 10.3, se brinda información, entre otras cosas, sobre si es posible resolver una demanda de restitución únicamente fundándose en documentos (es decir, sin audiencia judicial) y si la prueba testimonial (es decir, las declaraciones vertidas en persona) es admisible en los procedimientos de restitución.

¹⁹¹ Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación (ob. cit. nota 7), capítulo 6.5.

¹⁹² Véanse los “diagramas de procedimiento”, criterio 1 *supra*, párr. 107 y sigs.

¹⁹³ Véase *supra* el párr. 63.

Asimismo, las autoridades competentes deberán garantizar al padre privado del menor, dentro de los parámetros de los procedimientos acelerados, la oportunidad de contestar las alegaciones respecto del riesgo grave y aportar pruebas al respecto (véase la sección 11(iii) *infra* sobre la participación del padre privado del menor en el procedimiento de restitución).

166. El Convenio contiene una disposición sobre a qué parte incumbe la carga de aportar la prueba. Sin embargo, no prevé un criterio de apreciación de la prueba (*standard of proof*), por lo que esto se rige por la *lex fori*, es decir, la ley del Estado en que se encuentra el tribunal¹⁹⁴.

ii. Admisibilidad y obtención de la prueba/información

167. En relación a la admisibilidad de documentos u otra información, los tribunales deben tener en cuenta el artículo 30, que dispone que “[t]oda solicitud presentada a las Autoridades Centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante de conformidad con los términos del presente Convenio, junto con los documentos o cualquier otra información que la acompañen o que haya proporcionado una Autoridad Central, será admisible ante los tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados contratantes”¹⁹⁵.

168. El objetivo de esta disposición es facilitar la admisión de información o pruebas ante las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes, e incita a los Estados contratantes a tomar medidas —de ser necesario, a través de leyes de implementación— para que se atribuya la debida importancia a la prueba documental en sus normas de derecho nacional relativas a la prueba. Sin embargo, el artículo 30 puede no entenderse en el sentido de que contiene una norma sobre el valor probatorio que debe atribuirse a estos documentos, ya que esta cuestión se rige por los procedimientos y la práctica de cada Estado contratante¹⁹⁶.

169. Cabe mencionarse también el artículo 13(3), que dispone que los tribunales “tendrán en cuenta la información que sobre la situación del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor”¹⁹⁷.

170. Cuando se invoca el artículo 13(1)(b), el tribunal puede considerar, por ejemplo, informes sobre la situación del menor, informes escolares, médicos, policiales, así como expedientes u órdenes judiciales del Estado de residencia habitual como, por ejemplo, órdenes provisionales u otro tipo de requerimiento en relación a violencia doméstica. Asimismo, los informes de los consulados pueden aportar información relevante, por ejemplo, en una situación en la que el padre sustractor contactó a su consulado en el Estado de residencia habitual por una cuestión de violencia doméstica y el consulado registró de la consulta.

171. Por último, al obtener información y pruebas con respecto a las alegaciones de grave riesgo, es importante que los tribunales no permitan que el padre sustractor (u otro organismo que se oponga a la restitución) amplíe el alcance de la investigación, lo que podría provocar demoras y gastos adicionales para el padre privado del menor que vive en otro Estado y a quien participar eficazmente en una investigación más exhaustiva le podría resultar dificultoso. La cuestión que el tribunal debe establecer es si dispone de información/pruebas suficientes como para determinar si se ha demostrado la procedencia de la excepción (o si el grave riesgo *debería establecerse* según las alegaciones; véanse los dos criterios presentados en la sección 4 más

¹⁹⁴ Los criterios de apreciación de la prueba (*standard of proof*) pueden diferir de un Estado contratante al otro. P. ej., muchos Estados contratantes aplican un criterio general de derecho civil: *preponderance of evidence* (“preponderancia de la prueba”) o *balance of probabilities* (balance de las probabilidades); otros Estados requieren un nivel de certidumbre más alto, p. ej., *by clear and convincing evidence* (pruebas claras susceptibles de generar la convicción del juez).

¹⁹⁵ Además del art. 30, el Convenio de 1980 facilita la obtención de pruebas del Estado de residencia habitual con respecto a cuestiones específicas, como obtener información sobre la situación social del menor (art. 13(3)) o tener en cuenta la legislación para determinar si el traslado o la retención fue ilícito (art. 14). Cuando se requiere obtener más pruebas en el extranjero, las autoridades deben considerar emplear los métodos más rápidos que se prevean en su Estado para la obtención de pruebas en el extranjero. Esto puede ser el *Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial* (Convenio sobre Prueba), pero los jueces deben ser conscientes de que las prácticas, el derecho interno o tratados bilaterales pueden disponer métodos más rápidos en su Estado (véanse los arts. 27, 28 y 32 del Convenio sobre Prueba).

¹⁹⁶ Véase el Informe Explicativo (ob. cit. nota 8), párr. 140 y la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación (ob. cit. nota 7), capítulo 6.5.2.

¹⁹⁷ Véase también *supra* la nota 73.

arriba), y, en caso afirmativo, si pueden adoptarse medidas de protección adecuadas para la restitución segura del niño (y del padre que lo acompaña, en su caso).

iii. Buenas prácticas recomendadas

172. A continuación se indican prácticas que constituyen buenas prácticas para los tribunales, siempre que sean aplicables al caso y estén habilitadas según los procedimientos y las prácticas nacionales:

- **Cuando se contempla la obtención de pruebas o información, debe tenerse en cuenta el alcance del procedimiento de restitución y el alcance limitado del artículo 13(1)(b), y debe restringirse la obtención de información y pruebas en consecuencia. Por ejemplo, cuando se evalúa la necesidad de obtener información o pruebas en un caso en el que se invocó el artículo 13(1)(b):**
 - **tener en cuenta que el procedimiento de restitución del Convenio del 1980 es distinto del procedimiento sobre la custodia y que su objetivo es decidir *solo* sobre la restitución o no restitución del menor al Estado de residencia habitual¹⁹⁸;**
 - **tener en cuenta el aspecto prospectivo de la excepción y que, por ende, la información o las pruebas también deben ser prospectivas (p. ej., respecto del riesgo grave tras la restitución)¹⁹⁹.**
- **Determinar qué hechos o afirmaciones son admitidos o no controvertidos y cuáles controvertidos, dado que se puede resolver un caso rápidamente sobre la base de hechos o alegaciones no controvertidos.**
- **Fijar un plazo para la aportación de información o pruebas a los efectos de evitar los retrasos indebidos en la consideración del caso (p. ej., como técnica judicial para optimizar la gestión del caso)²⁰⁰.**
- **Si hay varias maneras de obtener la información o las pruebas necesarias, ha de seguirse la manera que más agilice la tramitación o evite demoras.**
- **Teniendo en cuenta el alcance limitado del procedimiento de restitución y la necesidad de agilizar su tramitación, velar por que ambas partes tengan oportunidad de plantear y probar (p. ej., el padre que sustrajo al menor) y contestar (p. ej., el padre privado del menor) alegaciones relativas a la excepción de grave riesgo. (Véase la sección 11(iii) *infra* sobre la participación del padre privado del menor en el procedimiento de restitución.)**
- **Evaluar si conviene tener en cuenta información escrita de la que ya se dispone, en particular información sobre la situación social del menor (art. 13(3)), por ejemplo, informes sobre la situación del menor, informes escolares, médicos, policiales, así como expedientes u órdenes judiciales del Estado de residencia habitual, como por ejemplo, órdenes provisionales u otro tipo de requerimiento en relación a violencia doméstica.**
- **Evaluar si conviene requerir de oficio información en relación a la excepción de grave riesgo para agilizar el proceso (con la asistencia, si se estimare apropiado, de la RIJH y por medio de comunicaciones judiciales directas y de las Autoridades Centrales; véanse las secciones 5 y 6 más arriba).**
- **Determinar si en el Estado de la residencia habitual del menor se prevén medidas de protección adecuadas y eficaces, ya que, en caso afirmativo, ello puede derivar**

¹⁹⁸ Véase *supra* el párr. 89.

¹⁹⁹ Véase *supra* el párr. 54 y sigs. No obstante, esto no significa que la conducta o los incidentes pasados no sean relevantes en la evaluación de si existe un riesgo futuro. Por ejemplo, la violencia doméstica o familiar pasada puede tener gran valor probatorio respecto de si existe un riesgo de daño en el futuro.

²⁰⁰ Véase *supra* el párr. 100 y sigs. sobre técnicas judiciales para optimizar la gestión de los casos.

en la resolución del caso sin la necesidad de realizar una investigación exhaustiva de los hechos alegados²⁰¹.

- **Considerar dictar órdenes tendientes a facilitar la obtención de pruebas antes del proceso (p. ej., en algunos ordenamientos se pueden emitir órdenes prejudiciales sobre la prueba a aportarse y sobre cómo se obtendrá la prueba).**

iv. Prueba pericial en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b)

173. El uso de la prueba pericial en procedimientos judiciales varía de un Estado a otro según su legislación, normas procesales y prácticas²⁰². En los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b), se recurre a la prueba pericial para evaluar si existe un riesgo grave de que la restitución expondría al menor a daños físicos o psicológicos o si lo pondría en una situación intolerable. La prueba pericial puede resultar de utilidad para el juez cuando, por ejemplo, la persona o el organismo que se opone a la restitución no tiene elementos probatorios sustanciales pero plantea alegaciones serias para fundar la aplicación de la excepción de grave riesgo²⁰³.

174. En general, cuando se contempla solicitar prueba pericial en un caso en que se invocó el artículo 13(1)(b), resulta útil para el juez formular las siguientes preguntas claves en una etapa temprana del procedimiento, sin olvidar la necesidad de actuar con urgencia y el alcance limitado de los procedimientos de restitución:

- (1) ¿El tribunal necesita prueba pericial?
- (2) ¿Para qué cuestión específica?
- (3) ¿Qué tipo de perito se requiere?

a) El alcance limitado de la excepción

175. En cuanto a la prueba pericial en los procedimientos de restitución, es importante tener en cuenta que el tribunal ante el que tramita el procedimiento solo decide sobre la restitución del menor y no sobre el fondo de las cuestiones relativas a la custodia o los derechos de visita²⁰⁴. Por lo tanto, lo usual es que no se necesite prueba pericial, pero si se estimare necesaria, debería centrarse en la restitución del menor y no en las cuestiones de fondo de la custodia u otras cuestiones relacionadas que corresponden al tribunal del Estado de residencia habitual. En general, los jueces deben ser conscientes de que el alcance de la prueba pericial en los procedimientos de restitución es considerablemente distinto del de la brindada en los casos que versan sobre los derechos de custodia.

176. Cuando solicitan o recurren a la prueba pericial en un caso en que se invocó el artículo 13(1)(b), los jueces deben tener en claro el alcance limitado de esta disposición²⁰⁵. Por ejemplo, cuando se evalúa un posible riesgo grave para el menor, la opinión pericial debe centrarse en la situación en la que se encontraría el menor si se lo restituyera al Estado de su residencia habitual, por lo que debe ser de carácter prospectivo²⁰⁶.

²⁰¹ Véanse los “diagramas de procedimiento” *supra*, párr. 107 y sigs.

²⁰² P. ej., en algunos Estados, el tribunal decide si solicitar la intervención de un perito; en otros, las partes pueden aportar dictámenes periciales para fundar sus alegaciones o pueden solicitar al tribunal que intervenga un perito. En algunos Estados el tribunal puede designar a un perito independiente para evitar que intervengan varios peritos de parte, lo cual puede derivar en demoras.

²⁰³ P. ej., el padre sustractor alega que un abuso grave —relevante para determinar la procedencia de la excepción— tuvo lugar en el Estado requirente, pero que, por ejemplo, no lo denunció ante la policía u otras autoridades. Algunos expertos en violencia doméstica sugieren que los centros de asistencia para las víctimas, los refugios para víctimas de violencia doméstica u otros organismos que asisten a las víctimas de situaciones de violencia, pueden resultar útiles para realizar un primer examen de las personas que alegan violencia doméstica, gracias a sus conocimientos especializados en evaluar la verosimilitud y la seriedad de las alegaciones.

²⁰⁴ Véase, en especial, el párr. 84 y sigs. sobre el alcance de los procedimientos de restitución.

²⁰⁵ Véase *supra* el párr. 51 y sigs. sobre el ámbito de aplicación del art. 13(1)(b).

²⁰⁶ Esta orientación, sin embargo, no implica que no deban considerarse los eventos pasados que puedan indicar comportamiento o daño en el futuro. Véase *supra* la nota 199.

b) Imperativo de actuar con celeridad

177. Los jueces también deben tener en consideración que solicitar una intervención pericial puede prolongar el procedimiento de restitución, por lo debe tenerse en cuenta su efecto sobre su obligación de actuar con celeridad en los procedimientos de restitución de menores (art. 11(1)). En consecuencia, las autoridades competentes deben sopesar si realmente es necesaria la intervención de un perito y, de ser necesario, fijar plazos estrictos para la realización del dictamen pericial. Los jueces tienen que tener en cuenta que fijar plazos estrictos a estos efectos puede resultar necesario para respetar los plazos adecuados para los procedimientos de restitución (ya sea que estén establecidos en la ley o no) ²⁰⁷.

c) Buenas prácticas recomendadas

178. A continuación se indican prácticas que constituyen buenas prácticas, siempre que resultaren apropiadas y que estuvieran habilitadas según los procedimientos y las prácticas nacionales:

Para determinar si se necesita la intervención de un perito

- **Evaluar lo más pronto posible si se necesita prueba pericial y determinar si debe versar sobre una cuestión relativa a la excepción del artículo 13(1)(b) y de qué manera.**
- **Limitar la utilización de pruebas periciales para ser coherente con el imperativo de actuar con celeridad en los procedimientos de restitución.**
- **Si se necesita una diligencia pericial, identificar las cuestiones sobre las que debe versar, a los efectos de seleccionar al experto apropiado lo más pronto posible.**
- **Limitar el alcance del examen y velar por que el experto comprenda que la función del tribunal es resolver sobre la solicitud de restitución y *no* sobre la custodia del menor u otras cuestiones conexas de fondo.**
- **Identificar lo más pronto posible la fecha límite para la presentación del informe pericial oral o escrito (p. ej., como técnica judicial para optimizar la gestión del caso) ²⁰⁸.**

Selección y designación del perito

- **Considerar la conveniencia de establecer una lista de peritos que tengan conocimientos del Convenio de 1980, de los procedimientos de restitución y, sobre todo, de la naturaleza específica de la excepción de grave riesgo, que pudieran estar disponibles en un plazo breve. Según los hechos del caso, el perito debería también tener conocimientos especializados en la materia del litigio (p. ej., violencia doméstica y familiar y sus efectos en los niños, abuso sexual de niños, etc.).**
- **Designar o alentar el recurso a un perito calificado, según acuerdo de las partes o designación del juez, en lugar de que cada parte presente a su propio perito ²⁰⁹.**
- **Únicamente designar a peritos capaces de emitir su dictamen pericial dentro de los plazos fijados.**

²⁰⁷ P. ej., la Ley N° 18.895 de Uruguay (Restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente) establece que la audiencia puede prorrogarse por hasta 72 horas a los efectos del diligenciamiento de la prueba.

²⁰⁸ Véase *supra* el párr. 100 y sigs. sobre técnicas judiciales para optimizar la gestión de los casos.

²⁰⁹ En algunos Estados no es necesario designar un perito independiente dado que hay funcionarios judiciales con conocimientos específicos en esta materia, por ejemplo, en Australia y Japón.

Cuestiones procesales

- **Dar instrucciones precisas al perito sobre el alcance y los límites del examen pericial –por ejemplo, mediante carta de instrucciones, resolución judicial o instrucciones del juez– y sobre la necesidad de ceñirse a examinar la cuestión objeto del litigio en lugar de adoptar una perspectiva amplia centrada en el interés superior del niño.**
- **Considerar si conviene solicitar una presentación oral del perito en lugar de esperar un dictamen escrito, lo cual prolongaría el procedimiento.**
- **Considerar brindar al perito información relevante sobre la situación social del menor aportada por la Autoridad Central u otra autoridad competente de la residencia habitual del menor (art. 13(3)), si ello no ocurre automáticamente.**
- **De ser necesario, considerar la posibilidad de formular repreguntas al perito por medio de sistemas de audio o audiovisuales, posiblemente desde un lugar privado y en un momento del día que resulte razonable para el perito.**

9. Participación del niño en el procedimiento de restitución

179. Es necesario que durante el procedimiento de restitución el niño esté informado sobre el proceso en curso y sus posibles consecuencias, de una manera acorde con su edad y nivel de madurez²¹⁰. Esta necesidad general de informar al niño también es de aplicación en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b).

180. Los procedimientos y las prácticas nacionales varían en lo atinente a la cuestión de si el niño participa en el procedimiento de restitución y, en su caso, de qué manera. La tendencia de los últimos años ha sido dar “voz” al niño en procedimiento que afectan su vida, entre ellos los procedimientos en virtud del Convenio de 1980. En la Sexta Reunión de la Comisión Especial, los expertos aplaudieron el inmenso apoyo a la idea de darle al niño, en función de su edad y nivel de madurez, la oportunidad de ser escuchado en los procedimientos de restitución del Convenio de 1980 independientemente de si se hubiere deducido o no la excepción contemplada en el artículo 13(2)²¹¹.

i. Normas internacionales

181. Una de las razones que motivan la tendencia mencionada en el párrafo precedente es que los Estados parte en la CDN han implementado el artículo 12 de esa Convención. El artículo 12(1) de la CDN garantiza al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio “el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. El artículo 12(2) establece que “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”²¹². El Anexo 4 a la presente Guía contiene fragmentos relevantes de la Observación General N° 12 sobre el artículo 12 de la CDN, “el derecho del niño a ser escuchado”, del Comité de los Derechos del Niño²¹³.

ii. La voz del niño y las excepciones del Convenio de 1980

182. El Convenio de 1980 dispone expresamente la posibilidad de tener en consideración la opinión del niño en el procedimiento de restitución cuando se opone la excepción a la restitución

²¹⁰ Conclusiones y Recomendaciones de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 29), párr. 50.

²¹¹ Véase el Informe de la primera parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 28), párrs. 157-166.

²¹² Véase al respecto la Observación General N° 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño, disponible en el sitio < www.ohchr.org >.

²¹³ *Ibid.*

del artículo 13(2), estableciendo que la autoridad judicial puede “negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones”. Sin embargo, con independencia de que se oponga o no la excepción del artículo 13(1)(b) (por separado o junto con otras excepciones), se alienta a los jueces a tener en cuenta la opinión del menor cuando se oponen las demás excepciones, incluida la del artículo 13(1)(b), y en relación a otras cuestiones relevantes al caso (p. ej., la determinación de la residencia habitual)²¹⁴. En general, se reconoce que el Convenio de 1980, si resulta apropiado, fomenta la adopción de medidas tendientes a darle al menor la posibilidad de ser escuchado, salvo que no corresponda según su edad o nivel de madurez²¹⁵.

183. Si el tribunal ha escuchado la opinión del menor, deberá examinar la vehemencia de la opinión y si procede tenerla en cuenta, en función de la edad y el nivel de madurez del niño, y el efecto que dicha opinión tendrá en resolver por la restitución o no restitución. La “opinión” del menor puede comprender, por ejemplo, sus deseos o emociones sobre ciertas cuestiones, así como también el relato del niño sobre cuestiones de hecho que sean relativas al procedimiento en que se planteó la excepción del artículo 13(1)(b).

184. Asimismo, se distingue entre escuchar al menor en lo tocante a cuestiones decisivas en lo relativo a la resolución del proceso, tales como la residencia habitual, la oposición a la restitución o el grave riesgo de daño, y escuchar la opinión del menor. En algunos Estados y territorios, ambas investigaciones conducen a la obtención de pruebas que deben ser consideradas por la autoridad competente. Un ejemplo para averiguar la opinión del menor en cuanto a la resolución del procedimiento es preguntarle si, en caso de ser restituido, habría algo que le haría el retorno más fácil. Si la resolución fuere quedarse en el país al que ha sido trasladado o en el que está siendo retenido, también se le puede preguntar si habría algo que le haría la situación más fácil. Podría decirse que formular estas preguntas es lo mínimo que los Estados parte de la CDN pueden hacer para respetar las obligaciones que les incumben en virtud de los artículos 9, 10, 12 y 13 de ese instrumento.

iii. Diversidad de prácticas nacionales

185. El Convenio de 1980 no dispone la forma de obtener la opinión del menor e incorporarla al procedimiento de restitución, pero en cada Estado contratante estas cuestiones se rigen por su derecho nacional. En general, puede señalarse que en algunos Estados contratantes la audiencia del niño es considerada una práctica estándar en el procedimiento de restitución, en función de la edad y madurez del niño²¹⁶. En otros Estados contratantes, escuchar al menor es menos común y depende de las circunstancias del caso y de las facultades discrecionales del juez. Además, a los efectos de ceñir el procedimiento de restitución a una audiencia breve, los jueces pueden mostrarse poco propensos a ampliar las pruebas que deben examinarse, entre ellas la opinión del menor. No obstante, en este contexto debe tenerse en cuenta el principio de informar al menor sobre el procedimiento y el de escuchar su opinión.

186. Hay distintas maneras en las que el niño puede participar en el procedimiento de restitución. Puede ser escuchado directamente por el juez o un perito independiente, por ejemplo un trabajador social o psicólogo de niños (que a veces trabaja para el tribunal) que remite un informe a la autoridad competente. Algunos Estados prevén la posibilidad de la participación de un abogado independiente en representación del menor²¹⁷.

²¹⁴ Cabe señalar que el Reglamento Bruselas II bis expresamente establece que “en caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez”. Véanse en este contexto los artículos 20 y 24 de la Propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis, que actualmente está siendo evaluada por los Estados miembros de la Unión Europea (ob. cit. nota 76).

²¹⁵ Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 27), apéndice, párr. 2. Solo unos pocos Estados contratantes limitan la posibilidad de escuchar al menor en los casos en que se deduce la excepción del artículo 13(2); véase el Informe de la Parte I de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 28), párr. 157.

²¹⁶ Algunos Estados destacan que todo niño debe ser escuchado, sin referencia a una edad mínima, sino de una manera que sea acorde a su edad.

²¹⁷ Los Perfiles de País contienen información sobre el tratamiento que cada Estado contratante da para esta cuestión (ob. cit. nota 21), sección 10.4. Conclusiones y Recomendaciones de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 29).

187. Independientemente de los distintos métodos, la decisión sobre cómo debe participar el menor (bien directa o indirectamente, y su representación en el proceso) debe guiarse por lo que resulte más eficaz a los efectos del respecto de los derechos del niño, su interés superior y su bienestar de acuerdo a las normas y los procesos aplicables, y según los hechos y las circunstancias del caso. Si fuera necesario, el tribunal debería no solo velar por que el menor participe (y tenga representación, de ser aplicable), sino también porque la opinión y los intereses del menor sean efectivamente tenidos en cuenta, ya que constituyen elementos importantes para la protección del niño. Por ejemplo, la participación directa y con representación del menor puede aportar información importante sobre las medidas de protección eficaces y adecuadas. Si no se da una oportunidad adecuada al menor, por ejemplo, si no se le da la posibilidad de ser escuchado y se le transmite que su opinión no será tenida en consideración en lo atinente a la restitución, ello puede provocarle daño emocional y psicológico.

188. También es importante velar por que la persona que entrevista al menor, sea el juez, un perito u otra persona, esté capacitada para la tarea (p. ej., que tenga las competencias adecuadas para comunicarse con niños, los conocimientos especializados para detectar indicios de traumatismo o posible manipulación, etc.)²¹⁸. La persona debe tener los conocimientos específicos (o se lo debe instruir con claridad) sobre los procedimientos de restitución del Convenio de 1980, para que comprenda el alcance y los elementos importantes de la excepción del artículo 13(1)(b).

189. En los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b), debe tenerse especialmente en cuenta la seguridad y el bienestar del menor y las opiniones o preocupaciones del menor sobre su propia seguridad y bienestar. Estas consideraciones pueden afectar la decisión del juez en lo atinente a si el menor participará en el procedimiento de restitución y, en su caso, de qué forma se obtendrá su opinión (por ejemplo, si el menor teme represalias o consecuencias negativas de miembros de la familia por expresar cierta opinión).

iv. Buenas prácticas recomendadas

190. A continuación se indican prácticas que constituyen buenas prácticas para los tribunales, siempre que resulten aplicables al caso y estén habilitadas según los procedimientos y las prácticas nacionales:

- **Considerar aplicar técnicas para optimizar la gestión del caso a los efectos de atender a las necesidades del menor en cuanto a una programación eficaz, un tratamiento acorde a la edad del niño e información o participación adecuada en el procedimiento²¹⁹.**
- **Informar o alentar a las partes, al representante legal del menor o al perito designado para informar al niño sobre el procedimiento en curso y sus posibles consecuencias, de manera apropiada y oportuna, habida cuenta de la edad y el nivel de madurez del niño.**
- **Evaluar si conviene dar al niño la posibilidad de ser escuchado en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b), según los hechos del caso y en función de su edad y nivel de madurez, dado que la opinión del menor puede aportar información importante sobre la necesidad de protegerlo y las maneras adecuadas y eficaces para ello (en el Estado al que ha sido trasladado o en el que se encuentra retenido y/o en el Estado al que será restituido).**
- **Velar por que el menor sea entrevistado por individuos con la capacitación y los conocimientos especializados adecuados para escuchar a menores, ya sea un juez, un perito u otra persona (véase el Anexo 4), de ser posible, con conocimientos y un entendimiento acabado del Convenio de 1980, el alcance de los procedimientos de restitución y sobre la excepción de grave riesgo.**
- **En cuanto a la obtención de la opinión del menor, considerar herramientas como los informes familiares (diseñados en virtud del alcance limitado de los**

²¹⁸ Conclusiones y Recomendaciones de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 29), párr. 50.

²¹⁹ Véase *supra* el párr. 100 y sigs. sobre técnicas judiciales para optimizar la gestión de los casos.

procedimientos de restitución) elaborados por expertos idóneos para asistir en la determinación del peso que debe atribuirse a la opinión del niño.

- Velar por que escuchar al menor no retrase indebidamente la consideración de la restitución.
- Velar por que el niño no termine sintiéndose responsable por el resultado, lo cual podría comprometer su relación con ambos padres.

10. La mediación en los casos en que se ha invocado el artículo 13(1)(b)

191. La cuestión del recurso a la mediación, las circunstancias en las que debe recurrirse a ella y quién debe recurrir, varía de un Estado a otro y depende de la legislación, los procedimientos y las prácticas nacionales del cada Estado.

192. En muchos Estados contratantes del Convenio de 1980 en los existen servicios de mediación establecidos, los jueces promueven la mediación entre el padre que sustrajo al menor y el padre privado del mismo para que acuerden una solución sobre la restitución o sobre los derechos de visita²²⁰. En el marco de un procedimiento de restitución, la mediación debe centrarse en establecer un acuerdo sobre las condiciones específicas para una restitución rápida y segura. No obstante, si fuere apropiado, las partes están pueden tratar cuestiones de fondo, p. ej., cuestiones relativas a los derechos de visita o a la instalación en otro país, que pueden resolver el conflicto. Los jueces y otras autoridades nacionales pueden brindar información sobre la mediación o remitir a los padres a un mediador o a una asociación de mediación a esos efectos²²¹.

193. La mediación puede resultar útil para preparar a las partes a los posibles resultados desde el principio del procedimiento de restitución, para así minimizar la incertidumbre y el conflicto entre los padres por el menor. En algunos Estados y territorios²²², se solicita al padre que sustrajo al menor que describa las condiciones que planteará para la restitución en caso de ordenarse la restitución, y se solicita una respuesta del padre privado del menor. Al mismo tiempo, se invita al padre privado del menor a describir en detalle el acuerdo parental que pretendería si no se ordena la restitución del menor, o si se la ordena. Luego se solicita al padre sustractor que responda a cada propuesta, y que declare su acuerdo o formule sus propias propuestas. Idealmente, todas estas cuestiones se discuten, negocian y detallan durante la mediación antes de la audiencia judicial. Al final, la posición de cada padre puede plasmarse en un documento y ser admitida como prueba, sin perjuicio del resultado que pretenda en primer lugar con respecto a la restitución. El intercambio de propuestas sobre cuestiones parentales brinda herramientas a la parte vencida para manejar el resultado desfavorable y reduce la incertidumbre que enfrentan los niños involucrados en estos procedimientos. La parte vencida puede sentirse conmocionada por el resultado de su solicitud de restitución, y el niño puede, de manera similar, sufrir ansiedad por la incertidumbre con respecto a lo que sucederá (esto puede verse intensificado si el padre custodio del menor comienza a estar distraído por la pérdida y no está disponible emocionalmente para el menor o sus aptitudes parentales se ven disminuidas). El intercambio de las propuestas de condiciones para la restitución también reduce la posibilidad de que se deje el dictado de retorno de puerto seguro para demasiado tarde en el procedimiento como para que sean formuladas e implementadas de manera justa.

²²⁰ Sobre mediación en casos de sustracción internacional de menores, véase la Guía de Buenas Prácticas de Mediación, La Haya, 2012, disponible en el sitio < www.hcch.net > en "Publicaciones". El rol de los jueces es tratado en la sección 4.1.2.

²²¹ P. ej., en los Países Bajos, la mediación entre el padre sustractor y el padre privado del menor está incorporada en los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de La Haya; véase K.L. Wehrung y R.G. de Lange-Tegelaar en el Boletín de los Jueces sobre la Protección Internacional del Niño, vol. XVI / primavera 2010, pp. 45-48. Todos los volúmenes del Boletín de los Jueces sobre la Protección Internacional del Niño están disponibles en el sitio < www.hcch.net >, en "Publicaciones".

²²² P. ej., Australia.

194. En cuanto a la evaluación de si corresponde recurrir a mediación, los casos en que se plantea la excepción del artículo 13(1)(b) no están excluidos *per se* para recurrir a métodos alternativos de resolución de controversias. No obstante, cada caso debería ser estudiado en detalle, lo cual en general es obligatorio, en cuando a si procede recurrir a mediación²²³.

195. Por ejemplo, las posturas con respecto a la procedencia de recurrir a mediación en los casos en los que se invocó el artículo 13(1)(b) con alegaciones de violencia doméstica o familiar son variadas (véase el Anexo 3). De hecho, no hay acuerdo incluso sobre si debe existir *la posibilidad* de recurrir a mediación en los conflictos familiares que entrañan algún tipo de violencia o táctica coercitiva²²⁴. Algunos Estados no permiten el recurso a la mediación en los casos en que hay alegaciones de violencia doméstica (independientemente de si la alegación se ha comprobado o no) o la someten a ciertas condiciones²²⁵.

196. Resulta crucial que la mediación no ponga en riesgo la seguridad o bienestar de ninguna de las partes, incluidos miembros de la familia y el mediador²²⁶. Es por ello que resulta muy recomendable realizar un primer examen minucioso de los casos para determinar si conviene recurrir a mediación, y, de realizarse, si conviene que uno o varios de los mediadores con experiencia en materia de familia haya recibido una formación específica en mediación para casos de sustracción internacional de menores y de violencia doméstica (y en particular sobre la excepción de grave riesgo)²²⁷. Pueden tomarse medidas de protección durante la mediación, como celebrar reuniones privadas entre el mediador y alguna de las partes; llegar a un acuerdo para que una de las partes vaya a terapia puede ser el resultado de la mediación en estas circunstancias, por ejemplo.

197. Al igual que con otros aspectos de los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b), la mediación no debe retrasar indebidamente la tramitación y resolución de los procedimientos de restitución²²⁸.

i. Buenas prácticas recomendadas

198. A continuación se indican prácticas que constituyen buenas prácticas de mediación para casos en los que se invoca el artículo 13(1)(b), siempre que resulten apropiadas y estén habilitadas según los procedimientos y las prácticas nacionales:

➤ **Determinar, según los hechos alegados en el caso, si resulta conveniente recurrir a mediación y, en caso afirmativo, informar a las partes –o solicitar que las autoridades competentes informen a las partes– lo más pronto posible en el**

²²³ En general, es importante velar por que el recurso a la mediación no provoque desventajas para ninguna de las partes, y debería evaluarse en cada caso si recurrir a mediación es conveniente; véase la Guía de Buenas Prácticas de Mediación (ob. cit. nota 220), entre otras, las secciones 1.2 and 2.1.

²²⁴ Véase la Guía de Buenas Prácticas de Mediación (ibíd.), capítulo 10.

²²⁵ P. ej., en España, de conformidad con la Ley Orgánica 1/2004, la mediación está vedada en los casos en que se alega la existencia de violencia doméstica. En los Estados Unidos de América, cada estado tiene sus propias normas que rigen la mediación, que pueden comprender normas sobre la tramitación de los casos que entrañan alegaciones de violencia doméstica; ciertos programas de mediación no utilizan la mediación en casos que entrañan alegaciones graves de violencia doméstica. Véanse los Perfiles de País de España y de los Estados Unidos de América (ob. cit. nota 21), sección 19.4. Véase también la Guía de Buenas Prácticas de Mediación **Error! Bookmark not defined.**(ibíd.), capítulo 10, párr. 266.

²²⁶ Véase la Guía de Buenas Prácticas de Mediación (ibíd.), en particular, la sección 10.2.

²²⁷ El mediador debe, entre otras cosas, ser capaz de identificar, con una primera evaluación preliminar, los casos que entrañan riesgos especiales que podrían requerir garantías especiales o en los que la mediación no resultaría conveniente. Además, debe poder identificar patrones de violencia doméstica, y formular conclusiones al respecto, su grado violencia o riesgos de violencia doméstica en el futuro, y debe estar en condiciones de tomar las precauciones y las medidas necesarias durante la mediación. Asimismo, la elección entre mediación directa e indirecta, la elección del lugar y el método de mediación deberán adecuarse a las circunstancias particulares del caso. Véase la Guía de Buenas Prácticas de Mediación (ibíd.), secciones 3.2 y 4.2, y el capítulo 10.

²²⁸ Véase la Guía de Buenas Prácticas de Mediación (ibíd.), sección 2.1. Véanse también las Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 26), Recomendación N° 1.11, en la que se establece que “[l]as medidas utilizadas para ayudar a asegurar la restitución voluntaria del niño o para lograr una solución amistosa no deben suponer retrasos indebidos en el procedimiento de restitución”, la cual fue reafirmada en las Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 27), Recomendación N° 1.3.1.

procedimiento²²⁹, y si los padres acuerdan recurrir a mediación, remitir el caso inmediatamente a mediadores con experiencia o a una asociación de mediación.

- Cuando se plantean alegaciones de violencia doméstica u otros comportamientos perjudiciales, evaluar minuciosamente si recurrir a mediación resulta apropiado, teniendo en cuenta que puede haber un desequilibrio en las relaciones de poder entre los padres y que la mediación no debería poner en riesgo la seguridad o bienestar de ninguna persona.
- En los casos en que recurrir a mediación se considera apropiado y hay una persona disponible con los conocimientos especializados necesarios para llevar a cabo la mediación, fijar un plazo estricto para el proceso de mediación (como técnica judicial para optimizar la gestión del caso)²³⁰ y velar por que la mediación no retrase indebidamente el procedimiento.
- Cuando recurrir a mediación se considera apropiado en un caso que entraña alegaciones de comportamientos perjudiciales o comportamientos de esta índole que han sido comprobados, velar por que sea llevada a cabo por mediadores competentes y con experiencia, que hayan sido formados específicamente para mediar en este tipo de controversias.
- Velar por que los temas tratados durante la mediación se mantengan en la confidencialidad y por que todo lo dicho y hecho en la mediación no sea utilizado para probar que el padre privado del menor aceptó posteriormente el traslado (en el sentido del art. 13(a) o en otro sentido)²³¹.

11. Otras cuestiones en los procedimientos de restitución

i. Contacto entre el menor y el padre privado del menor

199. Con respecto al bienestar del niño, es importante posibilitar lo antes posible que este mantenga su relación con el padre privado del menor durante el procedimiento de restitución, siempre que resulte posible y apropiado, y que el contacto se establezca con cuidado²³². Este contacto puede ser en persona, si el padre privado del menor viaja al Estado requerido, o por medios electrónicos.

200. Si no se logra restablecer los acuerdos preexistentes relativos al mantenimiento de contacto entre el menor y el padre privado del menor durante el procedimiento de restitución, ello puede acarrear el riesgo de causar más daños al menor y un mayor distanciamiento del padre en cuestión. El mantenimiento de contacto puede atenuar los efectos del procedimiento y puede ayudar a promover la resolución amistosa de la controversia entre los padres. Consecuentemente, los jueces deberían facilitar el contacto entre el menor y el padre privado del menor en la medida de lo posible (independientemente de si se ha emitido una orden de contacto o no) y considerar si el contacto debe mantenerse en los casos en que el menor está

²²⁹ Véase la Guía de Buenas Prácticas de Mediación (ob. cit. nota 220), sección 4.1. Véase también, p. ej., el art. 23(2) de la Propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis, donde se dispone: "Tan pronto como sea posible durante el procedimiento, el órgano jurisdiccional examinará si las partes están dispuestas a recurrir a la mediación para encontrar, en el interés superior del niño, una solución consensuada, siempre que esto no retrase indebidamente el procedimiento".

²³⁰ Véase *supra* el párr. 100 y sigs. sobre técnicas judiciales para optimizar la gestión de los casos.

²³¹ Si bien la alegación de que el padre privado del menor "aceptó posteriormente" el traslado puede no ser admitida, o no resultar determinante para la disposición de la controversia, sí supone una distracción que insume tiempo en el procedimiento de restitución y debe evitarse.

²³² El art. 9(3) de la CDN establece que "[l]os Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". El art. 10(2) reafirma este derecho si los padres del niño residen en Estados diferentes.

en riesgo²³³. Algunos Estados contratantes han incluido una disposición expresa al respecto de esta obligación en sus leyes y/o procedimientos de implementación del Convenio²³⁴.

201. Esto es aplicable a los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b). Según el caso, puede requerirse que el juez, si se ha opuesto la excepción de grave riesgo, considere cuáles serían las medidas apropiadas que permitirían mantener el contacto entre el menor y el padre privado del menor durante el procedimiento de restitución, teniendo en cuenta las alegaciones relativas al grave riesgo que pesa sobre el menor. Por ejemplo, si el padre sustractor alega la existencia de violencia contra el niño (o contra él/ella mismo/a), es importante que el juez tenga especialmente en cuenta la seguridad y el bienestar del niño (y del padre sustractor, en su caso) cuando evalúa si procede establecer contacto entre el menor y el padre privado del menor y de qué manera. En este contexto, una relación de cooperación eficaz con las autoridades pertinentes (p. ej., la Autoridad Central o autoridades de protección de la infancia) puede resultar útil o incluso necesaria.

202. A continuación se indican buenas prácticas relativas al mantenimiento de contacto entre el menor y el padre privado del menor durante el procedimiento de restitución:

- **Considerar lo antes posible y en cada etapa del procedimiento si resulta posible el mantenimiento de contacto entre el menor y el padre privado del menor.**
- **Si mantener ese contacto resultare posible y adecuado, considerar adoptar las medidas apropiadas para establecer o facilitar el contacto, teniendo especialmente en cuenta la seguridad y el bienestar del menor, por ejemplo:**
 - **facilitar u organizar encuentros en persona entre el menor y el padre privado del menor (que, de ser necesario, podrían ocurrir con la supervisión de un funcionario de protección de menores u otra persona²³⁵;**
 - **facilitar u organizar videoconferencias para que el menor y el padre privado del menor se comuniquen a la distancia (en especial cuando el padre privado del menor no tiene la posibilidad de participar en el procedimiento de restitución);**
 - **Dictar órdenes provisionales de contacto (para lo cual el art. 11 del Convenio de 1996 puede aportar los fundamentos jurídicos)²³⁶.**
- **Informar y, en su caso, solicitar la asistencia de las Autoridades Centrales u otras autoridades competentes (p. ej., autoridades de protección de menores) para establecer o facilitar el contacto entre el menor y el padre privado del menor durante el procedimiento de restitución.**
- **Velar por que las medidas para facilitar o establecer contacto entre el menor y el padre privado del menor no retrasen indebidamente la consideración del caso.**

²³³ Véase, p. ej., Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas, *Contacto Transfronterizo relativo a los Niños*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Bristol, Family Law (Jordan Publishing Ltd.), 2008 (en adelante, "Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo"), capítulos 1, 4.6. y 5.1.2. En los Perfiles de País consta información sobre si, en los Estados contratantes, las autoridades judiciales o administrativas toman medidas provisionales para que el padre privado del menor pueda mantener contacto con el menor o ejercer su derecho de visita mientras tramita el procedimiento de restitución (ob. cit. nota 21), sección 10.6.

²³⁴ P. ej., la sección 38(2) de la ley alemana sobre procedimientos de derecho internacional de familia dispone que en los procedimientos de restitución, "[e]n todas las etapas del procedimiento, el tribunal examinará si el derecho a tener contacto con el menor puede garantizarse".

²³⁵ En los Perfiles de País consta información sobre los regímenes de visita con vigilancia, en especial las circunstancias en las que se vigila el contacto y los servicios sociales que prestan asistencia en la vigilancia del contacto en los Estados contratantes (ob. cit. nota 21), sección 16.3.

²³⁶ El art. 11 del Convenio de 1996 (de ser aplicable) aporta un fundamento jurídico para que, en casos de urgencia, el juez ante el que tramita la restitución pueda dictar una orden de contacto entre el menor y el padre privado del menor. Para que el art. 11 sea aplicable, no hace falta que el menor tenga su residencia habitual en un Estado contratante del Convenio de 1996. La orden provisional de contacto será reconocida de pleno derecho en el Estado de la residencia habitual del menor, siempre que los dos Estados involucrados sean Estados contratantes del Convenio de 1996. Véase *supra* el párr. 147 y sigs. Véase también al respecto la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (ob. cit. nota 233), capítulo 3.3.

ii. Representación legal de las partes

203. La cuestión de si las partes en el procedimiento de restitución requieren la asistencia de un abogado, y la cuestión de si se prevé asistencia jurídica gratuita, depende de la legislación, los procedimientos y las prácticas de cada Estado.

204. El Convenio establece en el artículo 7(2)(g) que las Autoridades Centrales, ya sea directamente o a través de un intermediario, deben adoptar todas las medidas apropiadas que permitan “conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado”²³⁷.

205. En los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b), puede resultar especialmente recomendable que las partes estén acompañadas de un abogado, por ejemplo, que asista al padre sustractor a comunicar la información o las pruebas pertinentes para comprobar la existencia del grave riesgo y que asistan al padre privado del menor a contestar estas alegaciones, sin retrasar indebidamente la consideración del caso.

206. Por otra parte, los jueces deben velar por que cada parte tenga la posibilidad de presentar e impugnar pruebas y de que sus alegaciones sean consideradas por el tribunal, con independencia de que la parte esté representada por un abogado o no.

207. A continuación se indica una buena práctica para los tribunales en relación a la representación legal en los procedimientos de restitución.

➤ **Brindar información sobre la posibilidad de solicitar asistencia jurídica gratuita, si procediera, en el caso de que una de las partes no esté representada por un abogado, y considerar la asistencia que pueden prestar las Autoridades Centrales.**

iii. Participación del padre privado del menor en el procedimiento de restitución

208. La legislación y los procedimientos internos de los Estados contratantes pueden alentar o requerir que el tribunal ante el que tramita el procedimiento de restitución dé al padre privado del menor la posibilidad de participar personalmente en el procedimiento²³⁸. Asimismo, en los casos en que se invoca el art. 13(1)(b), en los que pueden plantearse alegaciones graves para oponerse a la restitución, puede resultar útil o preferible para el padre privado del menor ser escuchado en persona. Además, también puede resultar conveniente que el padre privado del menor participe en la mediación para que pueda prepararse para los posibles resultados del procedimiento o para la resolución de otras cuestiones de la controversia (véase más arriba la sección 10 de esta parte). En estos casos, el tribunal debe considerar su obligación de actuar con urgencia en los procedimientos de restitución (art. 11(1)) y evitar que la participación del padre privado del menor retrase indebidamente el procedimiento.

209. A continuación se indican prácticas que constituyen buenas prácticas para los tribunales, siempre que sean aplicables al caso y estén habilitadas por los procedimientos y las prácticas internas:

➤ **Tener en cuenta la obligación de dar al padre privado del menor la posibilidad de participar personalmente en el procedimiento (y en la mediación) lo más pronto posible (p. ej., como técnica para optimizar la gestión del caso)²³⁹ a efectos de poder fijar plazos adecuados y organizarse de manera adecuada, si resultare necesario.**

²³⁷ Para más información, véase, p. ej., la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), capítulo 4.13.

²³⁸ En los Perfiles de País consta información sobre si generalmente se requiere la participación del padre privado del menor en el procedimiento de restitución en los Estados contratantes (ob. cit. nota 21), sección 10.3(f). Por ejemplo, el art. 11(5) del Reglamento Bruselas II bis establece que “[l]os órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución”.

²³⁹ Véase *supra* el párr. 100 y sigs. sobre técnicas judiciales para optimizar la gestión de los casos.

- **Facilitar la participación del padre privado del menor o realizar una audiencia con él/ella, de la manera más rápida y eficaz posible²⁴⁰, por ejemplo, recurriendo a mediación u obteniendo pruebas del padre privado del menor mediante videoconferencia para que no tenga que viajar al Estado requerido²⁴¹.**
- **Considerar solicitar la asistencia de la Autoridad Central en el Estado requerido o requirente con respecto a la organización de la videoconferencia.**

210. Cuando los procedimientos y las prácticas internas requieren la comparecencia de las partes, es importante considerar que el padre privado del menor en particular puede tener que enfrentar cargas económicas en virtud de los gastos de viaje y alojamiento en el Estado requerido, además de cargas económicas adicionales si debe ausentarse de su trabajo (como posibles penalidades o la pérdida de su empleo), y limitaciones de tiempo si debe viajar larga distancia con poca antelación para asistir a la audiencia²⁴². Puede sostenerse que no debería imponerse una carga adicional sobre el padre privado del menor al requerir su participación en el procedimiento ante el foro que el padre que sustrajo al menor ha elegido unilateralmente²⁴³.

211. Los mecanismos de cooperación instaurados por el Convenio asisten, entre otras cosas, a evitar que el padre privado del menor tenga que desplazarse al Estado al que el menor ha sido trasladado para obtener su restitución, en especial cuando viajar le resulta oneroso. Es por ello que en algunos Estados contratantes la Autoridad Central actúa en nombre del solicitante en el procedimiento de restitución o como el representante directo del padre privado del menor²⁴⁴. No siempre se puede evitar que el padre privado del menor tenga que viajar al Estado requerido para participar en el procedimiento de restitución, pero los jueces deben velar por que esto no le suponga un perjuicio. Las autoridades competentes también pueden tener en cuenta en estas circunstancias que, por ejemplo, es posible que el padre privado del menor no haya tenido la posibilidad de ser escuchado al respecto de la cuestión de las condiciones a la restitución, o que no haya tenido una participación suficiente en el procedimiento a través de la mediación o de un representante directo. Ese padre puede entonces comprometer la eficacia de las órdenes o las disposiciones para garantizar la restitución segura, lo cual resultaría inmediatamente perjudicial para el niño en cuyo beneficio fueron dictadas.

212. A continuación se indican prácticas que constituyen buenas prácticas para los jueces con respecto a la comparecencia o participación del padre privado del menor en el procedimiento, siempre que sean aplicables al caso y estén habilitadas según los procedimientos y las prácticas internas:

- **Considerar que la representación legal del padre privado del menor constituye un medio para que ese padre pueda presentar sus alegaciones sin comparecer en persona (véase la sección ii más arriba).**
- **Velar por que, en lo posible, la obligación de que el padre privado del menor comparezca personalmente no retrase indebidamente el procedimiento.**

²⁴⁰ Véase la Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis (ob. cit. nota 81), párr. 4.3.4.1.

²⁴¹ En los Perfiles de País consta información sobre si existen instituciones que faciliten la participación del padre privado del menor en los procedimientos de restitución desde un Estado distinto del Estado requerido (ob. cit. nota 21), sección 10.3(g).

²⁴² Véase, p. ej., la Guía de Buenas Prácticas de Medidas de Aplicación (ob. cit. nota 7), párr. 6.5.3, donde se destaca, entre otras cosas, que requerir la comparecencia del padre privado del menor en el procedimiento de restitución, en algunos casos, puede derivar en que se le prive de activar el mecanismo convencional. Véase también la Guía de Buenas Prácticas de la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), párr. 4.17.

²⁴³ Véase en este contexto, p. ej., P.R. Beaumont y P.E. McEleavy (ob. cit. nota 56), p. 259. No obstante, algunos Estados y territorios consideran que es muy útil que el solicitante (p. ej., el padre privado del menor) comparezca en persona, incluso si es representado por un abogado. La presencia del solicitante permite esclarecer mejor los hechos del caso, permite el contacto con el menor y una mayor posibilidad de mediación y de que las partes lleguen a un acuerdo voluntariamente. Si el padre privado del menor está dispuesto a viajar al Estado requerido, ciertos tribunales buscan maneras de asistirlo, por ejemplo: acordando las fechas para audiencias, ofreciendo asistencia económica, o asistencia si tiene problemas para entrar al Estado requerido por cuestiones de visa o migraciones.

²⁴⁴ Véanse los Perfiles de País (ob. cit. nota 21) y la Guía de Buenas Prácticas de la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), capítulo 4.16.

- De ser necesario y adecuado, intentar minimizar las obligaciones del padre privado del menor de asistir en persona a la mediación o a las audiencias judiciales²⁴⁵, por ejemplo:
 - autorizando al padre privado del menor a presentar sus alegaciones por escrito en lugar de requerir que asista a la audiencia, salvo que ello retrasara indebidamente el procedimiento;
 - ofreciendo instalaciones (p. ej., instalaciones de videoconferencia) para que el padre privado del menor pueda participar en la mediación o en el procedimiento de restitución desde un Estado distinto del Estado requerido, para evitar que el padre privado del menor tenga que comparecer en persona²⁴⁶.
- Estudiar si conviene solicitar la asistencia de la Autoridad Central del Estado requerido para organizar y facilitar la participación del padre privado del menor en la mediación o el procedimiento.

²⁴⁵ Véase la Guía de Buenas Prácticas de la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), capítulo 4.17.

²⁴⁶ Véase la Guía de Buenas Prácticas de Medidas de Aplicación (ob. cit. nota 7), párr. 6.5.3. Véase también la nota 241 con respecto a los Perfiles de País.

PARTE III: Información para las Autoridades Centrales

El rol de las Autoridades Centrales en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b)

213. Las Autoridades Centrales cumplen una función crucial para el funcionamiento eficaz del Convenio²⁴⁷. En los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b)²⁴⁸, las Autoridades Centrales pueden prestarse asistencia unas a otras, a los tribunales ante los que tramita el procedimiento de restitución y otras autoridades, así como a los padres y al niño, de distintas maneras. Sus actos dependen, sin embargo, de la función que se les asigne en su Estado y de las funciones y facultades que les atribuye la legislación nacional según la cual fueron establecidas²⁴⁹. Las Autoridades Centrales y las autoridades nacionales con las que colaboran también pueden verse limitadas por los recursos materiales y humanos de que disponen²⁵⁰.

214. Dado que las Autoridades Centrales pueden prestar asistencia importante en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b), es importante que la Autoridad Central pertinente sea informada sistemáticamente cuando el padre privado del menor (u otra persona u organismo que se opone a la restitución) alega la existencia de un riesgo grave ante el tribunal. Cuando no se informa a la Autoridad Central oportunamente, su capacidad de colaboración se ve reducida significativamente. Sin embargo, si bien la Autoridad Central puede prestar distintos tipos de asistencia en varias cuestiones, también corresponde resaltar que la carga de probar la existencia de un riesgo grave y de medidas de protección incumbe, en última instancia, a las partes y no a la Autoridad Central.

i. Aceptación de solicitudes de restitución (arts. 8 y 27)

215. En el ejercicio de sus funciones con respecto a la aceptación de solicitudes de restitución (véase el art. 8), las Autoridades Centrales deberían tener en cuenta que el examen de las cuestiones de hecho y de derecho, entre ellas las alegaciones en las que se invoca la aplicación del artículo 13(1)(b), corresponde exclusivamente al tribunal u otra autoridad competente que decide sobre la solicitud de restitución²⁵¹.

216. El artículo 27 atribuye a las Autoridades Centrales una facultad muy limitada para rechazar una solicitud cuando las "condiciones" establecidas en el Convenio no se han cumplido o "la solicitud carece de fundamento"²⁵². Cabe señalar que las Autoridades Centrales no pueden invocar este artículo para rechazar una solicitud en base a que una de las partes ha opuesto la excepción de grave riesgo del artículo 13(1)(b) u otra excepción, dado que la apreciación de esta cuestión corresponde al tribunal o a la autoridad competente pertinente.

²⁴⁷ Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), sección 1, p. 12. Véanse, en particular, los arts. 6-8 y el art. 21 del Convenio de 1980.

²⁴⁸ Esta sección se centra en el rol de las Autoridades Centrales en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b). Se invita a las Autoridades Centrales a consultar la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ibid.) para obtener más información general.

²⁴⁹ Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), Introducción, p. 7; sección 1.1, pp. 12-13.

²⁵⁰ En cuanto a este tema, debería velarse por limitar el número de las solicitudes que se presentan ante las Autoridades Centrales a las que son cruciales en una situación dada, a los efectos de maximizar la posibilidad de dar respuesta rápidamente.

²⁵¹ Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 27), párr. 1.1.2.

²⁵² Este artículo puede invocarse, p. ej., cuando el menor, al momento del traslado, tenía al menos 16 años de edad (véase el art. 4 del Convenio). La decisión de rechazar una solicitud, por sus consecuencias, no debería tomarse sin la debida consideración. Véase Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial (ibid.), párr. 1.1.3. Véase también N. Lowe, M. Everall QC & M. Nicholls, *International Movement of Children*, Jordan Publishing Limited, 2004, p. 234 y la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), sección 4.9, p. 47.

ii. Obligación de colaborar y promover una colaboración entre las autoridades nacionales (art. 7(1))

217. El artículo 7(1) establece la obligación general de las Autoridades Centrales de colaborar mutuamente y promover la colaboración con las autoridades competentes de sus respectivos Estados para garantizar la restitución inmediata de los menores y lograr los otros objetivos del Convenio.

218. De ello se deduce que, en las situaciones en las que el padre sustractor alega, ante la autoridad competente, que existe un riesgo grave de que la restitución exponga al menor a daño físico o psicológico o que de otra manera lo coloque en una situación intolerable —y el tribunal estima que hay una posibilidad suficiente de que exista ese grave riesgo—, puede requerirse a las Autoridades Centrales que colaboren entre sí y con las autoridades nacionales pertinentes para ofrecer asistencia en estas situaciones; en particular por la responsabilidad que incumbe a las Autoridades Centrales en virtud del artículo 7(2)(h) para garantizar la restitución segura del niño²⁵³.

219. Para esta tarea, resulta de especial utilidad que la Autoridad Central tenga vínculos sólidos con el sistema judicial y de protección social internos, y que haya establecido una red de organismos competentes en su territorio²⁵⁴. Esto ayudará además a garantizar un accionar rápido y expeditivo²⁵⁵ y la observancia de plazos (estrictos) fijados por los tribunales²⁵⁶. Un número cada vez mayor de Autoridades Centrales han reconocido esta necesidad y facilitan la colaboración con organismos de protección de la infancia en diferentes Estados cuando la seguridad del menor tras la restitución suscita preocupaciones²⁵⁷.

220. A continuación se indican buenas prácticas para las Autoridades Centrales (cuando actúan en calidad de Autoridad del Estado requirente o del Estado requerido):

- **Intercambiar información (p. ej., a pedido de autoridades competentes) sobre medidas de protección y otras disposiciones que se prevean para garantizar la restitución segura del menor al Estado extranjero sin demora. La Autoridad Central puede, por iniciativa propia, identificar la necesidad de obtener información sobre medidas de protección y presentar la solicitud de información, o puede actuar a pedido del tribunal ante el que tramita el procedimiento de restitución.**
- **Establecer relaciones de trabajo estrechas y eficaces con las autoridades internas en su propio territorio, cuya asistencia y colaboración se requiera para proteger al menor y velar por que su restitución sea segura.**
- **Proveer la información de contacto de las autoridades competentes para que las comunicaciones entre las distintas autoridades sean eficaces.**

iii. Comunicar el lugar en que se encuentra el menor (art. 7(2)(a))

221. Cuando la Autoridad Central en el Estado requerido ha localizado al menor (véase el art. 7(2)(a)), esto no necesariamente significa que la información será comunicada al padre privado del menor o a la Autoridad Central en el Estado requirente en todos los casos²⁵⁸. Por lo general, en los procedimientos en los que se invoca el artículo 13(1)(b), debe considerarse

²⁵³ Véase *infra* el párr. 243 y sigs. sobre el art. 7(2)(h).

²⁵⁴ Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), secciones 1.2.1, pp. 13-14, y 2.3.3., p. 26.

²⁵⁵ Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ibíd.), sección 1.5, pp. 19-20.

²⁵⁶ Véase *supra* el párr. 91 y sigs. sobre procedimientos de urgencia.

²⁵⁷ Véase el Informe de la Parte I de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 28), párr. 53.

²⁵⁸ Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), sección 4.10, pp. 47-48.

cuidadosamente si es necesario revelar la ubicación del menor al padre privado del menor, y si ello podría suponer un riesgo para la seguridad del menor o la del padre que lo sustrajo²⁵⁹.

222. Las normas y las prácticas legales relativas al procedimiento para comunicar el lugar en que se encuentra el menor difieren de un Estado al otro. Por ejemplo, en algunos Estados, mantener confidencial la ubicación del menor es de obligado cumplimiento, mientras que en otros, la Autoridad Central del Estado requerido puede tener mayor discreción. En este caso, puede hacer falta encontrar un equilibrio entre el derecho del padre privado del menor a conocer la ubicación y la situación en la que se encuentra su hijo, y la necesidad de evitar daños al menor o al padre que lo sustrajo que puedan derivarse de revelar donde se encuentran.

223. En los casos en que revelar la ubicación del menor puede poner al propio niño o al padre que lo sustrajo en riesgo, las Autoridades Centrales deberían considerar cuidadosamente si comunicar esta información al padre privado del menor resulta efectivamente obligatorio en el marco del procedimiento de restitución. De manera similar, si la información debiera protegerse por razones legales o de seguridad, puede incluso impedírseles comunicar la información a la Autoridad Central del Estado requirente en general, o transmitirla sin una garantía de confidencialidad²⁶⁰. La continuación del procedimiento de restitución debe garantizarse aun sin la comunicación de esa información.

224. A continuación se indican prácticas que constituyen buenas prácticas para las Autoridades Centrales, siempre que sean apropiadas y estén habilitadas o sean obligatorias según la legislación y los procedimientos internos:

- **Saber qué información las Autoridades Centrales pueden negarse a comunicar al solicitante o al padre que sustrajo al menor, de conformidad con la legislación y los procedimientos internos, a los efectos de poder retener información cuando revelarla puede poner en riesgo al menor, a uno de sus padres u otras personas.**
- **Antes de comunicar información sobre la ubicación del menor al padre privado del menor o a la Autoridad Central en el Estado requirente, considerar cuidadosamente si revelar esta información puede poner en riesgo la seguridad del menor o la del padre que lo sustrajo según las circunstancias del caso²⁶¹.**
- **Si esta información pudiera comprometer la seguridad del menor o del padre que lo sustrajo, no comunicar la información, o comunicarla a la Autoridad Central del Estado requirente únicamente si se ofrece garantía de confidencialidad.**
- **Si se estimare necesario o procedente, considerar si conviene solicitar una resolución judicial para prohibir comunicar la información sobre la ubicación del menor si esta posibilidad estuviera habilitada según la legislación y los procedimientos internos²⁶².**

225. Comunicar la ubicación del menor y del padre que lo sustrajo puede, sin embargo, ser necesario a los efectos de la notificación de documentos cuando se presenta demanda o durante el desarrollo del procedimiento de restitución. Por ejemplo, el abogado del padre privado del

²⁵⁹ Sin embargo, la Autoridad Central, si bien en algunos casos puede mantener confidencial la dirección del padre sustractor y del menor, en principio está obligada a informar al solicitante cuál es el tribunal competente en el Estado requerido. Ese tribunal contactaría a la Autoridad Central y recibiría la información confidencial de la dirección del demandado. En algunos Estados la información confidencial de la dirección se registra en un expediente separado que el solicitante no puede recibir, incluso si solicita consultar los expedientes.

²⁶⁰ Garantía de que la información no será comunicada al padre que sustrajo al menor. Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), sección 4.10, p. 48.

²⁶¹ Esto no sería aplicable, p. ej., en Estados en los que es obligatorio mantener confidencial la ubicación del menor.

²⁶² P. ej., en un Estado en el que no se prevé una norma legal con respecto a la confidencialidad de la ubicación del menor, puede requerirse que el tribunal dicte una orden que prohíba la comunicación de esa información, si se estimare apropiado.

menor o el tribunal pueden requerir la dirección del padre sustractor y el menor a efectos de la notificación de documentos²⁶³.

226. A continuación se indican prácticas que constituyen buenas prácticas para la Autoridad Central del Estado requerido en casos excepcionales cuando se considera que comunicar la ubicación del menor y el padre sustractor los pondría en riesgo, siempre que resulten apropiadas y estén habilitadas según la legislación y los procedimientos internos:

- **Si resultare necesario, establecer un método para iniciar el procedimiento de restitución que no suponga la comunicación obligatoria de la ubicación del menor y del padre sustractor al solicitante, su abogado o la Autoridad Central requirente, según el caso.**
- **Si comunicar la ubicación del menor es necesario para la notificación de documentos y se estima que ello podría comprometer la seguridad del menor o de uno de sus padres, considerar exigir al abogado solicitante una garantía de confidencialidad, o considerar otros métodos de notificación (p. ej., notificación a la dirección de la Autoridad Central requerida o comunicar la ubicación a la autoridad competente en una carta separada y solicitarle que notifique los documentos sin revelar la ubicación).**

iv. Disposición de contacto provisional entre el menor y el padre privado del menor

227. Una vez que se ha localizado al menor, el padre privado del menor puede solicitar contacto con el menor, y las Autoridades Centrales (así como las autoridades competentes) deberían facilitararlo²⁶⁴. La comunicación por vía electrónica entre el padre privado del menor y el niño, por ejemplo, puede calmar la ansiedad del menor y prepararlos a ambos mejor para el resultado del procedimiento.

228. Solo debería establecerse contacto, sin embargo, cuando resulta apropiado y de una forma que atienda a la necesidad de seguridad física y psicológica del menor. Por lo tanto, en algunos casos en los que se ha deducido la excepción de grave riesgo, y en los que al menos *prima facie* se estima que las alegaciones o las pruebas son fundadas, las Autoridades Centrales pueden necesitar ejercer especial cuidado cuando disponen contacto provisorio o cuando adoptan medidas provisionales para permitir al padre privado del menor ejercer su derecho de visita²⁶⁵.

229. A continuación se indican prácticas que constituyen buenas prácticas para la Autoridad Central del Estado requerido cuando existen preocupaciones acerca de la seguridad y bienestar del menor, siempre que resulten apropiadas y estén habilitadas según la legislación y los procedimientos internos:

- **Considerar si conviene no comunicar la ubicación del menor al padre privado del menor y considerar facilitar o disponer contacto en un lugar neutro.**
- **Considerar si conviene facilitar el contacto entre el padre privado del menor y el menor a distancia, por ejemplo, por teléfono o videoconferencia.**
- **Considerar si conviene facilitar el contacto “con vigilancia”, es decir, con un representante de una autoridad u organismo de protección de la infancia**

²⁶³ En particular, esta situación puede configurarse si el padre sustractor (aun) no está representado por un abogado.

²⁶⁴ Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (ob. cit. nota 233), sección 4.6., en particular 4.6.2, p. 23. En los Perfiles de País, en la sección 10.6 (ob. cit. nota 21), consta información sobre si las autoridades judiciales o administrativas pueden tomar medidas provisionales para que el padre privado del menor pueda tener contacto con el menor durante el procedimiento de restitución. Véase también la Parte II, sección 11(i) de la presente Guía.

²⁶⁵ En este contexto, las Autoridades Centrales deberían tener especialmente en cuenta su obligación de prevenir que el menor sufra mayores daños.

presente durante el encuentro del menor y el padre privado del menor (cara a cara o por medios electrónicos).

- **Tener en cuenta que puede que no sea apropiado disponer contacto provisorio con el padre privado del menor cuando se han planteado alegaciones graves y cuando el contacto puede poner en riesgo la seguridad física o psicológica del menor.**

v. Obligación de prevenir que el menor sufra mayores daños (art. 7(2)(b))

230. Las Autoridades Centrales (en colaboración con otras autoridades en sus Estados) tienen la obligación de adoptar medidas apropiadas “para prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales” (art. 7(2)(b))²⁶⁶. Esto puede ser relevante, por ejemplo, en un caso en el que el padre que sustrajo al menor opone la excepción de grave riesgo y también alega que el menor se encuentra (en el Estado requerido) en peligro o necesita asistencia especial²⁶⁷.

231. Existe una variedad de medidas que las autoridades competentes en el Estado requerido pueden adoptar para proteger al menor o evitar que sufra mayores daños en ese Estado, cuando resulta necesario según el caso. Estas medidas pueden consistir, por ejemplo, en asesoramiento u acompañamiento psicológico para el menor²⁶⁸ y modalidades alternativas de cuidado²⁶⁹. La Autoridad Central puede facilitar estas medidas, de conformidad con la legislación y los procedimientos del Estado o territorio de que se trate²⁷⁰. Las autoridades administrativas o judiciales en los Estados contratantes del Convenio de 1996 pueden adoptar estas medidas de protección en virtud del artículo 11 de ese Convenio y, de ser necesario, solicitar la asistencia de la Autoridad Central designada en virtud de ese Convenio²⁷¹.

232. A continuación se indican prácticas que constituyen buenas prácticas para la Autoridad Central del Estado requerido, siempre que resulten apropiadas y estén habilitadas según la legislación y los procedimientos internos:

- **Considerar si conviene que intervenga la autoridad competente en materia de protección de la infancia para evaluar la(s) medida(s) que pueden tomarse en beneficio del niño en el Estado requerido.**
- **Adoptar las medidas necesarias rápidamente para que se inicien procedimientos para obtener órdenes de protección para el menor en el Estado requerido (en los casos en que las autoridades de protección de la infancia solo pueden intervenir a instancia de una autoridad competente).**

²⁶⁶ Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), sección 4.15, p. 52.

²⁶⁷ P. ej., si la salud mental del menor estuviera muy frágil.

²⁶⁸ Puede hacer falta orientación o tratamiento psicológico, p. ej., en una situación en la que el menor ha sufrido un trauma por las circunstancias del traslado ilícito o si ha sido vivido situaciones de violencia doméstica.

²⁶⁹ Puede ser necesario recurrir a una modalidad alternativa de cuidado, p. ej., si el padre que sustrajo al menor es incapaz de cuidarlo en el Estado requerido.

²⁷⁰ Las Autoridades Centrales pueden estar facultadas para adoptar medidas de protección directamente a través de la autoridad de protección de la infancia, o para recurrir directamente a un tribunal para que se otorgue una orden de protección (como por ejemplo en Australia; véase *Family Law (Child Abduction Convention) Regulations* [Reglamento de Derecho de Familia (Convenio sobre Sustracción de Menores)], sección 14(1)(d)). Consta información sobre este tema en los Perfiles de País (ob. cit. nota 21), véase la sección 6(2)(j).

²⁷¹ Véase, en general, el capítulo V del Convenio de 1996 y, en particular, los arts. 32(b) y 36. En la mayoría de los Estados contratantes del Convenio de 1996, las Autoridades Centrales designadas en virtud de ese Convenio coinciden con las designadas en virtud del Convenio de 1980. De no ser así, las Autoridades Centrales designadas deberían colaborar de manera estrecha y eficaz y comunicarse con rapidez. Véase el Manual Práctico del Convenio de 1996 (ob. cit. nota 166), capítulo 11, en particular los párrs. 11.2 y 11.6. Véase también *supra* el párr. 147 y sigs. sobre las medidas de protección contempladas en el Convenio de 1996.

- **Informar rápidamente al padre sustractor, al padre privado del menor y a sus abogados sobre su derecho a recurrir a una autoridad de protección de la infancia o a iniciar un procedimiento judicial para que se otorguen medidas de protección para el menor en el Estado requerido (en particular cuando la Autoridad Central no está facultada —o tiene facultades limitadas— para tomar estas medidas).**
- **Supervisar el proceso para verificar por que las medidas sean adoptadas rápidamente y para que su implementación sea eficaz.**
- **Informar a la autoridad de protección de la infancia o la autoridad competente si la medida de protección debe ser modificada o revocada.**
- **Considerar si conviene establecer uno o más puntos de contacto en las autoridades de protección de la infancia para facilitar y agilizar la adopción de medidas de protección a los efectos de prevenir mayores daños al menor en el Estado requerido.**

vi. Obligación de obtener la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable (art. 7(2)(c))

233. El hecho de que el padre que sustrajo al menor oponga la excepción de grave riesgo no debería impedir que la Autoridad Central adopte las medidas apropiadas para conseguir la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable para el caso (art. 7(2)(c)), si se estimare conveniente.

234. Sin embargo, debe procederse con cuidado cuando el padre sustractor alega, por ejemplo —fundándose en la excepción del artículo 13(1)(b)—, que el padre privado del menor fue violento con él/ella o con el menor. Cuando se plantea la existencia de violencia doméstica, dependiendo del Estado, puede que se prohíba recurrir a mediación o que la mediación no resulte apropiada, o que se requieran garantías especiales durante la mediación²⁷².

vii. Obligación de incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo (art. 7(2)(f))

235. En cuanto a la obligación de incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo para conseguir la restitución del menor (art. 7(2)(f))²⁷³, las Autoridades Centrales deberían, en la medida y lo más pronto posible, recabar información y conocimientos para asistir en la preparación del caso que se presentará ante el tribunal²⁷⁴. Esto es especialmente importante cuando la Autoridad Central presenta la solicitud de restitución ante la autoridad competente directamente o a través de un organismo.

236. Esta asistencia puede resultar particularmente útil en los casos en que el padre sustractor alega la existencia de un riesgo grave conforme a lo dispuesto en artículo 13(1)(b), ya que estos casos pueden ser complejos y requerir una mayor actividad por parte del tribunal para optimizar la gestión del caso. En algunos Estados, las Autoridades Centrales rápidamente recaban la mayor cantidad de información y pruebas posible —tales como información sobre las medidas de protección previstas en el Estado requirente e informes policiales, médicos y de trabajadores sociales— antes de presentar la solicitud de restitución ante el tribunal²⁷⁵. En este contexto, las Autoridades Centrales deberían promover la utilización de procedimientos expeditivos²⁷⁶. Si la Autoridad Central obtiene dicha información en un caso en el que se presentaron alegaciones de grave riesgo conforme a lo dispuesto en el artículo 13(1)(b), la

²⁷² Para más información sobre mediación, véase *supra* el párr. 191 y sigs. y la Guía de Buenas Prácticas en la Mediación (ob. cit. nota 220).

²⁷³ Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), sección 4.16, p. 53.

²⁷⁴ Las Autoridades Centrales deberían, en la medida de lo posible, usar medios de comunicación modernos a los efectos de agilizar los procedimientos; véase la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ibid.), sección 1.3.3, p. 16.

²⁷⁵ Véase el Informe de la Parte I de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 28), párr. 104.

²⁷⁶ Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), sección 1.5, pp. 19-20.

investigación debería efectuarse en el menor plazo posible, y teniendo en claro que el examen de estas alegaciones corresponde exclusivamente a la autoridad competente.

237. No obstante, debe tenerse en cuenta que existen distintas maneras en que las Autoridades Centrales pueden dar cumplimiento a su obligación de incoar o facilitar la apertura del procedimiento judicial o administrativo, según el rol que se les atribuye en su Estado y sus funciones y facultades de acuerdo al derecho interno. Por ejemplo, algunos Estados prevén que la Autoridad Central pueda incoar el procedimiento de restitución, presentando ella misma la solicitud ante la autoridad competente. En otros Estados, la Autoridad Central asiste tanto al solicitante como al demandado, en calidad de tercero neutral, y no permite que intervenga en el procedimiento judicial²⁷⁷.

238. A continuación se indican prácticas que constituyen buenas prácticas para la Autoridad Central del Estado requerido, siempre que resulten apropiadas y estén habilitadas según la legislación y los procedimientos internos:

- **Considerar si conviene solicitar que el padre sustractor presente, lo más pronto posible²⁷⁸, información y pruebas para demostrar la validez de sus alegaciones conforme a lo dispuesto en el artículo 13(1)(b).**
- **Contactar lo antes posible a la Autoridad Central del Estado requirente o al padre privado del menor para que el padre privado del menor conteste las alegaciones del padre que sustrajo al menor con respecto al artículo 13(1)(b), y presente la información o las pruebas de que disponga.**
- **De ser necesario, solicitar lo antes posible, a la Autoridad Central en el Estado requirente, información o informes relevantes a la alegación del padre que sustrajo al menor con respecto a la excepción del artículo 13(1)(b).**
- **Destacar, en todas las comunicaciones con la Autoridad Central del Estado requirente, el padre sustractor, el padre privado del menor u otras personas que intervengan, la necesidad de aportar información o pruebas sin demora, a los efectos de agilizar el procedimiento.**
- **Tomar las medidas necesarias para que la Autoridad Central del Estado requirente, el padre sustractor, el padre privado del menor y otras personas que intervengan en el caso, conozcan los plazos específicos fijados por el tribunal, a los efectos de agilizar el procedimiento.**

239. A continuación se indica una práctica que constituye una buena práctica para la Autoridad Central del Estado requirente, siempre que resulte apropiada y esté habilitada según la legislación y los procedimientos nacionales:

- **Lo más pronto posible, aportar o facilitar la transmisión de información relevante con respecto a la excepción del artículo 13(1)(b), a pedido de la Autoridad Central o la autoridad competente del Estado requerido, para poder iniciar o continuar el procedimiento de restitución sin demora.**

²⁷⁷ En los Perfiles de País consta información sobre cómo la Autoridad Central observa su obligación de incoar o facilitar la apertura de los procedimientos (ob. cit. nota 21), sección 10.3

²⁷⁸ Este requerimiento debe presentarse inmediatamente después de que el padre que sustrajo al menor informa a la Autoridad Central de que opone la excepción del artículo 13(1)(b), p. ej., en su respuesta a la carta de la Autoridad Central por la que se le informa, entre otras cosas, sobre las ventajas de la restitución voluntaria (véanse los arts. 7(c) y 10 y la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), sección 4.12, p. 49 y el anexo 4.2.).

viii. Intercambiar información relativa a la situación social del menor (art. 7(2)(d))

240. De conformidad con el artículo 7(2)(d), las Autoridades Centrales deben, cuando se estima conveniente, intercambiar información sobre la situación social del menor. En los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b), la información relativa a la situación social del menor puede ser importante (véase el art. 13(3))²⁷⁹, por lo que el tribunal puede solicitar su aportación en el procedimiento de restitución. Las Autoridades Centrales deberían velar por que la presentación de esta información ante el tribunal ocurra de manera expeditiva²⁸⁰.

241. A continuación se indican prácticas que constituyen buenas prácticas para la Autoridad Central del Estado requerido, siempre que resulten apropiadas y estén habilitadas según la legislación y los procedimientos internos:

- **De ser necesario, preguntar a la Autoridad Central del Estado requirente, lo más pronto posible, si existe un informe sobre la situación social del menor y, en caso afirmativo, solicitar una copia del mismo.**
- **Contactar a la Autoridad Central del Estado requirente de inmediato cuando el tribunal solicita información sobre la situación social del menor e informar a la Autoridad Central del plazo fijado por el tribunal para la presentación de la información.**

242. A continuación se indica una práctica que constituye una buena práctica para la Autoridad Central del Estado requirente, siempre que resulte apropiada y esté habilitada según la legislación y los procedimientos internos:

- **Arbitrar las medidas necesarias para poder presentar, lo más pronto posible, un informe sobre la situación social del menor a la Autoridad Central del Estado requerido si esta lo solicita, por ejemplo, requerir que lo preparen autoridades locales y disponer su traducción a otro idioma de ser posible y necesario.**

ix. Obligación de disponer las diligencias administrativas necesarias para garantizar la restitución segura del menor (art. 7(2)(h))

243. Una disposición clave para los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b) es el artículo 7(2)(h), según el cual las Autoridades Centrales tienen la obligación de arbitrar las medidas apropiadas para que se realicen las diligencias administrativas necesarias para garantizar la restitución segura del menor (véase el Anexo 2 a esta Guía, donde se presentan Conclusiones y Recomendaciones importantes sobre este tema de la Comisión Especial)²⁸¹.

244. A continuación se indican prácticas que constituyen buenas prácticas al respecto, siempre que resulten apropiadas y estén habilitadas según la legislación y los procedimientos internos:

- **Asistir al tribunal a recabar información sobre la situación del menor (o del padre que lo sustrajo, si fuera pertinente) tras la restitución, si dicha información fuera relevante para el caso.**
- **Aportar información sobre el marco jurídico y los servicios a los que puede recurrir el padre sustractor en el Estado de residencia habitual, si esa información facilitara su retorno con el menor.**

²⁷⁹ Véase *supra* el párr. 163 y sigs. sobre información y pruebas y el art. 13(3).

²⁸⁰ Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), sección 4.14, pp. 51-52.

²⁸¹ Véase esta cuestión en la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ibíd.), secciones 3.18 a 3.21, pp. 39-41, y secciones 4.21 a 4.23, pp. 55-57.

- **Disponer inmediatamente la traducción de los elementos principales de la información requerida a un idioma extranjero, si fuera necesario y posible.**
- **Establecer relaciones de trabajo estrechas y eficaces con otras autoridades cuya asistencia y colaboración se requiera para la aportación de dicha información, por ejemplo, a los efectos de proveer asistencia jurídica gratuita.**

a) Aportación de información

245. Las Autoridades Centrales cumplen un papel importante en la aportación de información sobre posibles preocupaciones relativas a la “restitución segura” del menor o a la seguridad del menor tras la restitución al Estado de residencia habitual. Esta información debe presentarse lo antes posible en el procedimiento para que el tribunal pueda considerarla.

246. Partiendo de esta información, las Autoridades Centrales pueden entonces prestar mayor asistencia para obtener la información necesaria sobre las medidas de protección y otras medidas que se prevén en el Estado requerido²⁸².

247. La información que se requiere depende de las circunstancias del caso y del tipo de solicitud recibida por el tribunal o la autoridad competente. Puede ser sobre la situación del menor tras su restitución —y por lo tanto puede ser información como dónde vivirá y quién lo cuidará tras la restitución— o si existe el tratamiento médico especial que el niño requiere en virtud de sus necesidades específicas. Si el padre sustractor alega, en particular, que el niño sufriría por el comportamiento violento o inapropiado del padre privado del menor tras su restitución, las Autoridades Centrales pueden asistir al tribunal en la obtención de información sobre, por ejemplo, incidentes previos de comportamiento violento o inapropiado dirigido al menor y sobre si se prevén medidas de protección.

248. Otra información relevante pueden ser las disposiciones para el padre que sustrajo al menor. La protección del menor puede requerir, en particular, que además se adopten medidas para proteger al padre que sustrajo al menor y lo acompaña en la restitución²⁸³.

249. Con respecto a la presentación de información, si el padre que sustrajo al menor alega que no puede regresar con él por circunstancias específicas en el Estado de residencia habitual, la Autoridad Central del Estado requirente debería aportar, dentro de sus posibilidades, información relevante sobre las circunstancias. Por ejemplo:

- **Cuando el padre que sustrajo al menor alega la existencia de violencia o abuso, en caso de regresar al Estado requirente con el menor, la Autoridad Central puede aportar información sobre las medidas de protección que se prevén en el Estado, como por ejemplo, acceso a una vivienda adecuada y segura, la posibilidad de obtener una orden de protección eficaz, etc.;**
- **Cuando el padre que sustrajo al menor alega que no puede regresar con el menor por razones económicas, la Autoridad Central puede aportar información sobre el sistema de previsión social y las posibilidades de beneficiarse de asistencia económica en el Estado de residencia habitual (p. ej., ayuda económica para personas de bajos ingresos, ayuda económica para padres solteros, asistencia para la vivienda);**

²⁸² Véase el Informe de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 28), párr. 57, y las Conclusiones y Recomendaciones de esta reunión (ob. cit. nota 29), párr. 39.

²⁸³ Véase el anexo 2 de la presente Guía y, en particular, la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), sección 4.23, pp. 56-57 y las Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 26), párr. 1.13. Véase también al respecto la sección 4.24, p. 57, de la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales, donde se establece que las Autoridades Centrales deben colaborar para que, si el padre sustractor quiere regresar con el menor, se lo informe de los servicios y de la asistencia de que puede beneficiarse en el Estado requirente.

- **Cuando el padre que sustrajo al menor alega no tener acceso a la justicia o poder costear un procedimiento judicial en el Estado de residencia habitual, la Autoridad Central puede brindarle información sobre el sistema jurídico y el acceso a la justicia (p. ej., para obtener una decisión sobre la custodia del niño)²⁸⁴, o la posibilidad de beneficiarse de asistencia jurídica gratuita o los servicios de abogados voluntarios.**

b) Acción penal contra el padre que sustrajo al menor

250. Cuando el padre que sustrajo al menor alega, en relación a la excepción del artículo 13(1)(b), que no puede regresar con el menor por una posible acción penal en su contra en el Estado requirente, las Autoridades Centrales pueden prestar asistencia de distintas maneras, dependiendo de las leyes y los procedimientos penales aplicables en el Estado requirente²⁸⁵.

251. A continuación se indican prácticas que constituyen buenas prácticas para las Autoridades Centrales (cuando actúan en calidad de Autoridades Centrales del Estado requirente o del Estado requerido), siempre que resulten apropiadas y estén habilitadas según la legislación y los procedimientos internos:

- **Informar a las autoridades y juzgados en materia penal sobre el Convenio de 1980 en general y, en particular, sobre el hecho de que, si el padre sustractor enfrenta una acción penal en el Estado requirente, la autoridad competente puede tener esto en cuenta para decidir sobre la restitución del menor.**
- **Intercambiar información sobre el estado del procedimiento penal en el Estado requirente y sobre la posibilidad de renunciar o suspender el ejercicio de la acción penal en un caso en particular²⁸⁶.**
- **Informar al padre privado del menor sobre la posibilidad de desistir de su denuncia penal o considerar si conviene alentarle a ello, o asistir al padre que sustrajo al menor a cumplir las condiciones necesarias para que se desista de la denuncia, si fuera posible, conforme a la legislación y los procedimientos penales internos.**
- **Si se ordena la restitución del menor, confirmar si el ejercicio de la acción penal se ha desistido o si sigue ejerciéndose.**

c) Cuestiones de inmigración

252. Si el padre que sustrajo al menor alega que no puede regresar con el menor por razones de inmigración, las Autoridades Centrales, en la medida de lo posible, deben intercambiar información relevante y asistir a ese padre y al menor a obtener la documentación de viaje necesaria, según las leyes y los procedimientos internos²⁸⁷. El objetivo no es conseguir un permiso a largo plazo para el padre que sustrajo al menor en el Estado requirente —dado que esto excede el ámbito de aplicación del Convenio—, sino que pueda ingresar al Estado requirente a los efectos de participar en el procedimiento de custodia o reinstalación. El padre sustractor puede entonces plantear reclamos relativos a cuestiones de inmigración, los cuales

²⁸⁴ Es importante que ambos padres y el menor tengan acceso efectivo a la justicia en el procedimiento por la custodia que tiene lugar tras la restitución del menor; véanse las Conclusiones y Recomendaciones de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 29), párr. 34.

²⁸⁵ Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), sección 6.3, p. 74.

²⁸⁶ Consta información relevante en los Perfiles de País (ob. cit. nota 21), sección 11.3.

²⁸⁷ Si hubiera indicios de dificultades migratorias que podrían afectar la capacidad de un menor o del padre que lo sustrajo (no nacionales) de regresar al Estado requirente, o la capacidad de una persona de ejercer sus derechos de tener contacto personal con el menor o derechos de visita, la Autoridad Central debería responder rápidamente a las solicitudes de información para asistir a la persona a conseguir, de las autoridades apropiadas en su Estado, las autorizaciones o los permisos (visados) que sean necesarios. Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 29), párr. 31. Véase también la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17).

pueden ser examinados en profundidad por el tribunal en el Estado de residencia habitual del menor.

253. A continuación se indican prácticas que constituyen buenas prácticas para las Autoridades Centrales (cuando actúan en calidad de Autoridades Centrales del Estado requirente o del Estado requerido), siempre que resulten apropiadas y estén habilitadas según la legislación y los procedimientos internos:

- **Lo antes posible para evitar demoras, intercambiar información sobre la posibilidad del padre sustractor o del menor de obtener la documentación de viaje o los permisos de residencia necesarios para facilitar el regreso del menor con el padre que lo sustrajo al Estado requirente.**
- **Lo antes posible para evitar demoras, asistir al padre sustractor o al menor a conseguir la documentación de viaje necesaria, contactando a las autoridades competentes como embajadas o consulados, cuando sea posible.**

d) Cumplimiento de órdenes o condiciones tras la restitución

254. Las Autoridades Centrales también pueden prestar asistencia, de conformidad con su derecho y procedimientos internos, cuando el tribunal requiere al padre privado del menor el cumplimiento de compromisos o condiciones, o la obtención de órdenes espejo o de retorno seguro (*safe harbour*) en un tribunal en el Estado requirente, a los efectos de que la restitución del menor sea segura²⁸⁸.

255. A continuación se indica una práctica que constituye una buena práctica para la Autoridad Central del Estado requerido, siempre que resulte apropiada y esté habilitada según la legislación y los procedimientos nacionales:

- **Notificar de inmediato a la Autoridad Central del Estado requirente si el tribunal impone algún requerimiento relativo a compromisos o condiciones, órdenes espejo o de puerto seguro, a los efectos de que la restitución del menor sea segura.**

256. A continuación se indica una práctica que constituye una buena práctica para las Autoridades Centrales del Estado requirente, siempre que resulte apropiada y esté habilitada según la legislación y los procedimientos internos:

- **Adoptar todas las medidas posibles, conforme a su derecho y procedimientos nacionales, para facilitar el cumplimiento de compromisos o condiciones y la obtención de órdenes espejo o de puerto seguro, si el tribunal lo dispone²⁸⁹.**
- **En los Estados en que las órdenes espejo o de puerto seguro no están previstas, adoptar medidas para transmitir información rápidamente sobre cómo obtener un resultado similar en ese Estado (p. ej., reconocimiento y ejecución rápida de medidas de protección por otros medios).**

257. Cuando se ordena la restitución, las Autoridades Centrales deberían disponer lo necesario para que se notifique a los organismos de protección de la infancia, si resultare necesario, para que puedan proteger al menor tras la restitución, si su seguridad estuviese amenazada, hasta que la competencia del tribunal apropiado sea efectivamente invocada²⁹⁰. También deberían

²⁸⁸ Véase *supra* el párr. 137 y sigs. sobre medidas de protección.

²⁸⁹ Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), párr. 3.21, p. 41. Sin embargo, se reconoce que el rol de las Autoridades Centrales en materia de condiciones y compromisos puede ser extremadamente limitado o incluso inexistente.

²⁹⁰ Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 26), párr. 1.13.

verificar que las medidas de protección dispuestas estén vigentes al momento de la restitución del menor²⁹¹.

x. Seguimiento tras la restitución

258. Si, en un caso en que se invoca el artículo 13(1)(b), el tribunal ordena la restitución del menor sometida a condiciones o al dictado de órdenes espejo, la Autoridad Central del Estado requerido puede solicitar información de seguimiento después de la restitución para confirmar que las medidas necesarias se hayan adoptado en el Estado de residencia habitual.

259. Por otra parte, puede considerarse que la comunicación de esta información excede el ámbito de aplicación del Convenio de 1980²⁹². Asimismo, algunas Autoridades Centrales pueden no estar facultadas para transmitir dicha información o puede haber otras limitaciones, como por ejemplo, cuestiones de confidencialidad.

260. Por otro lado, la confirmación de que el menor restituido al Estado requirente está recibiendo una protección adecuada según lo ordenado por el tribunal contribuiría a fomentar la confianza entre jueces y autoridades de los Estados contratantes²⁹³.

261. En los casos en que el Convenio de 1996 está en vigor, puede aportar recursos útiles en lo referente a las solicitudes de información sobre la situación del menor tras la restitución al Estado requirente. El artículo 32 del Convenio de 1996 habilita a la Autoridad Central u otra autoridad competente de un Estado contratante “con el que el niño tenga un vínculo estrecho”, a solicitar, ante la Autoridad Central del Estado contratante en que el niño tenga su residencia habitual y en el que se encuentre, un informe de la situación del niño, o a adoptar medidas para proteger al niño o sus bienes.

262. A continuación se indica una práctica que constituye buena práctica para las Autoridades Centrales (cuando actúan en calidad de Autoridades Centrales del Estado requirente o del Estado requerido), siempre que resulte apropiada y esté habilitada según la legislación y los procedimientos internos:

- **De ser necesario, intercambiar información sobre si se han adoptado o si se ha dado cumplimiento a medidas de protección —como por ejemplo compromisos o condiciones, órdenes espejo—, conforme consta en la resolución de restitución, y sobre si el menor está protegido de manera adecuada²⁹⁴.**
- **Si el Convenio de 1996 está en vigor entre los Estados, considerar si conviene recurrir al mismo (en particular al art. 32) en lo atinente a la situación del menor en el Estado requirente tras la restitución.**

²⁹¹ Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), párr. 3.20, p. 40.

²⁹² Tras la restitución del menor al Estado de residencia habitual, lo usual es que las autoridades competentes del Estado requerido cierren el expediente. Al Estado requirente no le incumbe ninguna obligación legal, en virtud del Convenio de 1980, de mantener al Estado requerido informado acerca de la situación del menor luego de la restitución. Véase en este contexto, p. ej., la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), sección 3.19 a 3.21, pp. 40 a 41. Para más información sobre los debates acerca de si las Autoridades Centrales deberían participar activamente en la supervisión y protección del bienestar del menor tras la restitución, hasta que se presente alguna cuestión relevante ante las autoridades del Estado requirente, véase el Informe de la Parte I de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 28), párrs. 54 a 57.

²⁹³ Véase, en este contexto, el Informe Explicativo, párr. 34 (ob. cit. nota 8), en el que se hace referencia al “espíritu de confianza mutua” que “ha inspirado” el Convenio.

²⁹⁴ Si en la resolución judicial se impone una obligación al padre privado del menor (p. ej., de dar una vivienda o asistir económicamente al padre sustractor y al menor en el corto plazo), la cuestión del cumplimiento de esta obligación debería ser tratada por las partes en un litigio privado, por lo que se consideraría que excede el ámbito de aplicación del Convenio (podría también suscitar cuestiones de confidencialidad). No obstante, si la resolución de restitución estuviere basada en garantías prestadas por las autoridades del Estado requirente (p. ej., que la acción penal que se ejerciere debe desistirse, o que las autoridades de protección de la infancia del Estado requirente deben prestar servicios de cuidado o tratamiento para el menor), la Autoridad Central del Estado requirente debería tener acceso a esta información y, de ser necesario, debería poder transmitir información a la Autoridad Central del Estado requerido sobre el respeto de estas garantías.

PARTE IV: Casos y hechos más frecuentes

263. Se puede distinguir un número de casos frecuentes según las circunstancias y las configuraciones fácticas comúnmente alegadas ante las autoridades competentes conforme a la excepción de grave riesgo prevista en el artículo 13(1)(b). En esta parte de la Guía se presentan varios casos típicos y se formulan sugerencias en cuanto a posibles consideraciones para las autoridades competentes²⁹⁵.

264. En los casos que figuran a continuación no se especifica qué aspecto de la excepción del artículo 13(1)(b) se plantea o considera la autoridad competente (“grave riesgo de daño físico”, “grave riesgo de daño psíquico” o que el menor sea puesto “en una situación intolerable”²⁹⁶), ni si las alegaciones del padre sustractor fueron fundadas (dado que se trata de una cuestión de prueba), ni cómo debe decidir el juez. En esta parte de la Guía no se pretende prescribir una “solución” para el caso, sino que se proponen consideraciones que las autoridades competentes pueden tener en cuenta cuando examinan un caso en el que se ha invocado el artículo 13(1)(b), que encaja en uno o más de los casos expuestos²⁹⁷. Asimismo, por necesidad, la información que consta a continuación se centra en una variedad de alegaciones formuladas por la persona o el organismo que se opone a la restitución del menor conforme al artículo 13(1)(b). Esto no debería interpretarse de manera de atribuir más importancia a las alegaciones de la parte que se opone a la restitución, en detrimento de la parte que reclama la restitución, a la cual siempre debe darse la posibilidad de contestar las alegaciones (véase, p. ej., la parte II, sección 11(iii), sobre la participación del padre privado del menor en el procedimiento). Al igual que en todos los procedimientos, debe respetarse el debido proceso de ambas partes.

265. Asimismo, corresponde señalar que la enumeración de casos frecuentes presentada a continuación no es exhaustiva, y que estos tampoco describen circunstancias en las que la excepción de grave riesgo queda comprobada automáticamente. La cuestión de si la excepción —que ha de aplicarse de manera restrictiva— queda comprobada o no siempre es determinada por la autoridad competente en base a los hechos y el contexto (p. ej., si se prevén medidas de protección eficaces) de cada caso en particular, conforme al marco legal que establece el Convenio (véase más arriba la Parte I). Además, se remite a las autoridades competentes, y otras personas que intervengan, a INCADAT (véase la Parte II.2) y a la jurisprudencia nacional, para consultar las tendencias más recientes de cómo los jueces resuelven las distintas cuestiones en lo atinente al artículo 13(1)(b).

266. Esta parte de la Guía está dividida en tres secciones. La **sección 1** trata las alegaciones formuladas conforme al artículo 13(1)(b) que involucran circunstancias relacionadas con violencia doméstica y abuso infantil, que pueden tener efectos directos e indirectos en un menor. La **sección 2** trata las alegaciones formuladas conforme al artículo 13(1)(b) que se relacionan directamente con la situación del menor tras la restitución. La **sección 3** presenta casos relacionados con la posibilidad del padre sustractor de regresar con el menor, o su propia situación tras el regreso, cuando se alega que estas circunstancias plantean un riesgo grave para el menor que, de ser restituido, quedaría expuesto a un riesgo de daño físico o psicológico o puesto en una situación intolerable.

267. Para facilitar la consulta, los casos se presentan en un formato breve y simplificado, con la mínima información necesaria. En cada caso, se supone que el padre privado del menor, u otra persona u organismo, ha presentado una solicitud de restitución y el caso se encuentra ante el tribunal del procedimiento, el cual ya ha determinado que el traslado o la restitución fueron ilícitos según lo que dispone el Convenio. La atención se centra en el examen que realiza el tribunal sobre si la excepción de grave riesgo se hallaría comprobada.

²⁹⁵ Los casos frecuentes y las posibles consideraciones que contiene esta parte fueron identificados en la jurisprudencia por expertos judiciales y miembros del Grupo de Trabajo (véase *supra* el párr. 23).

²⁹⁶ Véase en este contexto, *supra*, el párr. 62.

²⁹⁷ Puede encontrarse la jurisprudencia pertinente a los casos frecuentes en INCADAT (ob. cit. nota 6). Véase también la sección de análisis de jurisprudencia sobre el art. 13(1)(b) en INCADAT.

268. El tribunal siempre debe considerar los hechos y las circunstancias del caso en el contexto del marco legal que establece el Convenio, y puede tener en cuenta las siguientes consideraciones generales, si lo estima apropiado una autoridad competente, y de conformidad con la legislación y los procedimientos internos²⁹⁸:

Recurrir a la RIJLH, las comunicaciones judiciales directas y a la asistencia de las Autoridades Centrales u otras autoridades (véanse infra los puntos L a M)

- Hay una variedad de maneras en que las Autoridades Centrales, la RIJLH y las comunicaciones judiciales directas pueden resultar de utilidad para varias cuestiones que se suscitan durante el procedimiento.

Protección del menor durante el procedimiento de restitución

Véase *supra* la Parte II, secciones 7(i) y 11(i).

- A. **Garantías adecuadas:** si se presentó una solicitud de contacto (o el juez debe considerar de oficio el establecimiento de contacto) entre el menor y el padre privado del menor durante el procedimiento de restitución (p. ej., por medio de una orden temporaria de contacto), ha de tenerse en cuenta la posible necesidad de proteger al menor y de prestar las garantías adecuadas (p. ej., contacto con vigilancia o denegar la solicitud de contacto).
- B. **Apoyo o tratamiento:** Considerar la necesidad de contactar a autoridades de protección de la infancia u otras autoridades pertinentes a los efectos de facilitar o posibilitar la prestación de servicios de apoyo y tratamiento psicosocial para el menor, si fuere necesario.

Mediación

Véase *supra* la Parte II, sección 10.

- C. **Mediación:** Considerar si conviene recurrir a mediación entre los padres (p. ej., para acordar la restitución voluntaria del menor con el padre que sustrajo al menor o acordar las condiciones de la restitución) resulta apropiado y, en caso afirmativo, si se requieren garantías durante el proceso de mediación²⁹⁹.

Consideración de medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor (y al padre que lo acompaña, en su caso) tras la restitución (véanse infra los puntos I a K)

- La consideración de esta cuestión puede tener lugar en las primeras etapas de procedimiento (véase la Parte II, Sección 4, donde se presentan dos criterios judiciales para examinar las medidas de protección y la prueba).

Evaluación de la información y/o la prueba aportada en relación a la alegación de grave riesgo

Véase *supra* la Parte II, sección 8.

- Existen varios métodos en lo que concierne a la apreciación de la prueba (véase la Parte II, sección 4, donde se presentan dos métodos judiciales para examinar la prueba y las medidas de protección).

²⁹⁸ Por ejemplo, en algunos Estados y territorios puede considerarse imposible o inapropiado que el juez intervenga en la obtención de pruebas o ciertos tipos de información. En otros Estados puede que esta sea la práctica corriente.

²⁹⁹ Véase, para más información, el párr. 191 y sigs. sobre la mediación en los casos en que se invoca el art. 13(1)(b).

D. Evitar retrasos indebidos:

1. **Necesidad de más información o pruebas:** Determinar lo antes posible si hace falta que se produzca más información o pruebas en lo atinente a las alegaciones planteadas en virtud del artículo 13(1)(b), dado que la obtención de dicha información puede derivar en la prolongación del procedimiento.
2. **Modos de recepción de información o pruebas:** si se estima que la producción de más información o pruebas es necesaria, evaluar qué modos de recepción resultarán más rápidos, por ejemplo:
 - i. dar prioridad o solicitar información o pruebas escritas ya existentes (véase el art. 13(3));
 - ii. considerar establecer comunicaciones judiciales directas para facilitar o agilizar la obtención de información o pruebas, a los efectos de corroborar las declaraciones o la información presentada³⁰⁰;
 - iii. sopesar si hace falta una opinión pericial, teniendo en cuenta que ello puede derivar en el retraso del procedimiento.
3. **Plazo estrictos:** fijar plazos estrictos para la presentación de (más) información o pruebas.

E. Procedimiento de urgencia: Considerar que un tribunal en el Estado de residencia habitual del menor, por lo general, dispondrá de más herramientas para examinar la situación tras la restitución, siempre que el tribunal requerido tenga la certeza de que el menor no estará expuesto a un riesgo grave.

F. Interpretación restrictiva del artículo 13(1)(b): Tener en cuenta la necesidad de dar una interpretación y aplicación restrictiva a la excepción contemplada en el artículo 13(1)(b), al igual que a las demás excepciones que prevé el Convenio³⁰¹.

G. Informe pericial: A menos que esté directamente relacionado y sea necesario para evaluar la alegación de grave riesgo para el menor en caso de restitución, considerar con prudencia si se requiere un informe pericial³⁰².

H. Opinión del menor (véase *supra* la Parte II, sección 9): Considerar tener en cuenta la opinión del menor, y si se estima apropiado, la forma más adecuada y eficaz para ello³⁰³.

Consideración de medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor (y al padre que lo acompaña, en su caso) tras la restitución

Véase *supra* la Parte II, sección 7(ii) a (iv)

I. Existencia de medidas adecuadas y eficaces: Considerar si se prevén medidas adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual para prevenir o reducir el riesgo grave que, según se alega, pesa sobre el menor.

³⁰⁰ Véase *supra* el párr. 123 y sigs. sobre el recurso a la RIJLH y las comunicaciones judiciales directas. Véase también “Principios generales sobre comunicaciones judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos” (Anexo 5).

³⁰¹ Véase *supra* el párr. 42 y sigs. sobre la aplicación restrictiva del art. 13(1)(b).

³⁰² Por ejemplo, un informe sobre la salud mental del padre que sustrajo al menor y, en particular, sus habilidades como padre —que puede derivar en la prolongación de la causa—, dado que las habilidades parentales se relacionan con la cuestión de la custodia del menor, correspondería que fuera examinado por la autoridad competente del Estado de residencia habitual. Véase *supra* el párr. 173 y sigs. sobre la prueba pericial.

³⁰³ Véase *supra* el párr. 179 y sigs. sobre la participación del menor en el procedimiento de restitución. Véanse también las condiciones establecidas en el art. 12(1) de la CDN: “teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño” (véase el Anexo 4).

- J. **Medidas reconocidas y susceptibles de ejecución:** Cuando se contempla si hacen falta medidas adecuadas y eficaces para que el retorno del menor (y del padre sustractor, en su caso) sea seguro, procurar que las medidas se reconozcan y puedan ser ejecutadas en el Estado de residencia habitual antes o al momento de la restitución. Considerar establecer comunicaciones judiciales directas a tal efecto³⁰⁴ o considerar solicitar la asistencia de las Autoridades Centrales y otras autoridades pertinentes para garantizar la protección continua del menor³⁰⁵.
- K. **Recurrir al artículo 11 del Convenio de 1996 si este es aplicable (véase *supra* la Parte II, sección 7(iv)):** Si los dos Estados implicados son Estados contratantes del Convenio de 1996, evaluar si conviene recurrir al artículo 11 para garantizar que las medidas para proteger al menor puedan ser reconocidas y ejecutadas en el Estado de residencia habitual tras la restitución, hasta que las autoridades de ese Estado adopten medidas para proteger al menor³⁰⁶.

Recurrir a la RIJLH, las comunicaciones judiciales directas y a la asistencia de las Autoridades Centrales u otras autoridades

Véase *supra* la Parte II, sección 5.

- L. **La RIJLH y las comunicaciones judiciales directas:** Considerar establecer comunicaciones judiciales directas³⁰⁷ para facilitar la resolución de la controversia, por ejemplo:
1. para asegurarse de que se prevean medidas de protección, o que puedan reconocerse y ejecutarse las órdenes espejo o de puerto seguro, u otras órdenes, en el otro Estado;
 2. para verificar si el tribunal extranjero ha dictado órdenes o hecho constataciones relativas a violencia doméstica; y
 3. para determinar si, de regresar, el padre sustractor dispondría de acceso a la justicia o se interpondría una acción civil o penal en su contra.
- M. **Autoridades Centrales y otras autoridades (véase *supra* la Parte II, sección 6 y la Parte III):** Considerar solicitar la asistencia de Autoridades Centrales y otras autoridades pertinentes (p. ej., autoridades de protección de la infancia) en todas las etapas del procedimiento, si resultare necesario y posible, respetándose los principios de imparcialidad e independencia de los jueces³⁰⁸.

1. Alegaciones de violencia doméstica/familiar o maltrato infantil, y de que el menor quedaría expuesto a un riesgo grave tras la restitución

269. En los casos que se presentan a continuación, el padre sustractor u otra persona u organismo que se opone a la restitución alega la existencia de un riesgo grave de daño físico o psicológico, o de ser colocado en una situación intolerable, que pesaría sobre el menor en caso de ser restituido, dado por comportamientos violentos o inapropiados contra el menor, o por

³⁰⁴ Véase *supra* el párr. 123 y sigs. sobre el recurso a la RIJLH y las comunicaciones judiciales directas. Véase también "Principios generales sobre comunicaciones judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos" (Anexo 5).

³⁰⁵ Véase *supra* el párr. 129 y sigs. sobre la asistencia de las Autoridades Centrales y otras autoridades.

³⁰⁶ Véase *supra* el párr. 147 sobre las medidas de protección según el artículo 11 del Convenio de 1996.

³⁰⁷ Véase *supra* el párr. 123 y sigs. sobre el recurso a la RIJLH y las comunicaciones judiciales directas. Véase también "Principios generales sobre comunicaciones judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos" (Anexo 5).

³⁰⁸ Véase *supra* el párr. 129 y sigs. sobre la asistencia de las Autoridades Centrales y otras autoridades.

estar expuesto a violencia doméstica entre los padres o la posibilidad de que el padre sustractor sea dañado por el padre privado del menor tras el retorno. Cabe señalar que en general la orden de restitución del menor no necesariamente supone el retorno del menor al padre privado del menor, ni el retorno a la vivienda de este, sino que se trata de la restitución del menor al Estado de residencia habitual, lo cual podría suponer regresar a una ciudad distinta de la del lugar de residencia del padre privado del menor.

i. Comportamiento violento o inapropiado contra el menor tras la restitución

270. A la luz del supuesto maltrato físico, psicológico o sexual sufrido previamente por el menor a manos del padre privado del menor, o del comportamiento inapropiado de este último, el padre que lo sustrajo, u otra persona u organismo que se opone a la restitución, alega que, de ser restituido, el menor quedaría expuesto a daños físicos o psicológicos o sería puesto en una situación intolerable. Las alegaciones que se presentan en este sentido pueden referirse a un riesgo de abuso sexual, al riesgo de que el menor sea maltratado física o emocionalmente por el padre privado del menor, o que quede expuesto a comportamientos perjudiciales de este último tras la restitución³⁰⁹.

271. En general, estos casos pueden suponer un desafío para los tribunales que necesitan evaluar la información y las pruebas aportadas sin llevar a cabo una investigación exhaustiva, teniendo en cuenta su obligación de actuar con urgencia en los procedimientos de restitución (art. 11(1))³¹⁰. Los tribunales también deben evaluar si existen medidas adecuadas y eficaces u otras disposiciones para que el menor no quede expuesto a un riesgo grave³¹¹.

272. El juez debe evaluar los hechos y las circunstancias de cada caso, y para ello puede tener en cuenta las siguientes consideraciones:

Considerar, desde el principio del procedimiento, si conviene recurrir a la asistencia de las Autoridades Centrales y a la RIJLH/las comunicaciones judiciales directas y, de ser necesario, averiguar si se prevén medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor (y al padre que lo acompaña, en su caso) tras la restitución (véase *infra*).

Protección del menor durante el procedimiento de restitución

Garantías adecuadas como contacto con vigilancia o la denegación del contacto entre el padre privado del menor y el menor (véase *supra* el punto A).

Apoio o tratamiento (véase *supra* el punto B).

Mediación

Mediación (véase *supra* el punto C). Considerar específicamente que puede que la mediación no esté prevista o no resulte apropiada, o que deban prestarse garantías especiales durante el proceso de mediación si, por ejemplo, se alegó la existencia de violencia doméstica³¹².

Evaluación de la información o las pruebas aportadas con respecto a la alegación de grave riesgo

³⁰⁹ Véase, p. ej., la decisión del Tribunal Supremo de Lituania, del 25 de agosto de 2008, Asunto N° 3K-3-403/2008, en la que se concluyó que el comportamiento inapropiado de un padre puede comprender casos extremos de abuso de alcohol o sustancias psicotrópicas.

³¹⁰ Véase *supra* el párr. 91 y sigs. sobre la obligación de actuar con urgencia en los procedimientos de restitución.

³¹¹ Véase *supra* el párr. 137 y sigs. sobre las medidas de protección en los casos en que se invoca el art. 13(1)(b). Véase, p. ej., Tribunal de Justicia de Ontario, Canadá, *Borisovs v. Kubiles* [2013] O.J. N° 863, en el que el tribunal resolvió que el menor y el padre sustractor no podrían estar protegidos contra el abuso doméstico de manera adecuada en Letonia a su regreso, dado que la policía no exigía el cumplimiento de las leyes en materia de violencia doméstica y el sistema judicial en general no podía ofrecer una protección eficaz.

³¹² Para más información véase el párr. 191 y sigs. sobre la mediación en los casos en que se invoca el art. 13(1)(b).

Evitar retrasos indebidos en lo que respecta a solicitar, obtener y recibir más información o pruebas (véase *supra* el punto D).

Información y pruebas específicas: Considerar dar prioridad específicamente a los informes de los que ya se disponga sobre la situación del menor, informes escolares, médicos, policiales, así como escritos presentados ante el tribunal de la residencia habitual u órdenes dictadas por el mismo, por ejemplo, órdenes provisionales u otras órdenes en relación a violencia doméstica o maltrato infantil (véase el art. 13(3)).

Procedimientos de urgencia (véase *supra* el punto E).

Informe pericial (véase *supra* el punto G).

Opinión del menor (véase *supra* el punto H). Considerar específicamente si la opinión del menor puede sustentar la alegación de violencia o de comportamientos inapropiados³¹³.

Consideración de medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor tras la restitución

Existencia de medidas adecuadas y eficaces (véase *supra* el punto I). En este caso, considerar, por ejemplo, si conviene denegar el contacto entre el padre privado del menor y el menor, u ordenar contacto con vigilancia, o el dictado de órdenes de puerto seguro y otras órdenes de protección. Determinar si se prevén otras disposiciones de protección (p. ej., vivienda separada y segura), según sea necesario.

Medidas reconocidas y susceptibles de ejecución (véase *supra* el punto J).

Recurrir al artículo 11 del Convenio de 1996 si este es aplicable (véase *supra* el punto K).

Recurrir a la RIJLH, las comunicaciones judiciales directas y a la asistencia de las Autoridades Centrales u otras autoridades

RIJLH y comunicaciones judiciales directas (véase *supra* el punto L).

Autoridades Centrales y otras autoridades (véase *supra* el punto M).

ii. **Exposición del menor a violencia doméstica entre sus padres tras la restitución**

273. El padre que sustrajo al menor u otra persona u organismo que se opone a la restitución alega que, de ser restituido, el menor quedaría expuesto a violencia doméstica entre sus padres y dicha exposición lo afectaría de manera tal que existiría un riesgo grave de que la restitución lo exponga un daños físicos o psíquicos o lo ponga en una situación intolerable.

274. El tribunal debe evaluar los hechos y las circunstancias de cada caso, y para ello puede tener en cuenta las siguientes consideraciones:

Considerar, desde el principio del procedimiento, si conviene recurrir a la asistencia de las Autoridades Centrales y a la RIJLH/las comunicaciones judiciales directas y,

³¹³ Véase, p. ej., tribunal de primera instancia de Haarlem, Países Bajos, 8 de noviembre de 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BU6813, Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (Sala de Familia) (*High Court of England and Wales (Family Division)*), asunto *W v W* [2010] EWHC 332 (Fam), Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (*Court of Appeal of England and Wales*), asunto *Re M (Republic of Ireland)(Child's Objections)(Joinder of Children as Parties to Appeal)* [2015] EWCA Civ 26.

de ser necesario, averiguar si se prevén medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor (y al padre que lo acompaña, en su caso) tras la restitución (véase *infra*).

Consideraciones específicas

Exposición a violencia doméstica como constitutiva de daño: Considerar que, si bien no existe una presunción automática dado que las pruebas que se producen son específicas en cada caso, la exposición del niño a la violencia doméstica entre sus padres se reconoce cada vez más como constitutiva de daño al menor, dado que un gran número de investigaciones respaldan la conclusión de que la violencia contra un padre también puede tener un efecto traumático para los niños que la presencian³¹⁴.

Relación entre violencia doméstica y maltrato infantil: Tener en cuenta que una variedad de estudios han concluido que existe una correlación entre la violencia conyugal y el maltrato infantil. Tener en cuenta que el grave riesgo de daño futuro no siempre requiere pruebas de violencia pasada dirigida directamente al menor y que el niño puede estar en peligro por la concurrencia de violencia doméstica y maltrato infantil³¹⁵. No obstante, el impacto de la violencia conyugal en el menor y los riesgos futuros asociados deben ser evaluados en cada caso concreto.

Protección del menor durante el procedimiento de restitución

Garantías adecuadas, como contacto con vigilancia o la denegación del contacto entre el padre privado del menor y el menor (véase *supra* el punto A).

Apoyo o tratamiento (véase *supra* el punto B)

Mediación

Mediación (véase *supra* el punto C). Considerar específicamente que puede que la mediación no esté prevista o no resulte apropiada, o que deban prestarse garantías especiales durante el proceso de mediación si, por ejemplo, se alegó la existencia de violencia doméstica³¹⁶.

Evaluación de la información o las pruebas aportadas con respecto a la alegación de grave riesgo

Evitar retrasos indebidos en lo que respecta a solicitar, obtener y recibir más información o pruebas (véase *supra* el punto D).

Información y pruebas específicas: Considerar específicamente información o pruebas, por ejemplo, información de acciones judiciales pendientes contra el padre privado del menor, informes policiales, registros de consulados o embajadas, informes de refugios para víctimas de violencia doméstica y certificados médicos relativos a incidentes de violencia doméstica. Los correos electrónicos u otra correspondencia también pueden resultar particularmente útiles. Considerar si conviene establecer comunicaciones judiciales directas para verificar, por ejemplo, si un tribunal extranjero constató la existencia de violencia doméstica, para verificar si se dictaron órdenes de protección y si hubo acciones judiciales como consecuencia de infracciones a tales órdenes.

³¹⁴ Véase el Anexo 3 para más información.

³¹⁵ *The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in Cases Involving Allegations of Domestic Abuse: A California Bench Guide* (enero de 2016), publicado por el *Hague Domestic Violence Project* de la Universidad de California Berkley, y el *California Hague Convention and Domestic Abuse Bench Guide Consulting Committee*, p. 52. Para más información, véase el Anexo 3, sección (2)(a), sobre las definiciones e investigaciones acerca de la dinámica particular de la violencia doméstica.

³¹⁶ Véase para más información, el párr. 191 y sigs. sobre mediación en los casos en que se invoca el art. 13(1)(b).

Procedimientos de urgencia (véase *supra* el punto E).

Informe pericial (véase *supra* el punto G).

Opinión del menor (véase *supra* el punto H).

Consideración de medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor tras la restitución

Existencia de medidas adecuadas y eficaces (véase *supra* el punto I). En este caso, considerar, por ejemplo, si conviene dictar una medida de alejamiento, prohibición de contacto y de malos tratos u otras medidas de protección para el padre sustractor y el menor. Determinar si se prevén otras disposiciones de protección (p. ej., vivienda separada y segura), de resultar necesario³¹⁷.

Medidas reconocidas y susceptibles de ejecución (véase *supra* el punto J).

Recurrir a la RIJLH, las comunicaciones judiciales directas y asistencia de las Autoridades Centrales u otras autoridades

RIJLH y comunicaciones judiciales directas (véase *supra* el punto L).

Autoridades Centrales y/u otras autoridades (véase *supra* el punto M).

iii. Daño al padre sustractor a manos del padre privado del menor tras la restitución

275. La alegación del padre sustractor consiste en que ha sufrido violencia doméstica a manos del padre privado del menor, al punto de no poder regresar con el menor al Estado de residencia habitual por miedo a ser dañado nuevamente (física o mentalmente) por el padre privado del menor. El padre sustractor alega que, por este miedo o amenaza, no se sentiría a salvo o no sería capaz, física y/o psicológicamente, de sobrellevar el regreso al Estado de residencia habitual, lo que derivaría en el deterioro de su capacidad para cuidar al menor. Alega además que, de regresar con el menor, existiría un grave riesgo de que el menor fuera expuesto a daño físico o psíquico, o de que de alguna otra manera fuera puesto en una situación intolerable, dado que él/ella es el custodio principal del menor.

276. La pregunta que se plantea en este caso es si el riesgo de daño al menor derivado del temor del padre sustractor con respecto a su seguridad (y el efecto que ello podría tener en su capacidad para cuidar al niño) es suficiente como para constituir un grave riesgo de daño psíquico al menor o ponerlo en una situación intolerable tras la restitución³¹⁸. Teniendo en cuenta las disposiciones y los objetivos del Convenio de 1980, en este caso, el tribunal evaluaría si el miedo del padre sustractor con respecto a su seguridad es suficiente como para justificar denegar la restitución del menor de acuerdo a lo dispuesto por el Convenio³¹⁹.

277. El tribunal debe evaluar los hechos y las circunstancias de cada caso, y para ello puede tener en cuenta las siguientes consideraciones:

³¹⁷ Véase, p. ej., tribunal federal del distrito de Maryland (*United States District Court, District of Maryland*), *Sabogal v. Velarde*, 106 F.Supp.3d 689 (2015), asunto en el que el tribunal resolvió que, si bien la violencia física era mínima o casi inexistente, la gravedad del maltrato psicológico era excepcional y suficiente como para constituir grave riesgo de daño. El tribunal concluyó entonces que podían adoptarse medidas de protección adecuadas y eficaces para la restitución segura de los niños.

³¹⁸ En este caso, se presume que el padre sustractor no alega la existencia de un riesgo de violencia física o psicológica directamente dirigida al menor. En consecuencia, la investigación del tribunal se limita a determinar si el riesgo de daño al padre sustractor expondría al menor a daño físico o psíquico o de alguna otra manera lo pondría en una situación intolerable tras su restitución.

³¹⁹ Véase, p. ej., Tribunal Supremo del Reino Unido (*United Kingdom Supreme Court*), *Re S (a Child)* [2012] UKSC 10, en el que se tuvo en cuenta la "fragilidad psicológica extrema" del padre sustractor.

Considerar, desde el principio del procedimiento, si conviene recurrir a la asistencia de las Autoridades Centrales y a la RIJLH/las comunicaciones judiciales directas y, de ser necesario, averiguar si se prevén medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor (y al padre que lo acompaña, en su caso) tras la restitución (véase *infra*).

Consideraciones específicas

Relación entre la violencia doméstica y el maltrato infantil: Tener en cuenta que varios estudios han constatado una relación entre la violencia conyugal y el maltrato infantil. En el contexto de los procedimientos de restitución, el impacto en el menor debería evaluarse en cada caso concreto y no constituir una presunción automática. Debe tenerse en cuenta que el grave riesgo futuro no necesariamente requiere prueba de violencia pasada infligida directamente al menor, y que el niño puede estar en peligro por la concurrencia (correlación estadística) de la violencia doméstica y el maltrato infantil³²⁰.

Control coercitivo: Tener en cuenta que la violencia doméstica no solo consiste en hechos violentos. El “control coercitivo” de la víctima también puede entrañar violencia doméstica. El padre sustractor puede sufrir intimidaciones o puede ser “introducido a la fuerza nuevamente en la órbita” del padre privado del menor tras el retorno³²¹. Suponer que después del regreso del padre sustractor la violencia doméstica no continuará porque los padres pueden vivir/vivirán separados puede no resultar suficiente en todos los casos, según las circunstancias, y si se prevén medidas de protección adecuadas, eficaces y susceptibles de ejecución³²².

Violencia post-separación: Tener en cuenta que la violencia no siempre termina con la separación física del padre agresor y del padre víctima. Cabe tener en cuenta que, inmediatamente después de que la víctima sale de una situación muy violenta, aumenta el riesgo de que sufra daños graves o letales a manos del agresor. Sin embargo, esta dinámica varía según las circunstancias de cada caso³²³.

Efectos psicosociales de la violencia doméstica: Tener en cuenta los efectos psicosociales de la violencia doméstica —p. ej., el trastorno de estrés postraumático (TEPT)—, para comprender el comportamiento de los individuos afectados en lo atinente a la credibilidad de su testimonio y la existencia o inexistencia de pruebas³²⁴.

Protección del menor durante el procedimiento de restitución

Garantías adecuadas como contacto con vigilancia o la denegación del contacto entre el padre privado del menor y el menor (véase más arriba el punto A).

Orientación o tratamiento (véase más arriba el punto B)

Mediación

³²⁰ Véase *supra* la nota 315.

³²¹ Véase, p. ej., Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (Sala de Familia) (*High Court of England and Wales (Family Division)*), asunto *LS v AS* [2014] EWHC 1626 (Fam).

³²² Véase, p. ej., Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (Sala de Familia) (*High Court of England and Wales (Family Division)*), asunto *DT v LBT* [2010] EWHC 3177 (Fam). Véase el Anexo 3, sección (2)(b) sobre control coercitivo, violencia post-separación y trastornos por violencia doméstica.

³²³ Véase, para más información, el Anexo 3, sección (2)(b) (*ibid.*).

³²⁴ *Representing Battered Respondents under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Practice Guide for Attorneys and Domestic Violence Victim Advocates* (octubre de 2014), publicado por el *Hague Domestic Violence Project* de la Universidad de Berkeley, Parte II, sección A1. Véase el Anexo 3, sección (2)(b) (*ibid.*) para más información.

Mediación (véase *supra* el punto C). Considerar específicamente que puede que la mediación no esté prevista o no resulte apropiada, o que deban prestarse garantías especiales durante el proceso de mediación si, por ejemplo, se alegó la existencia de violencia doméstica³²⁵.

Evaluación de la información o las pruebas aportadas con respecto a la alegación de grave riesgo

Evitar retrasos indebidos en lo que respecta a solicitar, obtener y recibir más información o pruebas (véase *supra* el punto D).

Información y pruebas específicas: Examinar en particular la información o las pruebas, por ejemplo, información de acciones judiciales pendientes contra el padre privado del menor, informes policiales, registros de consulados o embajadas, informes de refugios para víctimas de violencia doméstica y certificados médicos relativos a incidentes de violencia doméstica. Considerar si conviene establecer comunicaciones judiciales directas para verificar, por ejemplo, si un tribunal extranjero constató la existencia de violencia doméstica, para verificar si se dictaron órdenes de protección y si hubo acciones judiciales como consecuencia de infracciones a tales órdenes.

Informe pericial (véase *supra* el punto G).

Consideración de medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor tras la restitución

Existencia de medidas adecuadas y eficaces (véase *supra* el punto I). Considerar, por ejemplo, medidas de alejamiento, prohibición de contacto y de malos tratos u otras medidas susceptibles de ejecución para proteger al padre sustractor y al menor. Determinar si se prevén otras disposiciones de protección (p. ej., vivienda separada y segura), de resultar necesario. Es importante tener en cuenta los antecedentes del padre privado del menor en lo concerniente al cumplimiento de resoluciones judiciales, condiciones impuestas a la libertad bajo fianza, compromisos (en su caso), etc., a los efectos de evaluar si dichas medidas o condiciones resultarían eficaces en el contexto de una restitución³²⁶.

Medidas reconocidas y susceptibles de ejecución (véase *supra* el punto J). Tener en cuenta en particular si se han dispuesto medidas para proteger al padre sustractor y al menor en el Estado de residencia habitual. Evaluar si estas medidas fueron adecuadas y eficaces y si el padre privado del menor las respetó³²⁷.

Recurrir a la RIJLH, las comunicaciones judiciales directas y a la asistencia de las Autoridades Centrales u otras autoridades

RIJLH y comunicaciones judiciales directas (véase *supra* el punto L).

Autoridades Centrales y otras autoridades (véase *supra* el punto M).

³²⁵ Véase para más información, el párr. 191 y sigs. sobre mediación en casos en que se invoca el art. 13(1)(b).

³²⁶ Véase, p. ej., Tribunal Federal del Distrito Sur de Nueva York (*United States District Court, Southern District of New York*), asunto *Davies v. Davies*, 2017 WL 361556. El tribunal determinó que el retorno conllevaría un grave riesgo de daño y examinó posibles medidas de protección pero decidió denegar la restitución. El tribunal concluyó que ninguna medida protegería al padre sustractor o al menor, en base a que el padre privado del menor había infringido medidas de alejamiento anteriormente y a que el ordenamiento jurídico de la isla de San Martín no ofrecía protecciones adecuadas para el padre sustractor y el menor.

³²⁷ Véase, p. ej., Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (Sala de Familia) (*High Court of England and Wales (Family Division)*), *BT v JRT* [2008] EWHC 1169 (Fam) y *WF v RJ, BF* [2010] EWHC 2909 (Fam), y el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (*Court of Appeal of England and Wales*), *Re M (Republic of Ireland)(Child's Objections)(Joinder of Children as Parties to Appeal)* [2015] EWCA Civ 26.

2. Alegaciones de que la restitución del menor crearía una situación en la que estaría expuesto a un riesgo grave

278. En los casos que se presentan a continuación, el padre sustractor u otra persona u organismo que se opone a la restitución, alega la existencia de un riesgo grave de que la restitución exponga al menor a daño físico o psíquico, o que de otra manera ponga al menor en una situación intolerable, en razón de ciertas circunstancias directamente relacionadas con la persona del menor.

i. Separación de su(s) hermano(s) tras la restitución

279. La alegación del padre sustractor, o de otra persona u organismo que se opone a la restitución, consiste en que, de regresar, el niño sería separado de su(s) hermano(s) (quienes se quedarían en el Estado requerido) y que esta separación afectaría al niño de manera tal de crear un grave riesgo de que la restitución lo exponga a un daño físico o psíquico, o que de alguna otra manera lo ponga en una situación intolerable.

280. El tribunal ante el que tramita el procedimiento de restitución puede tratar una posible separación de hermanos, por ejemplo, en los siguientes casos:

El tribunal constata que uno de los hermanos se opone a ser restituido y ha alcanzado una edad y un nivel de madurez en los que corresponde tener en cuenta su opinión; el tribunal considera denegar la restitución de ese hermano, conforme lo dispuesto en el artículo 13(2).

Los hermanos se oponen a ser restituidos pero el tribunal estima que no todos han alcanzado una edad y un nivel de madurez en los que corresponde tener en cuenta sus opiniones (art. 13(2)); el tribunal considera denegar la restitución de algunos, pero no de todos, los hermanos.

El tribunal estima que la excepción del artículo 13(1)(b) es aplicable con respecto a uno de los hermanos y considera denegar la restitución de ese niño. En cuanto al otro niño, la excepción de grave riesgo no fue deducida o el tribunal considera que no es aplicable independientemente para ese hermano.

El tribunal estima que el padre privado del menor consintió, o consintió posteriormente, al traslado o retención de uno de los hermanos y el tribunal considera denegar la restitución de ese niño, conforme a lo dispuesto en el artículo 13(1)(a). El tribunal considera que no hubo consentimiento ni consentimiento posterior en relación al otro hermano.

El tribunal estima que los hermanos tenían diferentes Estados de residencia habitual al momento del traslado o retención ilícitos (p. ej., un hermano tenía su residencia habitual en el Estado requerido y el otro en el Estado requirente) y que la obligación de restitución en virtud del Convenio se aplicaría únicamente con respecto a uno de los hermanos.

El tribunal estima que el padre privado de los menores tiene derechos de custodia en relación a uno de los niños pero no respecto del otro hermano. En consecuencia, hay una violación del derecho de custodia y el traslado o restitución se consideran ilícitos (art. 13(1)(a)) con respecto a uno de los hermanos pero no al otro.

El tribunal estima que el menor ha sido trasladado o retenido ilícitamente en el Estado requerido por el padre sustractor junto con su hermano/hermanastro, con respecto al cual no se ha presentado una solicitud de restitución conforme al Convenio de La Haya.

El tribunal estima que el Convenio de 1980 no se aplica a uno de los hermanos porque el menor ha cumplido los 16 años de edad antes o durante la tramitación del procedimiento de restitución³²⁸.

281. El tribunal debe evaluar los hechos y las circunstancias de cada caso, y para ello puede tener en cuenta las siguientes consideraciones:

Considerar, desde el principio del procedimiento, recurrir a la asistencia de las Autoridades Centrales y a la RIJLH/las comunicaciones judiciales directas y, de ser necesario, averiguar si se prevén medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor (y al padre que lo acompaña, en su caso) tras la restitución (véase *infra*).

Consideraciones específicas

“Menor” en singular: Tener en cuenta que las excepciones contempladas en el artículo 13 se aplican a un “menor”, que es el objeto del procedimiento de restitución, y que no se habla de “menores”. Las disposiciones han de aplicarse por separado con respecto a cada niño trasladado ilícitamente³²⁹. No obstante, también hay que tener en cuenta que el ejercicio de apreciación de la situación de cada niño no debe de hacerse de manera aislada, ya que debe tenerse en cuenta el lugar del niño en la familia³³⁰. Asimismo, por más de que una excepción que se estime configurada según el artículo 13(2) pueda crear –si se producen ciertas pruebas– una situación intolerable para el/los otro(s) menor(es) conforme lo dispuesto en el artículo 13(1)(b) en razón de la separación de los niños, la comprobación de si el artículo 13(1)(b) es aplicable debe realizarse por separado³³¹.

Vínculo entre los hermanos: La separación de los hermanos no deriva automáticamente en un riesgo grave para el menor (puede tener un efecto neutro, positivo o negativo para el menor). Para determinar si la separación afectaría al menor de manera tal de crear un riesgo grave de que la restitución lo exponga a daño físico o psíquico o que de otra manera lo ponga en una situación intolerable, debe considerarse la fuerza del vínculo entre los hermanos, teniendo en cuenta, por ejemplo:

- la calidad y el valor del vínculo para el niño³³²;
- la diferencia de edad entre los hermanos³³³;
- la duración, la intensidad y el alcance del contacto (anterior) entre los hermanos³³⁴; y
- la prueba pericial, si resultare apropiada y posible.

³²⁸ De acuerdo al art. 4, el Convenio de 1980 deja de aplicarse cuando el menor cumple 16 años. (El Convenio de 1996, en cambio, se aplica a los niños hasta que cumplen los 18 años; véase el art. 2 del Convenio de 1996.)

³²⁹ Véase, p. ej., Tribunal de Apelaciones de Manitoba (*Court of Appeal of Manitoba*) (Canadá), *Chalkley v. Chalkley* (1995) ORFL (4th) 422 [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 14].

³³⁰ Véase, p. ej., Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (*Court of Appeal of England and Wales*), *Zaffino v Zaffino (Abduction: Children's Views)* [2005] EWCA Civ 1012 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 813].

³³¹ Véase, p. ej., Tribunal de Distrito de Henderson de Nueva Zelanda (*New Zealand District Court at Henderson*), *Secretary for Justice v. Penney, ex parte Calabro* [1995] NZFLR 827 [Referencia en INCADAT: HC/E/NZ 67]; Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (*Court of Appeal of England and Wales*), *Re T. (Abduction: Child's Objections to Return)* [2000] 2 F.L.R. 192 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 270]; y decision de primera instancia de Escocia (*Outer House of the Court of Session*), *W. v. W.* [2003] SCLR 478 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKs 508].

³³² Véase, p. ej., Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (*Court of Appeal of England and Wales*), *Re T. (Abduction: Child's Objections to Return)* [2000] 2 FCR 159 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 270].

³³³ Véase, p. ej., Tribunal de Apelaciones de Manitoba (*Court of Appeal of Manitoba*) (Canadá), *Chalkley v. Chalkley* (1995) ORFL (4th) 422 [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 14] y Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (Sala de Familia) (*High Court of England and Wales (Family Division)*, *WF v RJ, BF* [2010] EWHC 2909 (Fam)).

³³⁴ Véase, p. ej., Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (Sala de Familia) (*High Court of England and Wales (Family Division)*), *F v M, B (by his Litigation Friend)* [2015] EWHC 3300 (Fam) y *WF v RJ, BF* [2010] EWHC 2909 (Fam) y Tribunal de Familia de Sydney (*Family Court of Australia at Sydney*), *the Marriage of S.S. and D.K. Bassi* (1994) FLC 92-4 [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 292].

Protección del menor durante el procedimiento de restitución (véanse supra los puntos A y B).

Mediación (véase supra el punto C).

Evaluación de la información o las pruebas aportadas con respecto a la alegación de grave riesgo

Evitar retrasos indebidos en lo que respecta a solicitar, obtener y recibir más información o pruebas (véase supra el punto D).

Procedimientos de urgencia (véase supra el punto E). En este caso, debe tenerse en cuenta que la orden de restitución no conlleva la separación permanente de los hermanos, dado que el Estado de residencia habitual puede (re)considerar su separación en los procedimientos por la custodia o el régimen de visitas que tengan lugar después de la restitución³³⁵.

Informe pericial (véase supra el punto G).

Opinión del menor (véase supra el punto H).

Existencia de medidas adecuadas y eficaces (véase supra el punto I).

Medidas reconocidas y susceptibles de ejecución (véase supra el punto J).

Recurrir a la RIJLH y a las comunicaciones judiciales directas y asistencia de las Autoridades Centrales u otras autoridades

RIJLH y comunicaciones judiciales directas (véase supra el punto L).

Autoridades Centrales y otras autoridades (véase supra el punto M).

ii. Desventajas económicas o educativas para el menor tras la restitución

282. La alegación del padre sustractor, o de otra persona u organismo que se opone a la restitución, consiste en que, de ser restituido, el menor se vería en una situación de dificultades económicas extremas (p. ej., por el hecho de que el padre sustractor no sería capaz de proveer los medios económicos suficientes para mantener al menor) o desventajas educativas extremas (p. ej., si no pudiera asistir a la escuela en el Estado de residencia habitual) y esas circunstancias afectarían al menor de manera tan negativa que existiría un riesgo grave de que su restitución lo exponga a daño físico o psíquico, o que de alguna otra manera lo ponga en una situación intolerable.

283. El tribunal debe evaluar los hechos y las circunstancias de cada caso, y para ello puede tener en cuenta las siguientes consideraciones:

Considerar, desde el principio del procedimiento, recurrir a la asistencia de las Autoridades Centrales y a la RIJLH/las comunicaciones judiciales directas y, de ser necesario, averiguar si se prevén medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor (y al padre que lo acompaña, en su caso) tras la restitución (véase infra).

Protección del menor en el procedimiento de restitución (véanse supra los puntos A y B).

Mediación (véase supra el punto C).

³³⁵ R. Schuz (ob. cit. nota 43), p. 285. Véase, p. ej., Tribunal Supremo de Israel, *LV v MM*, RFamA 2338/09 [Referencia en INCADAT: HC/E/IL 1037].

Evaluación de la información o las pruebas aportadas con respecto a la alegación de grave riesgo

Evitar retrasos indebidos en lo que respecta a solicitar, obtener y recibir más información o pruebas (véase *supra* el punto D).

Procedimientos de urgencia (véase *supra* el punto E).

Interpretación restrictiva del artículo 13(1)(b) (véase *supra* el punto F).

- Tener en cuenta que, en general, el hecho de que las condiciones de vida sean más favorables en el Estado requerido que el Estado de residencia habitual no es un argumento válido, salvo que medien circunstancias excepcionales, p. ej., si el menor no tendría un hogar o si no pudiera beneficiarse de prestaciones del Estado³³⁶.
- Tener en cuenta si el menor ha vivido y (posiblemente) asistido a la escuela sin inconvenientes en el Estado de residencia habitual antes de la sustracción.
- Cabe señalar que las desventajas económicas y educativas para el menor constituyen cuestiones de fondo que deben examinarse, por ejemplo, en procedimientos que se lleven a cabo en el Estado de residencia habitual, sobre la custodia, los alimentos, o la mudanza a otro Estado.

Informe pericial (véase *supra* el punto G).

Opinión del menor (véase *supra* el punto H).

Consideración de medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor tras la restitución:

Existencia de medidas adecuadas y eficaces (véase *supra* el punto I). En este caso, tener en cuenta, por ejemplo, la posibilidad de establecer compromisos o condiciones de asistencia económica para el padre privado del menor si las necesidades básicas del niño no pudieran cubrirse de otra manera.

Medidas reconocidas y susceptibles de ejecución (véase *supra* el punto J).

Asistencia de Autoridades Centrales u otras autoridades

Autoridades Centrales y otras autoridades (véase *supra* el punto M): Considerar si conviene solicitar la asistencia de la Autoridad Central u otras autoridades pertinentes del Estado de residencia habitual para verificar las declaraciones o la información aportada y si, por ejemplo, el padre que sustrajo al menor o el niño tendrían derecho a recibir prestaciones del Estado tras el retorno.

iii. Riesgos asociados con el Estado de residencia habitual

284. La alegación del padre sustractor, o de otra persona u organismo que se opone a la restitución, consiste en que, en virtud de la gravedad de la situación en el Estado de residencia habitual en el plano político, económico y de seguridad, existe un riesgo grave de que la restitución del menor lo exponga a daño físico o psíquico, o que de alguna otra manera lo ponga en una situación intolerable.

285. El tribunal debe evaluar los hechos y las circunstancias de cada caso, y para ello puede tener en cuenta las siguientes consideraciones:

³³⁶ Véase, p. ej., Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (*Court of Appeal of England and Wales*), *Re M. (Abduction: Undertakings)* [1995] 1 FLR 1021 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 20] y Tribunal de Apelaciones de Lituania, 29 de septiembre de 2016, asunto N° e2-1925-381/2016.

Considerar, desde el principio del procedimiento, recurrir a la asistencia de las Autoridades Centrales y a la RIJLH/las comunicaciones judiciales directas y, de ser necesario, averiguar si se prevén medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor (y al padre que lo acompaña, en su caso) tras la restitución (véase *infra*).

Consideraciones específicas

Interpretación restrictiva del artículo 13(1)(b) (véase *supra* el punto F). En este caso, tener en cuenta que debe alcanzarse el alto umbral de peligro inminente antes de la resolución de la causa por la custodia o los derechos de visita, p. ej., si el menor fuera a ser restituido a un área de guerra o hambruna³³⁷. Los tribunales han dejado en claro que para alcanzar el umbral de grave riesgo, las circunstancias deben ser más que hechos aislados en un ambiente político agitado³³⁸.

Factores agravantes: Tener en cuenta factores que puedan agravar el riesgo de daño para el menor, p. ej., si el niño y su familia pertenecen a una minoría oprimida en el Estado de residencia habitual o si ataques selectivos previos pusieron al menor en peligro³³⁹.

Peligro previo: El hecho de que la situación en el Estado de residencia habitual —que el padre sustractor alega supondría un grave riesgo— no lo había disuadido de quedarse en ese Estado con el menor anteriormente, puede constituir una consideración relevante, pero no decisiva. El tribunal deberá determinar si el riesgo es tan grave como se alega, luego del esclarecimiento de los hechos³⁴⁰.

Protección del menor durante el procedimiento de restitución (véanse *supra* los puntos A y B).

Mediación (véase *supra* el punto C).

Evaluación de la información o las pruebas aportadas con respecto a la alegación de grave riesgo

Evitar retrasos indebidos en lo que respecta a solicitar, obtener y recibir más información y/o pruebas (véase *supra* el punto D).

Información y pruebas específicas: Considerar específicamente recurrir a informes gubernamentales, documentos oficiales de organizaciones internacionales o recomendaciones de viaje que describan la actual situación política, económica y de seguridad del Estado de residencia habitual³⁴¹.

Procedimientos de urgencia (véase *supra* el punto E).

³³⁷ Véase, p. ej., Tribunal Federal de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos de América (*United States Court of Appeals for the Sixth Circuit*), *Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996) [Referencia en INCADAT: HC/E/USf 82].

³³⁸ Por ejemplo, las opiniones de los tribunales han estado divididas en cuanto a si una restitución a Israel, por las alegaciones articuladas con respecto a la situación de la seguridad, expondría a un menor a un grave riesgo de daño, pero la mayoría opina que no. Véase en INCADAT, la “Sección de análisis de jurisprudencia”, en “Excepciones a la restitución”, luego “Grave riesgo de daño”, luego “Riesgos asociados con el Estado de residencia habitual del menor”. El análisis de jurisprudencia fue elaborado por P.E. McElevy, Universidad de Dundee, Reino Unido.

³³⁹ Véase, p. ej., Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (*Court of Appeal of England and Wales*), *In the matter of D (Children)* [2006] EWCA Civ 146.

³⁴⁰ Véase, p. ej., *Cour d'appel de Rennes Chambre 6* (Francia) CA Rennes, 28 de junio de 2011, No de RG 11/02685 [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1129] y Tribunal Superior, sala occidental (Dinamarca), asunto V.L.K., 11. januar 2001, 13. Afdeling, B-2939-01 [Referencia en INCADAT: HC/E/DK 519].

³⁴¹ Véase, p. ej., *New Zealand Family Court* (Nueva Zelanda), *APN v. TMH (Child Abduction: Grave Risk and Human Rights)* [2010] NZFLR 463 [Referencia en INCADAT: HC/E/NZ 1224].

Informe pericial (véase *supra* el punto G).

Opinión del menor (véase *supra* el punto H). Considerar específicamente si la opinión del menor puede respaldar las alegaciones de peligro en el Estado de residencia habitual.

Consideración de medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor tras la restitución

Existencia de medidas adecuadas y eficaces (véase *supra* el punto I). En este caso, evaluar por ejemplo si el padre privado del menor puede ofrecer medidas de seguridad, como por ejemplo, barrios privados con guardia de seguridad³⁴².

Medidas reconocidas y susceptibles de ejecución (véase *supra* el punto J).

Recurrir a la RIJLH y a las comunicaciones judiciales directas y asistencia de las Autoridades Centrales u otras autoridades

RIJLH y comunicaciones judiciales directas (véase *supra* el punto L).

Autoridades Centrales y otras autoridades (véase *supra* el punto M).

iv. Riesgos asociados con la salud del menor

286. La alegación del padre sustractor, u otra persona u organismo que se opone a la restitución consiste en que, en virtud de la enfermedad física o psicológica del menor y la falta de tratamientos o servicios apropiados en el Estado de residencia habitual, existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a daño físico o psíquico, o que de alguna otra manera lo ponga en una situación intolerable.

287. El tribunal debe evaluar los hechos y las circunstancias de cada caso, y para ello puede tener en cuenta las siguientes consideraciones:

Considerar, desde el principio del procedimiento, recurrir a la asistencia de las Autoridades Centrales y a la RIJLH/las comunicaciones judiciales directas y, de ser necesario, averiguar si se prevén medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor (y al padre que lo acompaña, en su caso) tras la restitución (véase *infra*).

Protección del menor en el procedimiento de restitución (véanse *supra* los puntos A y B).

Mediación (véase *supra* el punto C).

Evaluación de la información o las pruebas aportadas con respecto a la alegación de grave riesgo

Evitar retrasos indebidos en lo que respecta a solicitar, obtener y recibir más información o pruebas (véase *supra* el punto D).

Información y pruebas específicas: Examinar en particular la información o las pruebas, tales como los informes médicos o informes sobre el bienestar del menor que ya existan y, sobre todo, un informe médico actualizado del menor si se considera que puede haber un grave riesgo para su salud. Considerar establecer comunicaciones judiciales directas o solicitar asistencia a la Autoridad Central u otras autoridades pertinentes (p. ej., servicios de

³⁴² Véase, p. ej., Tribunal de Apelaciones de La Haya, 18 de enero de 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV5608.

protección de la infancia³⁴³) del Estado de residencia habitual, a los efectos de verificar si el menor podría recibir la atención médica necesaria tras su restitución³⁴⁴.

Procedimientos de urgencia (véase *supra* el punto E).

Informe pericial (véase *supra* el punto G).

Opinión del menor (véase *supra* el punto H).

Consideración de medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor tras la restitución

Existencia de medidas adecuadas y eficaces (véase *supra* el punto I). En este caso, considerar, por ejemplo, si conviene establecer condiciones o compromisos para el padre privado del menor (u otras personas u organismos) para proveer asistencia económica, seguro médico³⁴⁵ o preparativos en vista de la atención médica para el menor tras su restitución³⁴⁶.

Medidas reconocidas y susceptibles de ejecución (véase *supra* el punto J).

De ser aplicable, recurrir al artículo 11 del Convenio de 1996 (véase *supra* el punto K).

Recurrir a la RIJLH y a las comunicaciones judiciales directas y asistencia de las Autoridades Centrales u otras autoridades

RIJLH y comunicaciones judiciales directas (véase *supra* el punto L).

Autoridades Centrales y otras autoridades (véase *supra* el punto M).

3. Alegación de que la incapacidad de regresar del padre sustractor expondría al menor a un riesgo grave

288. El padre sustractor, u otra persona u organismo que se oponga a la restitución puede alegar que el padre sustractor no puede o no quiere regresar con el menor al Estado de residencia habitual³⁴⁷. Puede afirmarse que ordenar la restitución del menor sin el padre sustractor supondría un riesgo grave de que la separación exponga al menor a daño físico o psíquico, o que de alguna otra manera lo ponga en una situación intolerable, dado que el padre sustractor es el principal custodio del menor.

³⁴³ Véase, p. ej., Tribunal de Apelaciones de La Haya, 18 de noviembre de 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH036.

³⁴⁴ Véase *supra* el párr. 123 y sigs. sobre el uso de la RIJLH y las comunicaciones judiciales directas. Véase también "Principios generales sobre comunicaciones judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos" (Anexo 5). Véase *supra* párr. 129 y sigs. sobre asistencia de Autoridades Centrales u otras autoridades.

³⁴⁵ Véase, p. ej., Corte Superior de Lima - Sala Especializada de Familia, asunto N° 14.593-2003 [Referencia en INCADAT: HC/E/PE 874]

³⁴⁶ Véase, p. ej., Tribunal Superior de la Región Administrativa Especial de Hong Kong (*High Court of the Hong Kong Special Administrative Region*), *S. v. S.* [1998] 2 HKC 316 [Referencia en INCADAT: HC/E/CNh 234] y tribunal de primera instancia de La Haya (Países Bajos), 24 de marzo de 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6118. Véase también, p. ej., la decisión del tribunal de casación de Francia por la que se desestimó un recurso contra una decisión dictada en apelación que ordenaba la restitución de una menor en un caso en que se había invocado el art. 13(1)(b) en el que el menor y sus padres eran VIH positivo, dado que la menor podría beneficiarse del tratamiento médico apropiado en su Estado de origen (*Civ. 1ère*, 4 de mayo de 2017, 17-11031).

³⁴⁷ A veces el tribunal afirma que no acepta la amenaza de no regresar, como en la decisión del Tribunal Supremo de Israel, *Civil Appeal 4391/96 Ro v. Ro* [Referencia en INCADAT: HC/E/IL 832], o puede lograr que el padre sustractor admita que regresará con el menor de todas formas. Véase Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (*Court of Appeal of England and Wales*), *Re A (A Minor)(Abduction)* [1988] 1 FLR 365 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 23].

289. Cabe señalar que las decisiones judiciales de varios Estados contratantes demuestran que los tribunales adoptan un abordaje muy restrictivo en estos casos³⁴⁸. Salvo en situaciones excepcionales, la excepción del artículo 13(1)(b) no ha sido estimada en los casos en que el padre que sustrajo al menor se niega a regresar con este último al Estado de residencia habitual.

290. Sin embargo, el tribunal debe evaluar los hechos y las circunstancias de cada caso, y para ello puede tener en cuenta las siguientes consideraciones generales y específicas:

Padre custodio principal del menor:

- Examinar la naturaleza de la relación entre el menor y el padre que lo sustrajo, así como entre el menor y el padre privado del menor³⁴⁹. Considerar si el padre sustractor es el custodio exclusivo del menor y si el padre privado del menor u alguna otra persona u organismo es capaz de cuidarlo³⁵⁰.
- Pueden formularse las siguientes preguntas para determinar si el menor enfrenta un grave riesgo de daño³⁵¹:
 - ¿El padre privado del menor es capaz de satisfacer las necesidades del menor y cuidarlo tras su restitución, o a través de prestaciones o ayudas sociales o públicas?
 - ¿La edad³⁵², naturaleza, salud física o mental o alguna otra circunstancia del menor hace que la separación del padre sustractor posiblemente agrave el riesgo de daño físico o psíquico en el menor?
 - ¿El cuidado del padre privado del menor podría atenuar algún riesgo de daño?

Razones del padre sustractor para no regresar:

- Pueden formularse las siguientes preguntas con respecto al no regreso del padre que sustrajo al menor al Estado de residencia habitual:
 - ¿El padre sustractor no puede regresar o simplemente no quiere?
 - Si el padre sustractor no puede regresar, ¿se han agotado todas las medidas posibles que le permitirían regresar?
 - Si el padre sustractor no quiere regresar, ¿por qué razones teme regresar³⁵³?

³⁴⁸ Véase *supra* el párr. 42 y sigs.

³⁴⁹ Véase, p. ej., Tribunal de Apelaciones de Quebec (*Quebec Court of Appeal*) (Canadá), *M.G. v. R.F.*, 2002 R.J.Q. 2132 [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 762], sentencia en la que se estimó que si el menor regresaba sin el padre sustractor (su madre), ello no lo pondría en una situación intolerable. Si bien la madre era el principal custodio del menor, se demostró que el niño tenía una muy buena relación con ambos padres y que en el Estado de residencia habitual recibiría un cuidado adecuado.

³⁵⁰ Es poco probable que el hecho de que pueda haber una mera reducción en el nivel de cuidado active la aplicación de la excepción del artículo 13(1)(b). De manera similar, el hecho de que el padre privado del menor haya tenido —hasta el momento del traslado o la retención ilícita— una relación más distante con el menor, por lo general, también resulta insuficiente. Véase la decisión de primera instancia de Escocia (*Outer House of the Court of Session*), *McCarthy v. McCarthy* [1994] SLT 743 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKs 26]. Véase también, Tribunal de Apelaciones de Quebec (*Quebec Court of Appeal*) (Canadá), *M.G. v. R.F.*, 2002 R.J.Q. 2132 [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 762].

³⁵¹ Es importante señalar que el menor puede enfrentar cierto nivel de daño si se ordena la restitución al Estado de residencia habitual; no obstante, esto suele ser insuficiente para alcanzar el alto umbral de aplicación del artículo 13(1)(b). Véase, p. ej., la decisión de primera instancia de Escocia (*Outer House of the Court of Session*), *Cameron v. Cameron* (No. 2) 1997 SLT 206 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKs 77], sentencia en la que el tribunal afirmó que cierto nivel de daño es inevitable cuando se ordena la restitución, al igual que ciertos daños derivados del traslado o la retención ilícita también son inevitables. Corresponderá al Estado al que los niños regresan minimizar o eliminar ese peligro.

³⁵² Por ejemplo, cuando el menor es muy pequeño y depende totalmente de su madre (padre sustractor), se recomienda no ordenar la restitución. Véase, por ejemplo, la decisión del Tribunal Supremo de Polonia, 7 de octubre de 1998, I CKN 745/98 [Referencia en INCADAT: HC/E/PL 700].

³⁵³ El Tribunal de Apelaciones de Quebec (*Quebec Court of Appeal*) (Canadá), *N.P. v. A.B.P.*, 1999 R.D.F. 38 (Que. C.A.) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 764] constató que el padre sustractor (la madre) se negaba a regresar al Estado de residencia habitual porque había sido víctima de trata de personas y forzada a prostituirse por el padre privado del menor (el padre). En vista de las actividades delictivas del padre privado del menor, el tribunal aceptó que el miedo del padre sustractor a regresar era genuino, y que el menor sería expuesto un grave riesgo de daño o sería puesto en una situación intolerable.

Si se ordena la restitución del menor, ¿qué posibilidades hay de que el padre sustractor regrese al Estado de residencia habitual?

i. Acción penal o de otra índole en el Estado de residencia habitual por el traslado o la retención ilícitos

291. En estos casos, el padre sustractor u otra persona u organismo que se opone a la restitución afirma que el padre sustractor no puede regresar con el menor al Estado de residencia habitual porque, si regresara, enfrentaría una acción penal o un procedimiento por desacato al tribunal por el traslado o la retención ilícitos del menor. Se alega además que si el menor es restituido sin él/ella, se crea un grave riesgo de que la restitución lo exponga a daño físico o psíquico o que de otra manera ponga al menor en una situación intolerable, dado que el padre sustractor es el principal custodio del menor.

292. El tribunal debe evaluar los hechos y las circunstancias de cada caso, y para ello puede tener en cuenta las consideraciones expuestas más arriba y las que se presentan a continuación:

Considerar, desde el principio del procedimiento, recurrir a la asistencia de las Autoridades Centrales y a la RIJLH/las comunicaciones judiciales directas y, de ser necesario, averiguar si se prevén medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor (y al padre que lo acompaña, en su caso) tras la restitución (véase *infra*).

Consideraciones específicas

Consecuencias de la acción penal o del procedimiento de desacato al tribunal tras la restitución: El temor del padre sustractor a enfrentar una acción penal o de otra índole en general no es considerado un obstáculo objetivo para ordenar la restitución del menor³⁵⁴. Sin embargo, las circunstancias tras la restitución deben considerarse con atención en el contexto de cada familia (p. ej., cuando el menor es muy pequeño y el padre que lo sustrajo es el principal custodio).

Consideración de medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor tras la restitución

Existencia de medidas adecuadas y eficaces:

- Considerar si se prevén medidas de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual para prevenir o atenuar el riesgo que se alega que pesa sobre el menor.
- Considerar en particular si el padre privado del menor o las autoridades pertinentes se han comprometido o han prestado garantías de que no se ejercerá una acción penal o de otra índole³⁵⁵.
- Dado que la acción penal u otras pueden tener un impacto negativo en el menor si se ordena su restitución (p. ej., al afectar la capacidad de cuidado de uno de sus padres, si el padre que lo sustrajo es su principal custodio), considerar si conviene comunicarse con las autoridades del Estado al que se restituiría al menor para tratar la posibilidad de que se desista de dichas acciones. En los casos en que se puede lograr el desistimiento de la acción

³⁵⁴ Véase, p. ej., la decisión del Tribunal Supremo de Polonia, 7 de octubre de 1998, I CKN 745/98 [Referencia en INCADAT: HC/E/PL 700].

³⁵⁵ Véase, p. ej., Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (*Court of Appeal of England and Wales*), *Re C. (Abduction: Grave Risk of Psychological Harm)* [1999] 1 FLR 1145 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 269]; *United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division, Tabacchi v. Harrison, 2000 WL 190576 (N.D.Ill.)* [Referencia en INCADAT: HC/E/USf 465]; y Tribunal Supremo de Israel, *B. v. G.*, 8 de abril de 2008 [Referencia en INCADAT HC/E/IL 923].

gracias a la asistencia de las autoridades judiciales, considerar en particular establecer comunicaciones judiciales directas (véase *infra*)³⁵⁶.

Protección del menor durante el procedimiento de restitución (véanse *supra* los puntos A y B).

Mediación (véase *supra* el punto C).

Evaluación de la información o las pruebas aportadas con respecto a la alegación de grave riesgo

Evitar retrasos indebidos en lo que respecta a solicitar, obtener y recibir más información o pruebas (véase *supra* el punto D).

Información y pruebas específicas: Considerar dar prioridad a los informes policiales y documentos existentes, así como a escritos presentados ante el tribunal del Estado de residencia habitual u órdenes dictadas por el mismo en lo concerniente al traslado o la restitución ilícitos.

Procedimientos de urgencia (véase *supra* el punto E).

Interpretación restrictiva del artículo 13(1)(b) (véase *supra* el punto F).

Informe pericial (véase *supra* el punto G).

Medidas reconocidas y susceptibles de ejecución (véase *supra* el punto J).

Recurrir a la RIJLH y a las comunicaciones judiciales directas y asistencia de las Autoridades Centrales u otras autoridades

RIJLH y comunicaciones judiciales directas (véase *supra* el punto L). Gracias a las comunicaciones judiciales directas, en algunos casos, puede que las autoridades en materia penal, al tomar conocimiento del procedimiento de restitución, acepten que la persona vuelva a ingresar al Estado de residencia habitual, es decir, que aceptan las condiciones de desistir de la acción penal o no ejecutar una orden de arresto.

Autoridades Centrales y otras autoridades (véase *supra* el punto M).

³⁵⁶ En el asunto *Re M. and J. (Abduction: International Judicial Collaboration)* [2000] 1 FLR 803, el padre sustractor (la madre) alegaba no poder regresar con los menores al Estado de residencia habitual porque se había emitido allí una orden de arresto contra ella, y regresar con los menores posiblemente los pondría en peligro. El juez del procedimiento de restitución se comunicó con el juez competente en materia penal del Estado de la residencia habitual para que se retirara la orden de arresto que pesaba sobre el padre sustractor hasta que se dictara sentencia sobre el fondo de la cuestión de la custodia. En un caso que consta en *Practical Mechanisms for Facilitating Direct International Judicial Communications in the Context of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Preliminary Report*, elaborado por P. Lortie, Primer Secretario, Doc. Prel. N° 6 (y Apéndices A y B) de agosto de 2002 a la atención de la reunión de la Comisión Especial de septiembre y octubre de 2002 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, < www.hcch.net >, "Sección sustracción de niños" y "reuniones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio", luego "Documentos Preliminares"), el padre sustractor (la madre) planteó su preocupación sobre lo que pasaría si ella regresaba al Estado de residencia habitual con los niños. El juez del Estado de la residencia habitual aseguró al juez del procedimiento que la madre no sería sometida a ninguna acción civil a condición de que los niños fueran restituidos de acuerdo a una orden de restitución. El juez además estimó que no era probable que se ejerciera una acción penal contra ella sin la denuncia del padre privado del menor (el padre).

ii. Imposibilidad para ingresar o permanecer en el Estado de residencia habitual por cuestiones de inmigración

293. En estos casos, el padre que sustrajo al menor, u otra persona u organismo que se opone a la restitución, alega que el padre sustractor no puede regresar con el menor al Estado de residencia habitual por no poder ingresar al Estado en razón del vencimiento de su visado o porque no tiene derecho a residir en el territorio de ese Estado³⁵⁷. Se alega además que si el menor regresa sin él/ella, queda expuesto a daño físico o psíquico o es puesto en una situación intolerable porque el padre que lo sustrajo es su principal custodio.

294. Cabe señalar que las decisiones de numerosos Estado contratantes demuestran que los tribunales adoptan un abordaje restrictivo en estos casos. No obstante, en ocasiones, los tribunales se han mostrado dispuestos a aceptar esta alegación si todos los esfuerzos para conseguir autorización para entrar al país han sido inútiles. Pero estos casos no son usuales, dado que la mayoría de las veces es posible obtener los permisos inmigratorios pertinentes por medio de la colaboración entre las Autoridades Centrales. Además, en algunos casos, el menor podría ser restituido al cuidado del padre privado del menor o de otra persona u organismo en el Estado de residencia habitual. En consecuencia, salvo en situaciones excepcionales, la excepción del artículo 13(1)(b) no se estima configurada cuando se alega no poder regresar en virtud de restricciones a la inmigración.

295. El tribunal debe evaluar los hechos y las circunstancias de cada caso, y para ello puede tener en cuenta las consideraciones expuestas más arriba y las que se presentan a continuación:

Considerar, desde el principio del procedimiento, recurrir a la asistencia de las Autoridades Centrales y a la RIJLH/las comunicaciones judiciales directas y, de ser necesario, averiguar si se prevén medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor (y al padre que lo acompaña, en su caso) tras la restitución (véase *infra*).

Consideraciones específicas

Las Autoridades Centrales y otras autoridades (véase *supra* el punto M) suelen poder resolver los problemas de inmigración a través de la colaboración con las autoridades nacionales pertinentes, por lo que es conveniente que intervengan lo antes posible.

Otras medidas para regularizar la situación inmigratoria: Considerar si el padre que sustrajo al menor ha realizado y agotado, sin retrasos indebidos, todas las medidas posibles para obtener un permiso inmigratorio para el Estado de residencia habitual.

- Si la situación del padre sustractor con respecto a las leyes inmigratorias es meramente incierta, esto puede no resultar suficiente para activar la excepción del artículo 13(1)(b)³⁵⁸.
- Si se constata que el padre sustractor no puede regresar al Estado de residencia habitual legalmente, ello puede ser suficiente para activar la excepción del artículo 13(1)(b)³⁵⁹.

Protección del menor durante el procedimiento de restitución (véanse *supra* los puntos A y B).

³⁵⁷ La excepción de grave riesgo también puede ser deducida por el padre sustractor en relación a la situación de inmigración del *padre privado del menor* (lo cual también sería interpretado de manera restrictiva). En general, los abogados con experiencia en la materia han destacado que, en el marco de asuntos de violencia doméstica, no es poco común que el agresor se valga de la situación de inmigración para ejercer control sobre su pareja.

³⁵⁸ Véase, p. ej., Tribunal de Apelaciones de Ontario (*Court of Appeal for Ontario*) (Canadá), *Jabbaz v. Mouammar* (2003), 226 D.L.R. (4th) 494 (Ont. C.A.) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 757].

³⁵⁹ Véase, p. ej., Tribunal de Familia de Melbourne (*Family Court of Australia at Melbourne*), *State Central Authority of Victoria v Ardito*, 29 de octubre de 1997 [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 283].

Mediación (véase supra el punto C).

Evaluación de la información o las pruebas aportadas con respecto a la alegación de grave riesgo

Evitar retrasos indebidos en lo que respecta a solicitar, obtener y recibir más información o pruebas (véase *supra* el punto D).

Información y pruebas específicas: Considerar específicamente dar prioridad a los informes y documentos de los que ya se disponga sobre la situación de inmigración.

Procedimientos de urgencia (véase *supra* el punto E).

Interpretación restrictiva del artículo 13(1)(b) (véase *supra* el punto F). En la mayoría de los casos, es posible obtener el permiso pertinente por medio de la colaboración entre las Autoridades Centrales. Por lo tanto, salvo en situaciones excepcionales, la excepción contemplada en el artículo 13(1)(b) no se estima configurada cuando se alega no poder regresar por restricciones migratorias.

Informe pericial (véase *supra* el punto G).

Consideración de medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor tras la restitución

Existencia de medidas adecuadas y eficaces (véase *supra* el punto I).

Medidas reconocidas y susceptibles de ejecución (véase *supra* el punto J).

Recurrir a la RIJLH y a las comunicaciones judiciales directas y a la asistencia de las Autoridades Centrales u otras autoridades

RIJLH y comunicaciones judiciales directas (véase *supra* el punto L).

Autoridades Centrales y otras autoridades (véase *supra* el punto M).

iii. Situación económica tras la restitución

296. En estos casos, el padre que sustrajo al menor, u otra persona u organismo que se opone a la restitución, afirma que el padre sustractor no puede o no quiere regresar con el menor al Estado de residencia habitual porque enfrentaría una situación económica difícil o insostenible. Por ejemplo, se puede alegar que el padre sustractor no es capaz de encontrar empleo en el Estado de residencia habitual, o que por alguna razón su situación es tan acuciante que el menor podría ser puesto al cuidado de una institución del Estado. Se alega además que si el menor es restituido o si no dispone del cuidado del padre sustractor, se crea un grave riesgo de que la separación lo exponga a daño físico o psíquico o que de alguna otra manera ponga al menor en una situación intolerable, dado que el padre sustractor es el principal custodio del menor.

297. El tribunal debe evaluar los hechos y las circunstancias de cada caso, y para ello puede tener en cuenta las consideraciones expuestas más arriba y las que se presentan a continuación:

Considerar, desde el principio del procedimiento, recurrir a la asistencia de las Autoridades Centrales y a la RIJLH/las comunicaciones judiciales directas y, de ser necesario, averiguar si se prevén medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor (y al padre que lo acompaña, en su caso) tras la restitución (véase *infra*).

Consideraciones específicas

Situación económica y de empleo durante la tramitación del procedimiento sobre el fondo de la cuestión en el Estado de residencia habitual: Examinar la situación económica y de empleo del padre sustractor, p. ej., ahorros o bienes³⁶⁰, posibilidades de empleo y medios alternativos de subsistencia. Considerar específicamente la situación económica y de empleo del padre sustractor³⁶¹ y el tiempo estimado hasta obtener un pronunciamiento que conceda alimentos al menor o al padre sustractor tras la restitución, de ser necesario. Cabe destacar que una mera reducción en el nivel de vida o en sus ingresos en el Estado de residencia habitual no es suficiente para que activar la aplicación del artículo 13(1)(b)³⁶². En cambio, la posibilidad de que el niño sea puesto a cargo del Estado en razón de una situación económica acuciante del padre sustractor podría justificar la aplicación del artículo 13(1)(b).

Situación de indigencia o sin hogar: Si el menor pudiera quedar en situación de indigencia o sin hogar a causa de la situación económica del padre que lo sustrajo, o por alguna otra razón, es más probable que se aplique la excepción contemplada en el artículo 13(1)(b). En dichas circunstancias, examinar si conviene otorgar una resolución judicial provisional de alimentos, imponer condiciones de asistencia económica al padre privado del menor, o tomar otras medidas en relación a la restitución del menor.

Seguridad social: Tener en cuenta si el padre sustractor tendrá derecho a recibir prestaciones de seguridad social o de asistencia del Estado requerido o del Estado de residencia habitual³⁶³. Si tiene derecho a ello, considerar además si su dependencia del sistema de seguridad social o asistencia del Estado justifica la aplicación del artículo 13(1)(b)³⁶⁴.

Protección del menor durante el procedimiento de restitución (véanse supra los puntos A y B).

Mediación (véase supra el punto C).

Evaluación de la información o las pruebas aportadas con respecto a la alegación de grave riesgo

Evitar retrasos indebidos en lo que respecta a solicitar, obtener y recibir más información o pruebas (véase supra el punto D).

³⁶⁰ El Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (*Court of Appeal of England and Wales*), en el asunto *Re M (Abductions: Undertakings)* [1995] 1 FLR 1021 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 20], consideró que los ahorros del padre sustractor eran suficientes para mantener a la familia durante el período de tiempo relevante para el tribunal inglés. En consecuencia, estimó que no había un grave riesgo de que la restitución los expusiera a una situación intolerable, según los requisitos estrictos del artículo 13(1)(b), hasta el momento de la audiencia ante el tribunal israelí, que era el tribunal del Estado de residencia habitual.

³⁶¹ El Tribunal Superior de Quebec (*Superior Court of Quebec*) (Canadá), en el asunto *Y .D. v. J.B.*, [1996] R.D.F. 753 (Que.C.A.) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 369], estimó que las dificultades económicas no era una razón válida para denegar la restitución de un menor, y afirmó que "la intención de los signatarios del Convenio no era únicamente proteger a los hijos de padres pudientes y dejar desatendidos a los padres sin fortuna, sin la posibilidad de solicitar la restitución de su hijo trasladado ilícitamente".

³⁶² Véase, p. ej., Tribunal de Familia de Australia (*Family Court of Australia*) en pleno, asunto *Director General of the Department of Family and Community Services v. Davis* (1990) FLC 92-182 [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 293], en el que se estimó que el hecho de que la madre no pudiera acompañar al menor a Inglaterra por razones económicas no era suficiente para justificar la aplicación de la excepción del artículo 13(1)(b).

³⁶³ Tribunal de Apelaciones de Nueva Zelanda (*Court of Appeal of New Zealand*), en el asunto *K.M.A. v. Secretary for Justice* [2007] NZFLR 891 [Referencia en INCADAT: HC/E/NZ 1118], estimó que era poco probable que las autoridades de Australia no prestaran algún tipo de asistencia económica y jurídica especial, en caso de que fuera necesaria.

³⁶⁴ Véase, p. ej., Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (*Court of Appeal of England and Wales*), asunto *Re A. (Minors) (Abduction: Custody Rights)* [1992] Fam 106 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 48] and in *Re M. (Abduction: Undertakings)* [1995] 1 FLR 1021 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 20].

Información y pruebas específicas: Considerar específicamente dar prioridad a los documentos de que se disponga sobre la situación de inmigración, la situación económica y de empleo.

Procedimientos de urgencia (véase *supra* el punto E).

Interpretación restrictiva del artículo 13(1)(b) (Véase *supra* el punto F). Considerar que, en general, disfrutar de mejores condiciones de vida en el Estado requerido que en el de residencia habitual no constituye una consideración relevante, a diferencia de lo que ocurre cuando median circunstancias excepcionales como por ejemplo si el menor quedare sin hogar o no pudiese beneficiarse de prestaciones del Estado.

Informe pericial (véase *supra* el punto G).

Consideración de medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor tras la restitución

Existencia de medidas adecuadas y eficaces (véase *supra* el punto I).

Medidas reconocidas y susceptibles de ejecución (véase *supra* el punto J).

Recurrir a la RIJLH y a las comunicaciones judiciales directas y a la asistencia de las Autoridades Centrales u otras autoridades

RIJLH y comunicaciones judiciales directas (véase *supra* el punto L).

Autoridades Centrales y otras autoridades (véase *supra* el punto M).

iv. Acceso a la justicia en el Estado de residencia habitual

298. En estos casos, el padre que sustrajo al menor, u otra persona u organismo que se opone a la restitución, afirma que el padre que sustrajo al menor no puede o no quiere regresar con el menor al Estado de residencia habitual porque no tendría acceso efectivo a la justicia en ese Estado³⁶⁵. Por ejemplo, se puede alegar que el padre sustractor no dispone de los medios para costear su representación legal, o existen otras barreras que no le permiten acceder a la justicia a los efectos de un procedimiento de custodia³⁶⁶. Se alega además que si el menor es restituido sin el padre sustractor, se crea un grave riesgo de que la separación del padre sustractor lo exponga a daño físico o psíquico o que de alguna otra manera ponga al menor en una situación intolerable, dado que el padre sustractor es el principal custodio del menor. En este contexto, cabe recordar que el Convenio de 1980, como instrumento jurídico internacional, está basado en la confianza mutua entre ordenamientos jurídicos, y fue concebido para desincentivar la práctica del *forum shopping* o búsqueda del tribunal más ventajoso, dado que afirma que el foro indicado para los procedimientos de custodia normalmente es el Estado de residencia habitual del menor.

³⁶⁵ Véase, p. ej., Tribunal Superior de Quebec (*Superior Court of Quebec*) (Canadá), asunto *Y.D. v. J.B.* [1996] R.D.F. 753 (Que.C.A.) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 369].

³⁶⁶ Véase, p. ej., Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (Sala de Familia) (*High Court of England and Wales (Family Division)*), *F. v. M. (Abduction: Grave Risk of Harm)* [2008] 2 FLR 1263 [Referencia INCADAT: HC/E/UK 1116]. En este caso, la madre demandada alegó que no estaría en condiciones de poder pagar su representación legal y que los tribunales y servicios sociales franceses no eran imparciales con ella y no habían valorado sus alegaciones de manera apropiada. Entre otras razones, la Sala de Familia del Tribunal Superior (*Family Division of the High Court*) estimó que no se había alcanzado el alto umbral que exige la primera parte del artículo 13(1)(b). No había ninguna dificultad en materia de representación o lingüística, y el informe sobre el bienestar del menor era detallado e imparcial, al igual que las resoluciones dictadas por los tribunales franceses. El Tribunal Superior hizo hincapié en que, por el principio de cortesía y por respeto a la política del Convenio, debía remitir el asunto a los tribunales franceses, que también estaban en condiciones de decidir sobre las alegaciones concurrentes de las partes.

299. El tribunal debe evaluar los hechos y las circunstancias de cada caso, y para ello puede tener en cuenta las consideraciones expuestas más arriba y las que se presentan a continuación:

Considerar, desde el principio del procedimiento, recurrir a la asistencia de las Autoridades Centrales y a la RIJLH/las comunicaciones judiciales directas y, de ser necesario, averiguar si se prevén medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor (y al padre que lo acompaña, en su caso) tras la restitución (véase *infra*).

Consideraciones específicas

Obstáculos que dificultan el acceso oportuno a la justicia en el Estado de residencia habitual: Si se teme que el padre que sustrajo al menor no tenga acceso oportuno a la justicia, considerar si conviene colaborar con las Autoridades Centrales pertinentes o establecer comunicaciones judiciales directas para determinar si el padre sustractor podrá tener acceso rápidamente a un procedimiento judicial tras la restitución (véase *infra*).

Representación legal: El hecho de que el padre no pueda costear su representación legal ha sido estimado insuficiente para justificar la aplicación del artículo 13(1)(b)³⁶⁷. Considerar además si hubiera tenido las mismas dificultades para ser representado por un abogado en un procedimiento nacional similar.

Protección del menor durante el procedimiento de restitución (véanse supra los puntos A y B).

Mediación (véase supra el punto C).

Evaluación de la información o las pruebas aportadas con respecto a la alegación de grave riesgo

Evitar retrasos indebidos en lo que respecta a solicitar, obtener y recibir más información o pruebas (véase *supra* el punto D).

Información y pruebas específicas: Considerar específicamente dar prioridad a los informes y documentos de que ya se disponga sobre las características del sistema judicial en cuestión.

Procedimientos de urgencia (véase *supra* el punto E).

Interpretación restrictiva del artículo 13(1)(b) (véase *supra* el punto F).

Informe pericial (véase *supra* el punto G).

Consideración de medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor tras la restitución

Existencia de medidas adecuadas y eficaces (véase *supra* el punto I).

Medidas reconocidas y susceptibles de ejecución (véase *supra* el punto J).

Recurrir a la RIJLH y a las comunicaciones judiciales directas y a la asistencia de las Autoridades Centrales u otras autoridades

³⁶⁷ Véase, p. ej., Tribunal de Familia de Brisbane (*Family Court of Australia at Brisbane*), el asunto *Emmett and Perry and Director-General Department of Family Services and Aboriginal and Islander Affairs Central Authority and Attorney-General of the Commonwealth of Australia (Intervener)* (1996) 92-645 [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 280].

RIJLH y comunicaciones judiciales directas (véase *supra* el punto L).

Autoridades Centrales y otras autoridades (véase *supra* el punto M).

v. Imposibilidad de regresar al Estado de residencia habitual por razones médicas o familiares

300. En estos casos, el padre sustractor, u otra persona u organismo que se opone a la restitución, afirma que el padre sustractor no puede o no quiere regresar con el menor al Estado de residencia habitual por razones médicas o familiares. Por ejemplo, el padre que sustrajo al menor puede alegar que un problema de salud le impide regresar al Estado de residencia habitual, o que solamente puede recibir atención médica adecuada en el Estado requerido. También puede alegar que ha formado una nueva familia en el Estado requerido y que no puede irse. En consecuencia, el padre sustractor afirma que si el menor es restituido sin él/ella, se crea un grave riesgo de que la separación lo exponga a daño físico o psíquico o que de alguna otra manera ponga al menor en una situación intolerable, dado que el padre que lo sustrajo es su principal custodio.

301. El tribunal debe evaluar los hechos y las circunstancias de cada caso, y para ello puede tener en cuenta las consideraciones expuestas más arriba y las que se presentan a continuación:

Considerar, desde el principio del procedimiento, recurrir a la asistencia de las Autoridades Centrales y a la RIJLH/las comunicaciones judiciales directas y, de ser necesario, averiguar si se prevén medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor (y al padre que lo acompaña, en su caso) tras la restitución (véase *infra*).

Consideraciones específicas

Salud física del padre que sustrajo al menor:

- Considerar si un problema de salud impide al padre sustractor regresar con el menor. Considerar dar prioridad a los informes y documentos médicos de que ya se disponga para determinar si la alegación es razonable y la posibilidad de que continúe el tratamiento en el Estado de residencia habitual.
- Si el padre sustractor no está en condiciones de regresar, considerar la naturaleza de la relación de cuidado que tengan el padre sustractor y el padre privado del menor con el niño para decidir si puede pesar sobre el menor un riesgo grave de daño o de que alguna otra manera lo ponga en una situación intolerable (véase *supra* la introducción a la sección 3 de esta Parte).

Salud psíquica del padre que sustrajo al menor:

- Considerar si el problema psicológico que alega tener el padre que sustrajo al menor realmente le impide regresar con este último al Estado de residencia habitual, y la posibilidad de que continúe el tratamiento psicológico en el Estado de residencia habitual³⁶⁸.
- Considerar si la salud psíquica del padre sustractor sufriría deterioro si se restituye al menor y el efecto que ese deterioro podría tener sobre el menor³⁶⁹.

³⁶⁸ Tribunal de Familia de Australia (*Family Court of Australia*) en pleno, asunto *The Director-General, Department of Families, Youth and Community Care v. Rhonda May Bennett* [2000] Fam CA 253 [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 275] aceptó que el padre sustractor (la madre) sufría de un trastorno de adaptación crónico y que sus posibilidades de recuperación se verían reducidas si dejaba el Estado requerido y perdía el apoyo de su familia. Sin embargo, desestimó la conclusión del juez de primera instancia de que su problema psicológico le impedía regresar al Estado de residencia habitual.

³⁶⁹ Véase, p. ej., Tribunal Supremo del Reino Unido (*United Kingdom Supreme Court*), asunto *Re S (a Child)* [2012] UKSC 10. En algunos Estados, los tribunales se han mostrado más dispuestos a tener en cuenta la salud mental del padre sustractor si el problema que el padre alega tener y que le impide regresar fue diagnosticado antes del traslado o retención del menor. Véanse, p. ej., los comentarios de Warnick J. en el siguiente caso de Australia: *DOF & P* [2003] Fam CA691, [79] – [81].

- En algunas situaciones excepcionales, el deterioro extremo de la salud mental puede exponer al menor a un riesgo grave o algún otro tipo de situación intolerable. Por ejemplo, la tendencia suicida del padre³⁷⁰ o una psicosis inducida³⁷¹ puede ser suficiente para justificar la aplicación del artículo 13(1)(b). Puede requerirse determinar el tipo o la gravedad de la enfermedad depresiva alegada por el padre que sustrajo al menor (en relación con la restitución a la cual se opone) con la asistencia de un perito u otro tipo de pruebas médicas³⁷².

Situación familiar:

- Si el padre sustractor no puede o no quiere regresar, considerar la naturaleza de la relación que tienen el padre sustractor y el padre privado del menor con el niño (véase *supra* la introducción a la sección 3 de esta Parte).
- Considerar también si la separación de sus hermanos expondría al menor a un grave riesgo de daño o algún otro tipo de situación intolerable (véase *supra* la sección (2)(i)).

Protección del menor durante el procedimiento de restitución (véanse *supra* los puntos A y B).

Mediación (véase *supra* el punto C).

Evaluación de la información o las pruebas aportadas con respecto a la alegación de grave riesgo

Evitar retrasos indebidos en lo que respecta a solicitar, obtener y recibir más información o pruebas (véase *supra* el punto D).

Procedimientos de urgencia (véase *supra* el punto E).

Interpretación restrictiva del artículo 13(1)(b) (véase *supra* el punto F).

Informe pericial (véase *supra* el punto G). Considerar que puede hacer falta recurrir a prueba pericial para distinguir entre una depresión tratable o un trastorno psicológico más grave.

Consideración de medidas adecuadas y eficaces para proteger al menor tras la restitución

Existencia de medidas adecuadas y eficaces (véase *supra* el punto I).

Medidas reconocidas y susceptibles de ejecución (véase *supra* el punto J).

Recurrir a la RIJLH y a las comunicaciones judiciales directas y a la asistencia de las Autoridades Centrales u otras autoridades

RIJLH y comunicaciones judiciales directas (véase *supra* el punto L).

Autoridades Centrales y otras autoridades (véase *supra* el punto M).

³⁷⁰ Véase, p. ej., Tribunal de Familia de Australia (*Family Court of Australia*) en pleno, asunto *Director-General, Department of Families v. R.S.P.* [2003] FamCA 623 [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 544].

³⁷¹ Véase, p. ej., Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (Sala de Familia) (*High Court of England and Wales (Family Division)*), asunto *Re G (Abduction: Psychological Harm)* [1995] 1 FLR 64 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 24].

³⁷² Véase, p. ej., Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (Sala de Familia) (*High Court of England and Wales (Family Division)*), asunto *P v P (Minors)(Child Abduction)* [1992] 1 FLR 155 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 157]; y la decisión de primera instancia de la *Outer House of the Court of Session (Escocia)*, *D. v. D.* [2001] ScotCS 103 [Referencia en INCADAT: HC/E/UKs 350].

PARTE V: Afianzamiento de conocimientos e intercambio de experiencias y prácticas

1. Oportunidades de capacitación

302. Tener un conocimiento y entendimiento sólidos del Convenio, en especial del ámbito de aplicación del artículo 13(1)(b) y de la función que cumple en el marco normativo del Convenio, es condición necesaria para lograr una aplicación correcta del artículo 13(1)(b)³⁷³. Asimismo, en la práctica, las autoridades competentes deberían conocer la mecánica de una “restitución segura” de un menor —y del padre que lo acompaña, en su caso—, por ejemplo, por medio de herramientas como la Red Internacional de Jueces de La Haya (RIJLH), las comunicaciones judiciales directas, y el sistema de colaboración de las Autoridades Centrales.

303. A los efectos de la adquisición y el afianzamiento de esos conocimientos, se recomienda que los jueces y otras personas que intervengan en los procedimientos de restitución recurran a las fuentes de información pertinentes y a ayudas interpretativas³⁷⁴, y que participen en actividades a nivel nacional o internacional de capacitación o que faciliten el intercambio de conocimientos, experiencias y prácticas³⁷⁵.

304. Es útil que en dichas actividades de capacitación se incluya a otras actividades o personas que pueden intervenir en la resolución de estos casos. Lo que se pretende es afianzar el entendimiento y la colaboración entre todas las partes involucradas en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b), como Autoridades Centrales, autoridades de protección de la infancia, psicólogos u otros expertos, autoridades inmigratorias o de control de fronteras, autoridades policiales y judiciales, abogados y mediadores.

305. Las Autoridades Centrales, los institutos judiciales y los funcionarios de gobierno encargados de la implementación del Convenio deberían ser informados en lo concerniente a oportunidades de capacitación, así como los miembros nacionales designados para la RIJLH —que ofician de puntos de contacto e información sobre el Convenio de 1980 y otros Convenios de La Haya sobre infancia—. De solicitarse asistencia y haber recursos disponibles, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya puede prestar asistencia para formaciones sobre el Convenio de 1980 y otros Convenios de La Haya sobre infancia.

2. El valor de la “concentración de competencia”

306. Una buena práctica altamente eficaz para garantizar que se disponga de los conocimientos especializados necesarios aconseja adoptar medidas tendentes a “acumular” conocimientos y experiencias sobre la aplicación del Convenio en ciertos jueces de un Estado o territorio, por ejemplo, concentrando los procedimientos de restitución en un número limitado de tribunales (“concentración de competencia”) o adoptando medidas específicas en el poder judicial por las que se asignen los casos de sustracción internacional de menores a ciertos tribunales o jueces especializados en todas las instancias³⁷⁶. La asignación de los casos en los que se aplica el Convenio de 1980 a tribunales o jueces especializados contribuye a la adquisición de conocimientos y experiencia y a lograr una mejor tramitación de los casos, en especial en términos de velocidad y coherencia.

³⁷³ Véase *supra*, en la Parte I, las secciones 1 y 2, párr. 32 y sigs.

³⁷⁴ Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación (ob. cit. nota 7), capítulo 8, en el que se mencionan el Informe Explicativo, la jurisprudencia internacional, los informes de las reuniones de la Comisión Especial y la doctrina.

³⁷⁵ Véase, p. ej., la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación (ibíd.), Capítulos 2.2.6, 5.2 y 10.1. Véase también la Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución (ob. cit. nota 17), Capítulo 9.

³⁷⁶ Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación (ob. cit. nota 7), Capítulo 5. Véase también, p. ej., el *Boletín de los Jueces sobre Protección Internacional del Niño* (ob. cit. nota 221), volumen XX / verano-otoño de 2013, donde constan experiencias de jueces en lo atiente a la concentración de competencia en su Estado.

307. A continuación se indican buenas prácticas que pueden resultar útiles para que los jueces adquieran y afiancen sus conocimientos sobre la aplicación del artículo 13(1)(b):

- **Consultar, para una explicación de las disposiciones y los objetivos del Convenio de 1980, en especial del artículo 13(1)(b), por ejemplo, las siguientes fuentes:**
 - las *Actas y Documentos de la Catorceava Sesión (1980)*³⁷⁷, en particular, el Informe Explicativo³⁷⁸;
 - las Guías de Buenas Prácticas publicadas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado³⁷⁹ y otras guías de prácticas relativas a la aplicación del Convenio de 1980³⁸⁰;
 - *Boletín de los Jueces sobre Protección Internacional del Niño*³⁸¹;
 - manuales prácticos para jueces elaborados por las autoridades judiciales nacionales³⁸²;
 - la doctrina³⁸³.
- **Consultar jurisprudencia pertinente sobre la aplicación del Convenio de 1980 (p. ej., por medio de INCADAT u otras bases de datos)³⁸⁴, y en particular sobre la aplicación del artículo 13(1)(b), como por ejemplo jurisprudencia nacional, así como jurisprudencia e informes relevantes de otros Estados, tribunales u organismos internacionales y regionales (p. ej., jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al art. 8 del CEDH³⁸⁵, jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁸⁶, e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁸⁷).**
- **Alentar la organización de actividades (a nivel nacional e internacional) para impartir capacitaciones o para afianzar el intercambio de conocimientos, experiencias y prácticas que contengan una sesión específicamente dedicada a la aplicación del artículo 13(1)(b).**
- **Considerar colaborar con la Autoridad Central o solicitar su asistencia cuando se planean actividades de capacitación o para afianzar el intercambio de conocimientos, experiencias y prácticas³⁸⁸.**

³⁷⁷ Véase *supra* la nota 8.

³⁷⁸ Los *travaux préparatoires* de un tratado constituyen una ayuda importante en el proceso de interpretación; véase la Guía de Buenas Prácticas de Medidas de Aplicación (ob. cit. nota 7), capítulo 8.1, sobre el art. 32 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.

³⁷⁹ A la fecha, las siguientes Guías de Buenas Prácticas han sido publicadas: "Parte I: Práctica de las Autoridades Centrales", "Parte II: Medidas de Aplicación", "Parte III: Medidas Preventivas", "Parte IV: Ejecución", "Contacto Transfronterizo relativo a los Niños: Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas" y "Mediación". Todas las Guías se encuentran en el sitio web < www.hcch.net >, en la sección "Publicaciones".

³⁸⁰ P. ej., la Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis (ob. cit. nota 81).

³⁸¹ Véase *supra* la nota 221.

³⁸² P. ej., el *National Judicial Institute* de Canadá publicó un manual práctico para jueces en formato electrónico; véase la nota 119.

³⁸³ Véase la Guía de Buenas Prácticas de Medidas de Aplicación (ob. cit. nota 7), capítulo 8.4.

³⁸⁴ Véase la Guía de Buenas Prácticas de Medidas de Aplicación (ibíd.), capítulo 8.2.

³⁸⁵ Se encuentra jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sitio < <http://hudoc.echr.coe.int> >. INCADAT también contiene jurisprudencia relevante para el Convenio de 1980 (ob. cit. nota 6).

³⁸⁶ Se encuentra jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sitio < curia.europa.eu >. INCADAT también contiene jurisprudencia relevante para el Convenio de 1980 (ibíd.).

³⁸⁷ Se encuentran informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el sitio < www.oas.org >. INCADAT también contiene informes relevantes para el Convenio de 1980 (ibíd.).

³⁸⁸ Con respecto al rol de la Autoridad Central en lo relativo a formación y capacitación, véase la Guía de Buenas Prácticas de la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17), capítulo 6.2. Véase también la Guía de Buenas Prácticas de Medidas de Aplicación (ob. cit. nota 7), capítulo 10.1, donde se establece que "[s]e insta a las Autoridades Centrales y otros órganos implicados a que desarrollen programas de educación y formación para las personas encargadas de la aplicación del Convenio (jueces, abogados, agencias de localización, servicios sociales y otros interesados) que así mismo pueden contribuir a resolver las dificultades que surjan durante su aplicación práctica".

- Considerar, para estas actividades, la participación de autoridades y personas relevantes que puedan intervenir en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b), para mejorar el entendimiento de la aplicación de la excepción de grave riesgo y la colaboración entre todas las partes involucradas, como por ejemplo:
 - tribunales,
 - la Autoridad Central,
 - autoridades de protección de la infancia,
 - psicólogos y otros expertos,
 - autoridades migratorias y de control de fronteras,
 - autoridades policiales y judiciales,
 - abogados y mediadores.

- Considerar que estas actividades podrían servir para crear consciencia sobre cuestiones relacionadas a la violencia doméstica y a sus efectos en los niños, y para debatir acerca de la aplicación del Convenio de 1980 cuando se plantean estas cuestiones en los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b)³⁸⁹.

³⁸⁹ Véase el Informe de la Parte I de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 28), párr. 108.

ANEXOS

Anexo 1: Glosario

Caso en que se invoca el artículo 13(1)(b):

En esta Guía, la frase “caso en que se invoca el artículo 13(1)(b)” se utiliza para referirse a un caso de sustracción internacional de niños en el cual se solicita la restitución del menor de conformidad con lo dispuesto en el Convenio de 1980, y en el cual se invoca la excepción contemplada en el artículo 13(1)(b).

Compromisos:

Un compromiso es una promesa o garantía otorgada por una persona ante un tribunal, de hacer o no hacer, determinadas cosas. Los tribunales de algunos Estados aceptarán, o hasta exigirán, compromisos del padre privado del menor en relación con la restitución del niño. Un compromiso, formalmente asumido ante un tribunal en el Estado requerido en el contexto de un procedimiento de restitución puede tener, o no, fuerza ejecutiva en el Estado al cual se restituirá al menor¹. A menos que puedan ejecutarse los compromisos en el Estado al cual se restituirá al menor, se deberán utilizar con cautela, tanto en general como en particular, en relación con cuestiones fundamentales del bienestar y seguridad del menor (y del padre que lo acompaña, en su caso).

Comunicaciones judiciales directas:

El término comunicaciones judiciales directas hace referencia a las comunicaciones entre jueces en ejercicio, localizados en diferentes Estados o territorios, sobre un caso en concreto².

Concentración de competencia:

Los Estados que “concentran la competencia” le otorgan competencia a un número limitado de tribunales y órganos administrativos dentro de dicho Estado para tratar solicitudes de restitución presentadas de conformidad con lo dispuesto en el Convenio³.

Custodia / derechos de custodia:

A menos que se especifique otra cosa, en esta Guía se utilizan los términos “custodia” y “derechos de custodia” en sentido *amplio*, teniendo en cuenta los diferentes significados que pueden tener en el derecho nacional y en la jurisprudencia de los distintos Estados. En la presente Guía se adopta el concepto del artículo 5 del Convenio de 1980, en el cual se define a los “derechos de custodia” de manera de incluir a los derechos relativos al cuidado de la persona del menor y, en particular, el derecho de fijar su lugar de residencia. Asimismo, el artículo 3(b) del Convenio de 1996 se refiere a los “derechos de custodia” como aquellos relativos “al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual”. No obstante, cuando en la Guía se hace referencia a los “derechos de custodia en virtud del Convenio de 1980”, el término debe entenderse de acuerdo con el carácter autónomo del Convenio de 1980 y de su terminología⁴.

¹ La presente Guía utiliza la definición de “compromisos” usada en la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit., nota 17), véase el Glosario, p. 9.

² Véase Lineamientos emergentes sobre la RIJLH y los principios generales sobre comunicaciones judiciales (ob. cit. nota 128 de esta Guía), p. 12. Véase también el párr. 123 y sigs. de esta Guía.

³ Véase, p. ej., la Guía de Buenas Prácticas de Medidas de Aplicación (ob. cit. nota 7 de esta Guía), capítulo 5.1. Véase también *supra* el párr. 306 de esta Guía.

⁴ Sobre este tema, véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (ob. cit. nota 233 de esta Guía), capítulo 9.

Estado requerido:

El término "Estado requerido" hace referencia al Estado al que el menor ha sido trasladado o dónde el menor está siendo retenido. Es el Estado en el cual el proceso de restitución se lleva a cabo⁵.

Estado requirente:

El término "Estado requirente" hace referencia al Estado cuya Autoridad Central, o desde el cual una de las partes, presenta una solicitud para la restitución de un menor y, de ese modo, solicita la restitución de dicho menor según lo dispuesto con el Convenio de 1980 a ese Estado. Por lo general, es el Estado de residencia habitual del menor antes del traslado o retención de índole ilícita⁶.

Excepción de grave riesgo:

A los efectos de la presente Guía, el término "excepción de grave riesgo" hace referencia a la excepción establecida en el artículo 13(1)(b) del Convenio de 1980, que prevé tres aspectos de grave riesgo (la exposición del menor a daño físico, la exposición del menor a daño psicológico, o cualquier situación que ponga al menor en una situación intolerable), a menos que se especifique otra cosa⁷.

Maltrato infantil:

El término "maltrato infantil", según la definición utilizada en cada Estado o territorio, se refiere a modalidades de negligencia o maltrato físico o psicológico que sufre un menor, o abuso sexual, típicamente como resultado de acciones u omisiones de uno de sus padres u otro custodio. La presente definición general del término es utilizada en esta Guía, a menos que se indique otra cosa. Véase también la definición de "violencia doméstica y familiar".

Medidas de protección:

A los efectos de la presente Guía, el término "medidas de protección" deberá entenderse en un sentido amplio y hace referencia al abanico de medidas adoptadas por el tribunal ante el que tramita el proceso de restitución (a veces en colaboración con el tribunal u otras autoridades del Estado requirente) para lograr que el retorno del menor (y/o del padre sustractor) sea seguro y rápido. Por ende, el término comprende compromisos (véase más abajo), disposiciones, condiciones, órdenes espejo (véase más arriba), órdenes de puerto seguro (véase más abajo), como también la variedad de medidas de protección que pueden ejecutarse según lo dispuesto en el artículo 11 del Convenio de 1996.

Orden de retorno seguro (*safe harbour order*):

Una orden de retorno seguro es una orden dictada en el Estado requirente con el objetivo de resguardar el bienestar del menor a su regreso. Las autoridades del Estado requerido pueden solicitar su pronunciamiento como condición para la restitución del menor⁸.

Orden espejo (*mirror order*):

Las órdenes espejo son órdenes idénticas o similares dictadas por los tribunales del Estado requerido y del Estado requirente. Dichas órdenes son plenamente ejecutivas y efectivas en ambos Estados⁹.

Padre privado del menor:

El término "padre privado del menor" se refiere al padre que afirma que su hijo/a ha sido trasladado o retenido en otro Estado, en violación de sus derechos de custodia en virtud del Convenio de 1980. De acuerdo con el artículo 3 del Convenio de 1980, "el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos" cuando infrinjan el derecho de custodia ejercido efectivamente "atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención". En la mayoría de los

⁵ Véanse los artículos 11(2), 12(3), 13(1), 14, 17, 20 y 24 del Convenio. Véase *supra* el párr. 84 de esta Guía.

⁶ Véase el art. 9 ("Autoridad Central requirente") y el art. 11(2) del Convenio.

⁷ Véase *supra* el párr. 59 y sigs. de esta Guía.

⁸ Véase N. Lowe, M. Everall QC y M. Nicholls, (ob. cit. nota 252 de esta Guía), p. 347.

⁹ La presente Guía utiliza la definición de "órdenes espejo" de la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (ob. cit. nota 17 de esta Guía), véase el Glosario en la p. 9.

casos, uno de los padres es quien afirma que sus derechos de custodia han sido violados; en algunos casos, es una persona distinta de los padres (por ejemplo, abuelo/a, padrastro o madrastra o cualquier otra persona que sea miembro de la familia o no) o una institución que afirme que sus derechos de custodia han sido violados por el traslado o la retención ilícitos del menor. Para evitar largas descripciones a lo largo de la presente Guía, a menos que se indique otra cosa, el término “padre privado del menor” comprenderá a cualquier otra persona, institución u organismo cuyos derechos de custodia hayan sido violados por un traslado o retención de índole ilícita, presunto o establecido¹⁰.

Padre sustractor:

El padre que presuntamente trasladó ilícitamente al menor de su lugar de residencia habitual a otro Estado, o que retuvo al menor en otro Estado, es denominado en la presente Guía “padre sustractor”. Al igual que el término “padre privado del menor”, a menos que se indique otra cosa, el término “padre sustractor” puede hacer referencia a cualquier persona, institución u otro organismo que presuntamente trasladó o retuvo al menor ilícitamente¹¹.

Procedimiento de restitución:

El término “procedimiento de restitución” se refiere al procedimiento de restitución del menor o de los menores que tramita ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante al cual el menor fue trasladado o en el cual está siendo retenido¹².

Red Internacional de Jueces de La Haya:

La Red Internacional de Jueces de La Haya (RIJLH) es una red de jueces especializados en asuntos de familia establecida por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado para facilitar la comunicación y colaboración entre jueces a nivel internacional, y para asistir en la implementación efectiva del Convenio de 1980. Muchos Estados contratantes del Convenio de 1980 y varios Estados no contratantes han nombrado a uno o más jueces para formar parte de la RIJLH para establecer lazos entre jueces de distintos Estados, en particular, para facilitar las comunicaciones judiciales directas¹³.

Residencia habitual:

El término “residencia habitual” no es definido por el Convenio de 1980 y se considera una cuestión de hecho¹⁴. Se lo suele considerar como el lugar en el que el menor reside mayormente, sin considerar ausencias breves, y donde se encuentra el núcleo de las actividades y de su vida. En ocasiones, cuando es difícil determinar el Estado de residencia habitual del menor (por ejemplo, si el menor ha residido solamente un plazo relativamente corto en un lugar), los tribunales han establecido maneras para interpretar el concepto de residencia habitual al considerar, por ejemplo, la intención de las personas involucradas y, cada vez más, la integración del menor en el entorno social y familiar¹⁵.

Violencia doméstica y familiar:

El término “violencia doméstica” o “violencia familiar” puede, según la definición utilizada en cada Estado, cubrir un abanico de diferentes comportamientos abusivos en el marco de la familia, entre ellos el abuso físico, psicológico y económico. Pueden estar dirigidos hacia el menor (“abuso infantil”) o hacia la pareja (a veces denominado “abuso conyugal” o “violencia en una relación íntima de pareja”) o hacia otros miembros de la familia. A menos que se especifique otra cosa, en la presente Guía se utiliza el término “violencia doméstica” o “violencia familiar” con este sentido general. Puede realizarse una distinción entre violencia indirecta y

¹⁰ La presente Guía utiliza el criterio utilizado en la Guía de Buenas Prácticas de Mediación (ob. cit. nota 220 de esta Guía), p. 11.

¹¹ Véase *supra* el término “padre privado del menor” y la nota 11 de esta Guía.

¹² Véase el art. 12(1) y *supra* el párr. 84 de esta Guía.

¹³ Véase *supra* el párr. 125 de esta Guía sobre la RIJLH.

¹⁴ Véase el Informe Explicativo (ob. cit. nota 8 de esta Guía), párr. 10.

¹⁵ Véase, p. ej., en INCADAT (ob. cit. nota 6 de esta Guía), el análisis de la jurisprudencia para “residencia habitual” preparado por P.E. McEavey, Universidad de Dundee, Reino Unido. Para leer acerca del cambio reciente sobre la atención a la integración del menor, véase, p. ej., el fallo de la Corte Suprema del Reino Unido en el caso *In the Matter of A (Children)* [2013] UKSC 60. Véase también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre “residencia habitual”: la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) del 2 de abril de 2009, A., C-523/07, EU:C:2009:225; la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) del 22 de diciembre de 2010, *Barbara Mercredi contra Richard Chaffe*, C-523/07, EU:C:2010:829, y la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) del 9 de octubre de 2014, *C. contra M.*, C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268.

directa contra los menores. La indirecta se refiere a la violencia contra uno de los padres u otro miembro de la familia que pueda afectar al menor, de acuerdo con las circunstancias del caso, y, por ende, lo exponga a los efectos de la violencia doméstica¹⁶. La violencia directa es la que ocurre en el marco familiar y es dirigida hacia el menor. Generalmente, se este último tipo de violencia se denomina "abuso infantil"¹⁷. Los términos "violencia familiar" y "violencia doméstica" se utilizan de manera indistinta.

Violencia familiar:

Véase *supra* el término "violencia doméstica"¹⁸.

¹⁶ Véase, p. ej., la Sección 4AB de la Ley de Derecho de Familia de Australia de 1975 (*Australian Family Law Act 1975*) que establece que "a los efectos de la presente Ley, se entenderá que un menor es expuesto a violencia doméstica si el menor ve o escucha violencia doméstica o sufre sus efectos".

¹⁷ La presente Guía utiliza la definición de "violencia doméstica y abuso infantil" usada en la Guía de Buenas Prácticas de Mediación (ob. cit. nota 220 de esta Guía), véase el capítulo 10, párr. 261. Dicha definición es muy similar a la definición utilizada en el Doc. Prel. N° 9 de mayo 2011 (ob. cit. nota 28 de esta Guía), párr. 10.

¹⁸ Véase el Doc. Prel. N° 9 de mayo de 2011 (ibid.), párr. 10.

Anexo 2: Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial sobre el retorno seguro del menor y del padre que lo acompaña, cuando sea pertinente

1. Conclusiones y Recomendaciones de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (2011/12)¹

Facilitar el retorno seguro del niño y del padre que lo acompaña, cuando sea pertinente (Convenios de 1980 y 1996)

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

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

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

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

62. La Comisión Especial destaca el pedido del Consejo de Asuntos Generales y Políticas de la Conferencia de La Haya de 2011 de que el Grupo de Trabajo continúe trabajando en la implementación de estructuras de mediación y, en particular, con el apoyo de la Oficina Permanente, y a la luz de las discusiones de la Comisión Especial.

2. Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial (2006)²

Asegurar la restitución del menor sin peligro

1.1.12 La Comisión Especial reafirma la importancia de la Recomendación 1.13 de la Reunión de la Comisión Especial de 2001: *"Dentro de los límites fijados por los poderes de sus Autoridades Centrales y por los sistemas de protección jurídica y social en sus países, los Estados contratantes reconocen que las Autoridades Centrales tienen una obligación en virtud del artículo 7 h) de asegurarse de que los órganos de protección de la infancia estén alertados en determinados casos en los que la seguridad del menor se ponga en cuestión, de tal forma que puedan actuar para proteger el bienestar del menor en el momento de la restitución, hasta*

¹ Conclusiones y Recomendaciones de la Parte I y la Parte II de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción de Menores y el Convenio de 1996 sobre Protección de Niños y un Informe de la Parte II de la Reunión.

² Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial para examinar el funcionamiento práctico del *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y el funcionamiento práctico del *Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (30 de octubre a 9 de noviembre de 2006).

que se haya hecho valer la competencia del tribunal apropiado. Se reconoció que, en la mayoría de los casos, el interés superior del niño exige que los padres puedan participar en el procedimiento relativo a la custodia y ser escuchados. Así pues, las Autoridades Centrales deberían cooperar lo más estrechamente posible para proporcionar información sobre asistencia jurídica, financiera y social, así como sobre cualquier otro mecanismo de protección existente en el Estado requerido y facilitar el oportuno contacto con estos organismos en determinados casos. Las medidas que pueden tomarse en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 7 h) de tomar o hacer tomar las medidas necesarias para la protección del bienestar del niño pueden incluir, por ejemplo:

- a) alertar a los organismos de protección o a las autoridades judiciales competentes en el Estado requerido de la restitución de un menor que puede estar en peligro;*
- b) informar al Estado requerido, a petición de éste, de las medidas y medios de protección susceptibles de utilizarse en el Estado requirente para asegurar la restitución segura de un determinado menor;*
- c) fomentar la aplicación del artículo 21 del Convenio con la finalidad de garantizar un ejercicio efectivo del derecho de visita.*

Se reconoció que la protección del niño puede necesitar en algunos casos que se tomen medidas para proteger al padre acompañante."

La Comisión Especial afirma el importante papel que puede jugar la Autoridad Central requirente al proveer información a la Autoridad Central requerida sobre los servicios o facilidades disponibles para el menor restituido o para uno de sus padres en el país requirente. Ello no debe retrasar indebidamente los procedimientos.

PARTE VIII – ASEGURAR LA RESTITUCIÓN DEL MENOR SIN PELIGRO

El uso de medidas de protección

1.8.1 Los tribunales en numerosas jurisdicciones consideran el uso de órdenes con diversos nombres, e.g., estipulaciones, condiciones, compromisos, como instrumentos útiles para facilitar los acuerdos para la restitución del menor. Estas órdenes, limitadas en su alcance y duración, que abordan cuestiones de corto plazo y que mantienen sus efectos solamente hasta que los tribunales en el país al cual el menor es restituido adopten las medidas exigidas por la situación, están en conformidad con el espíritu del Convenio de 1980.

Ejecutabilidad de las medidas de protección

1.8.2 Cuando se consideran las medidas para proteger a un menor respecto del cual se ordena la restitución (y cuando resulte apropiado al padre o madre acompañante), un tribunal debería considerar la ejecutabilidad de esas medidas en el país al cual el menor debe ser restituido. En este contexto, se reconoce el valor de las órdenes de restitución segura (entre ellas, las órdenes "espejo") dictadas en ese país con antelación a la restitución del niño, así como las disposiciones del Convenio de 1996.

Posible Protocolo en relación a las medidas de protección

1.8.3 Se consideró positivamente la posibilidad de un Protocolo al Convenio de 1980 que estableciera un marco legal claro para la implementación de medidas de protección para asegurar la restitución del menor sin peligro (y cuando fuera necesario del padre o la madre acompañante). El valor potencial de un Protocolo fue reconocido pero no como una prioridad inmediata.

APÉNDICE

Consideraciones adicionales relativas a la restitución del menor sin peligro

Considerando que los intereses del menor son de importancia primordial para todas las cuestiones relativas a la custodia y para proteger a los menores de los efectos perjudiciales de los traslados o retenciones ilícitas, y para garantizar la restitución de menor sin peligro, resulta importante mejorar los procedimientos establecidos para estos propósitos;

La Comisión Especial considera que las disposiciones del *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* permiten que, cuando fuera apropiado en un caso particular, se tomen medidas para –

1. intentar a través de la mediación o conciliación la restitución voluntaria del menor o la solución amigable de los litigios, en forma que no se retrase la restitución del menor;
2. proveer la oportunidad para que el menor sea escuchado, salvo que ello resulte inapropiado teniendo en cuenta la edad o el grado de madurez del menor;
3. garantizar el ejercicio de los derechos de visita y de contacto, cuando fuere apropiado, durante los procedimientos relativos a la solicitud de restitución del menor;
4. permitir o requerir a las autoridades correspondientes que colaboren para garantizar el acceso a la información pertinente disponible en los Estados involucrados;
5. proteger al menor una vez restituido y preguntar en particular sobre las medidas que las autoridades competentes del Estado de la residencia habitual del menor, inmediatamente antes del traslado o la retención, pueden tomar para la protección del menor después de ser restituido;
6. informar a las autoridades competentes del Estado en el que el menor era residente habitual, inmediatamente antes del traslado o la retención, sobre los procedimientos de la solicitud de restitución y sobre cualquier decisión que se tome a este respecto en el Estado donde se encuentra el menor;
7. asistir en la implementación de medidas de protección, aprobadas por las autoridades en el Estado requirente, para proveer la protección del menor, y si fuera necesario, al padre o madre que trasladó o retuvo al menor, una vez que se produce la restitución;
8. en caso de ser requerido, informar a la Autoridad Central del Estado donde se ordenó la restitución sobre la decisión de fondo del derecho de custodia, dictada tras la restitución, en la medida que ello sea permitido por la ley del Estado donde se dictó dicha orden.

3. Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial (2001)³

Intercambio de información

1.8 Se recomienda que cada Autoridad Central publique, a ser posible en su sitio Internet o por otros medios, un cuadernillo o folleto (la elección del formato corresponde a la Autoridad central), con información relativa a las siguientes cuestiones:

[...]

- Información sobre las medidas aplicables para la protección de la restitución de un menor (y del padre acompañante, en su caso), y sobre las solicitudes de asistencia jurídica, o la aportación de asistencia jurídica para el padre acompañante en la restitución.

- En su caso, información sobre los jueces de enlace.

[...]

Asegurar la restitución sin peligro para el menor

1.13 Dentro de los límites fijados por los poderes de sus Autoridades centrales y por los sistemas de protección jurídica y social en sus países, los Estados contratantes reconocen que

³ Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial para examinar el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional (22 a 28 de marzo de 2001).

las Autoridades centrales tienen una obligación en virtud del artículo 7 h de asegurarse de que los órganos de protección de la infancia estén alertados en determinados casos en los que la seguridad del menor se ponga en cuestión, de tal forma que puedan actuar para proteger el bienestar del menor en el momento de la restitución, hasta que se haya hecho valer la competencia del tribunal apropiado.

Se reconoció que, en la mayoría de los casos, el interés superior del niño exige que los padres puedan participar en el procedimiento relativo a la custodia y ser escuchados. Así pues, las Autoridades Centrales deberían cooperar lo más estrechamente posible para proporcionar información sobre asistencia jurídica, financiera y social, así como sobre cualquier otro mecanismo de protección existente en el Estado requerido y facilitar el oportuno contacto con estos organismo en determinados casos.

Las medidas que pueden tomarse en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 7 h de tomar o hacer tomar las medidas necesarias para la protección del bienestar del niño pueden incluir, por ejemplo:

- a) alertar a los organismos de protección o a las autoridades judiciales competentes en el Estado requerido de la restitución de un menor que puede estar en peligro;
- b) informar al Estado requerido, a petición de éste, de las medidas y medios de protección susceptibles de utilizarse en el Estado requirente para asegurar la restitución segura de un determinado menor;
- c) fomentar la aplicación del artículo 21 del Convenio con la finalidad de garantizar un ejercicio efectivo del derecho de visita.

Se reconoció que la protección del niño puede necesitar en algunos casos que se tomen medidas para proteger al padre acompañante.

Cuestionario estándar para los nuevos Estados partes

2.3 El cuestionario aprobado es el siguiente:

...

VII Servicios sociales y servicios de protección del menor

Por favor, describan los servicios existentes de evaluación, cuidado y protección de los menores en su Estado en el contexto de la sustracción internacional de menores.

Por favor, indiquen los servicios disponibles para la protección (caso de ser necesario) de los menores cuya restitución se ha ordenado, así como de los servicios disponibles (incluyendo le consejo y la representación jurídica) para el padre que acompañe al menor en la restitución.

Órdenes de restitución segura

5.1 Los Estados contratantes deberían plantearse la introducción de procedimientos que permitan obtener, en la jurisdicción a la que el menor es retornado, cualquier medida provisionales de protección necesaria antes de la restitución del menor.

Anexo 3: Dinámica de la violencia doméstica, normas internacionales relativas a la violencia doméstica y la violencia contra menores

1. Introducción

1. Como se especificó en la presentación de la elaboración de la presente Guía (véanse *supra* los párrs. 11 y 12), luego de la adopción del Convenio de 1980, las investigaciones del campo de las ciencias sociales y las normas internacionales, así como las políticas y los regímenes jurídicos nacionales, han progresado en términos de lograr un mejor entendimiento de la naturaleza y la dinámica de la violencia doméstica y familiar, y en términos de los mecanismos para combatir estos fenómenos. En la Sexta Reunión de la Comisión Especial se señaló que “un gran número de países están abordando asuntos de violencia doméstica y familiar como una cuestión destacadamente prioritaria, por ejemplo, a través de la creación de conciencia y la capacitación”¹.

2. Actualmente tenemos más conocimientos de los efectos perjudiciales que la violencia conyugal o en las relaciones íntimas de pareja tiene en los niños. En la Sexta Reunión de la Comisión Especial se recomendó, en consonancia con las conclusiones de las investigaciones sociales modernas y normas internacionales actuales, que “[a]l momento de considerar la protección del niño en virtud de los Convenios de 1980 y 1996, se recomienda tener en cuenta el impacto que la violencia de un progenitor hacia el otro puede tener sobre el niño”².

3. Es importante señalar que se ha observado que la sustracción o el secuestro a manos de un padre puede responder a una variedad de patrones de comportamiento y en algunas circunstancias puede constituir un tipo de violencia doméstica (p. ej., cuando un padre traslada o retiene a un niño ilícitamente para continuar un patrón de abuso contra el padre privado del menor), o puede ser en respuesta a violencia doméstica (p. ej., en algunos casos, un padre puede “huir” de una situación de violencia doméstica con su hijo)³. Cada procedimiento de restitución que tramita ante una autoridad competente conforme a lo dispuesto en el Convenio de 1980 es único y deben evaluarse los hechos específicos de cada caso.

4. La presente Guía contiene este anexo informativo porque no hay mención explícita de la violencia doméstica en el texto del Convenio de 1980 ni en el Informe Explicativo⁴, si bien es una cuestión que se plantea con cierta frecuencia en relación al funcionamiento del Convenio, como se indicó durante la Sexta Reunión de la Comisión Especial (véase la sección 4 de la introducción a la presente Guía) y en varios estudios⁵.

¹ Informe de la Parte I de la Sexta Reunión de la Comisión Especial, párr. 35 (ob. cit. nota 28 de esta Guía).

² *Ibid.*, párr. 42.

³ Véase, p. ej., J. Zorza, *The UCCJEA: What Is It and How Does It Affect Battered Women in Child-Custody Disputes?* 37 *Fordham Urban Law Journal* 909 (2000), p. 909; S. Kreston, *Prosecuting Parental Kidnapping*, American Prosecutors Research Institute, Update – Vol. 11, No 4, 1998, p. 1; y G.L. Greif y R.L. Hegar, *When Parents Kidnap: The Families Behind the Headlines*, New York, The Free Press, 1993, pp. 37-42. Greif y Hegar presentan dos de cinco casos comunes de sustracción, “Caso 1: Sustracción a manos de un visitante violento” (26% de los casos de la muestra del estudio) y el “Caso 4: Sustracción a manos de una persona violenta que ejerce la custodia conjunta” (11% de la muestra del estudio) en relaciones marcadas por la violencia ejercida por el sustractor. J. Chiancone, *Parental Abduction: A Review of the Literature*, US Department of Justice, Office of Justice Programs, en la p. 5 se hace referencia a investigaciones en las que se concluyó que “aproximadamente en un cuarto de los casos [de sustracción] se plantearon alegaciones de violencia doméstica contra el sustractor, y, en otro cuarto, alegaciones contra el padre privado del menor”.

⁴ Véanse, sin embargo, los *travaux préparatoires* del Convenio de 1980, durante los cuales la delegación británica aclaró que “era necesario añadir la frase ‘o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable’ dado que muchas situaciones no quedan comprendidas en el concepto de ‘daño físico o psíquico’. Por ejemplo, si uno de los cónyuges es víctima de amenazas y violencia a manos del otro y se ve obligado a huir del hogar conyugal, se podría alegar que el menor no sufrió daño físico o psicológico, pero claramente estuvo expuesto a una situación intolerable”. Catorceava Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1980) (*Proceedings of the Fourteenth Session*), tomo III, *Sustracción de Menores (Child Abduction)*, p. 302.

⁵ Véase, por ejemplo, J.L. Edleson *et al.*, *Multiple Perspectives on battered mothers and their children fleeing to the United States for safety: A study of Hague Convention cases* (Final Report National Institute for Justice #2006-

5. Algunos funcionarios de Autoridades Centrales y trabajadores sociales que tratan cuestiones de sustracción internacional de menores han destacado anecdóticamente que puede que los padres sustractores estén planteando más alegaciones de violencia doméstica en los procedimientos de restitución como táctica dilatoria, en virtud de las excepciones limitadas que prevé el Convenio. Corresponde que la autoridad competente ante la que tramita el caso evalúe el mérito, la verosimilitud y la seriedad de las alegaciones que se planteen, en la medida necesaria según el ámbito de aplicación limitado de los procedimientos en que se invoca el artículo 13(1)(b), y teniendo en cuenta la necesidad de que el procedimiento tramite con celeridad.

6. Este Anexo presenta información básica para autoridades competentes y otros actores del sistema —en casos en los que se estima que la violencia doméstica es un factor— sobre la dinámica de la violencia doméstica (sección 2), y normas jurídicas relevantes a nivel internacional y regional (secciones 3 y 4), que también tratan en general sobre la protección del niño de distintos tipos de violencia en el ámbito familiar. Los ejemplos de normas internacionales pueden resultar de utilidad en el contexto de la implementación, por parte de los distintos Estados, de mecanismos para garantizar la protección de las víctimas de violencia doméstica y familiar, que pueden revestir gran importancia a los efectos de prevenir que las personas huyan de un Estado, y para brindar asistencia y protección en caso de retorno. También se presenta (en la sección 5) un ejemplo de una herramienta que se utiliza en algunos Estados para evaluar el riesgo (en relación al riesgo de daño físico o letal) en situaciones de violencia doméstica. Cabe señalar que, de manera general, este Anexo únicamente presenta un panorama de información de fuentes limitadas⁶.

7. Cuando se alega la existencia de violencia doméstica en un caso en que se invoca el artículo 13(1)(b), corresponde a las autoridades judiciales u otras autoridades competentes ante las que tramite el procedimiento de restitución realizar un examen apropiado y rápido de estas alegaciones, y si las alegaciones que se estimen comprobadas alcanzan el umbral requerido para constituir un grave riesgo para el menor⁷. Las herramientas de colaboración internacional que se presentan en esta Guía —por ejemplo, las relativas a la obtención de información o pruebas y a la evaluación de si se prevén medidas de protección eficaces cuando resultan necesarias, los mecanismos de cooperación de las Autoridades Centrales y la Red internacional de Jueces de La Haya (RIJLH), etc.— asistirán a las autoridades competentes a llegar a una resolución en base a los hechos de cada caso, de acuerdo al marco interpretativo del Convenio.

8. En la Sexta Reunión de la Comisión Especial, como se puso de resalto en la presente Guía, se destacó que las autoridades competentes deben tener en cuenta el alcance limitado de los procedimientos de restitución y de la excepción del artículo 13(1)(b):

“Cuando el artículo 13(1) *b*) del Convenio de 1980 es invocado con relación a situaciones de violencia doméstica o familiar, las alegaciones de violencia doméstica o familiar y los posibles riesgos para el niño deberían ser examinados de manera adecuada e inmediata, en la medida necesaria a los fines de esta excepción”.⁸

WG-BX0006), noviembre de 2010, disponible en: < https://gspp.berkeley.edu/assets/uploads/page/HagueDV_final_report.pdf > (visitado por última vez el 7 de junio de 2017), para el cual se realizaron entrevistas exhaustivas a “madres sustractoras”, abogados y “especialistas” y para el cual se analizaron 47 casos de alegaciones de violencia doméstica publicados en los Estados Unidos.

⁶ Cuando sea necesario, se recomienda que las autoridades competentes y otras partes que intervengan, cuando enfrenten alegaciones de violencia doméstica u otros tipos de abuso grave (como abuso sexual infantil), según corresponda, consulten recursos e información especializada nacional e internacional, por ejemplo recursos específicos que pueden estar disponibles de manera general o para un caso puntual en su Estado.

⁷ Informe de la Parte I de la Sexta Reunión de la Comisión Especial, párr. 13 (*ob. cit.* nota 28 de esta Guía): “La Comisión Especial destaca una vez más – (a) que al momento de ejercer sus funciones relativas a la aceptación de solicitudes, las Autoridades Centrales deberían respetar el hecho de que, por lo general, la evaluación de cuestiones de hecho y de derecho (p. ej., la residencia habitual, la existencia de derechos de custodia o acusaciones de violencia doméstica) debe estar a cargo del tribunal o de cualquier otra autoridad competente que decida respecto de la solicitud de restitución”.

⁸ *Ibid.*, párr. 36.

9. Como se puso de resalto en la Sexta Reunión de la Comisión Especial, los procedimientos en que se invoca el artículo 13(1)(b) tienen un ámbito de aplicación mucho más limitado que los procedimientos nacionales, y la atención debería centrarse en el examen del grave riesgo para el menor (véase, p. ej., en la Parte I, sección 2 de la presente Guía). La información general que se presenta a continuación resultará más relevante en los procedimientos nacionales por la custodia, o en procedimientos relacionados de cuestiones de derecho de familia u otras, y puede no ser relevante para los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b) cuando se plantea la existencia de violencia doméstica y familiar. Las autoridades competentes deben examinar cada caso en particular.

2. Dinámica de la violencia doméstica

a) Definición e investigaciones sobre la dinámica particular de la violencia doméstica

10. Según la definición que se siga, el término “violencia doméstica” puede comprender muchos aspectos distintos de abuso en el ámbito familiar. El abuso puede ser físico, psicológico, sexual o económico; puede estar dirigido a los menores (“abuso infantil”) o hacia la pareja (a veces denominado “abuso conyugal” o “violencia en las relaciones de pareja”) o hacia otros miembros de la familia⁹. A menos que se indique otra cosa, en este Guía el término “violencia doméstica”¹⁰ se utiliza en el sentido amplio descrito en este párrafo, y se utiliza de manera indistinta con el término “violencia familiar”.

11. Como se señaló anteriormente, la doctrina postula que la sustracción o el secuestro a manos de un padre puede ser tanto una respuesta a violencia doméstica (p. ej., en algunos casos un padre puede “huir” de una situación de violencia doméstica con un menor) como constituir un tipo de violencia doméstica por sí mismo (p. ej., cuando un padre traslada a un menor para continuar con un comportamiento de abuso dirigido al padre privado del menor)¹¹. Cada caso es distinto.

12. Asimismo, según investigaciones contemporáneas, “el nivel de violencia varía en gran medida de una familia a otra”, y algunos académicos han sugerido un método, basado en la literatura de las ciencias sociales, mediante el cual se podría establecer si la exposición de un menor a violencia familiar podría llegar al nivel de presentar un “riesgo grave” de daño al menor, según la excepción contemplada en el artículo 13(1)(b) del Convenio de 1980¹².

13. Chamberland y Bala han sugerido la siguiente lista no exhaustiva de factores que los jueces pueden considerar al “examinar la importancia —para un caso presentado en virtud del Convenio de La Haya— de constatar la existencia de violencia doméstica y de un riesgo grave para el menor”¹³:

- “naturaleza de la agresión:

⁹ Para un ejemplo de una iteración contemporánea de una definición tan amplia de violencia doméstica en derecho interno, que comprenda el abuso físico, sexual y psíquico con respecto a las personas que tengan una “relación doméstica”, véase la Ley de Violencia Doméstica de Nueva Zelanda N° 86 del año 1995 (versión vigente al 1 de marzo de 2017), ley general (disponible en el sitio < <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1995/0086/latest/DLM371926.html> > (consultado por última vez el 21 de abril de 2017)). El art. 3(b) del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (adoptado el 7 de abril de 2017) contiene una definición similar según la cual el término de “violencia doméstica” comprende “todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima”.

¹⁰ Cabe señalar que el término “violencia doméstica”, en algunos Estados y territorios, se usa para referirse predominantemente a la “violencia conyugal” o a la “violencia en la pareja”.

¹¹ Véase *supra* la nota 3 de esta Guía.

¹² Véase S. Shetty y J.L. Edleson, *Adult Domestic Violence in Cases of International Parental Child Abduction, Violence Against Women*, 11 (2005), pp. 115-138, at p. 128.

¹³ N. Bala y J. Chamberland, *Family Violence and Proving “Grave Risk” for Cases Under the Hague Convention Article 13(b)*, Proyecto de documento de información para el Grupo de Trabajo sobre una Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya sobre Sustracción de Menores, *Queen’s University Legal Research Paper No. 2017-091*, enero de 2015, disponible en < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2987207 > (consultado por última vez el 20 de junio de 2017), pp. 4-5.

- actos, frecuencia, lesiones;
 - modalidad: ¿intensificación de la violencia o hecho aislado? ¿violencia mutua o control coercitivo?
 - probabilidad de recurrencia;
- Efecto de la violencia en la víctima (p. ej., en las habilidades parentales del custodio principal);
 - Efecto de la violencia en los niños:
 - ¿Los niños presenciaron la violencia?
 - ¿También fueron víctimas?
 - ¿Hubo efectos en su salud y bienestar físico y psicológico por la violencia a la que estuvieron expuestos?
 - y sobre todo, ¿cómo se traduce esta situación en un “grave riesgo de daño” de ordenarse la restitución al Estado de residencia habitual?
 - ¿De qué recursos disponen la víctima y los niños en el Estado de residencia habitual (p. ej., establecimientos para visitas vigiladas)?
 - ¿En qué medida responde el agresor a las intervenciones terapéuticas, en el supuesto de que haya admitido responsabilidad y solicite asistencia?
 - ¿En qué medida cumple el agresor las resoluciones judiciales?
 - ¿Existen preocupaciones en lo concerniente a la salud mental del agresor o a su abuso de sustancias?”

14. La mayor parte de las investigaciones demuestran que, si bien cualquiera puede ser víctima de violencia doméstica o familiar, las mujeres constituyen la mayoría de las víctimas de violencia en la pareja y son quienes sufren los daños graves¹⁴. Se ha señalado que las mujeres, a causa de iniquidades socioeconómicas u otras modalidades de discriminación, pueden encontrarse en situaciones de victimización mucho más intensas y complejas dentro de sus familias (por ejemplo, cuando dependen social y económicamente de un cónyuge violento)¹⁵.

b) Control coercitivo, violencia y síndromes traumáticos postseparación

15. Las definiciones modernas de violencia doméstica¹⁶ sugieren que algunos tipos de violencia familiar puedan ser concebidos como un “patrón constante de comportamiento amedrentador en el que siempre está presente la amenaza de violencia física, que puede tener por objetivo general controlar a la pareja”¹⁷. El comportamiento controlador también puede ser gravemente abusivo sin contener una amenaza de violencia física grave. En este marco, la dinámica de violencia doméstica implica no solo eventos de violencia física, sino que se debe

¹⁴ Para un análisis de los debates estadísticos, véase S. Hamby, *The Gender Debate About Intimate Partner Violence: Solutions and Dead Ends, Psychological Trauma: Theory, Research, Practice, and Policy*, 2009, vol. 1, N° 1, 24-34. En el Preámbulo del *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* (supra nota 9 de este Anexo) se reconoce que “la violencia doméstica afecta a las mujeres de manera desproporcionada y que los hombres pueden ser también víctimas de violencia doméstica”.

¹⁵ La Organización Mundial de la Salud señala que la violencia ejercida contra la mujer “es tanto la consecuencia como la causa de la desigualdad de género”, y que los factores de riesgo de violencia doméstica en la vida de la mujer pueden comprender su nivel educativo, autonomía financiera, nivel de empoderamiento y apoyo social, y actitudes generales hacia el estatus de la mujer en la cultura y el ambiente social que la rodea. *Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer: primer informe sobre los resultados sobre prevalencia, consecuencias para la salud y estrategias de manejo*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud (OMS), 2005, p. viii y p. 8.

¹⁶ Nótese que en esta subsección se utiliza una definición de violencia doméstica que se relaciona principalmente con la “violencia en relaciones íntimas de pareja” o el “abuso conyugal”.

¹⁷ Véase M.A. Dutton y L.A. Goodman, *Coercion in intimate partner violence: Toward a new conceptualization*, *Sex Roles*, 52 (2005), pp. 743-756; y E. Stark, *Coercive control: The entrapment of women in personal life*, New York: Oxford University Press, 2007.

evaluar el contexto general de la relación en la que se utilizan estrategias de “control coercitivo”¹⁸.

16. Un juez destacó los desafíos que plantean estos comportamientos a los jueces que deben tratar cuestiones de violencia doméstica en procedimientos de restitución del Convenio de 1980:

“el desequilibrio de poder entre el agresor y la víctima plantea una dificultad. El juez debe tener en cuenta este desequilibrio cuando pregunta a la víctima si los compromisos que propone el solicitante para garantizar su seguridad le parecen satisfactorios. El juez debe tener en cuenta que posiblemente se ejerza intimidación sobre la víctima, en particular cuando no cuentan con un abogado que las represente”.¹⁹

17. Otros académicos han sugerido que la violencia doméstica es un “fenómeno diferenciado”, y que puede comprender, al igual que la “violencia controladora coercitiva”, lo que puede denominarse “violencia situacional en la pareja” o “violencia común en la pareja” y “violencia causada por la separación”; en estos dos últimos tipos de violencia las posibilidades de intensificación o recurrencia son menores²⁰. Sin embargo, si bien algunos expertos estiman que el uso de categorías es útil, otros sugieren que las clasificaciones rígidas de los tipos de violencia pueden resultar poco confiables y peligrosas, si se sostiene que ciertos tipos pueden plantear un riesgo grave y otros no. Es importante analizar con atención las alegaciones planteadas en cada caso y su nivel de credibilidad, así como las medidas de protección que se prevén en el Estado de residencia habitual, teniendo en cuenta el riesgo de daño alegado.

18. También se han identificado comportamientos según los cuales un cónyuge o pareja abusiva puede hacer uso de un procedimiento judicial para ejercer control o perjudicar a su pareja, iniciando o continuando, por ejemplo, un largo procedimiento judicial por la custodia del menor o derechos de visita²¹. Esta dinámica, que podría llamarse “de procedimientos intimidatorios” puede ser particularmente perjudicial para un cónyuge o una pareja (y también directa o indirectamente para el niño) si hubiera una diferencia significativa en los recursos económicos y legales de los que disponen los padres, o si el padre demandado carece de apoyo familiar o social²².

19. En literatura de las ciencias sociales se han identificado comportamientos de represalias por parte del cónyuge o la pareja violenta, que pueden manifestarse cuando la víctima toma una medida para salir de la relación violenta. Se ha señalado en investigaciones que inmediatamente después de salir de una situación de violencia (al solicitar el divorcio o abandonar el hogar familiar, por ejemplo), para la víctima, es el momento de mayor riesgo de sufrir lesiones graves o incluso morir a manos de su pareja violenta²³. En algunos casos la dinámica puede ser similar tras la partida o el regreso de un padre cuando este ha huido a otro país por razones de seguridad²⁴.

¹⁸ *Ibid.* Véase también el estudio de la OMS, *supra*, nota 15 de este Anexo, p. 9, para una presentación de los tipos de “comportamiento controlador” que pueden integrar un cuadro general de violencia en relaciones íntimas de pareja. En algunos Estados, el comportamiento controlador o coercitivo ha sido tipificado como delito, véase, p. ej., la sección 76 de la Ley sobre Delitos Graves de 2015 del Reino Unido (*United Kingdom Serious Crime Act 2015*).

¹⁹ Justice J. Chamberland, *Domestic Violence and International Child Abduction: Some Avenues of Reflection*, Boletín de los Jueces sobre Protección Internacional del Niño, vol. X, otoño 2005, p. 72, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, < www.hcch.net > , en la sección “Publicaciones”, luego “Boletín de los Jueces”. Véase también S.L. Miller y N.L. Smolter, “Paper Abuse”: *When All Else Fails, Batterers Use Procedural Stalking, Violence Against Women*, 17 (2011), pp. 637-650; y M. Przekop, *One More Battleground: Domestic Violence, Child Custody, and the Batterers’ Relentless Pursuit of their Victims Through the Courts*, *Seattle Journal for Social Justice*, 9 (2011), pp. 1053-1106.

²⁰ Véase Bala y Chamberland (ob. cit. nota 13 de este Anexo), pp. 2 y 3.

²¹ Véase Zorza (ob. cit. nota 3 de este Anexo), p. 920; y C. Bruch, *The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Cases*, *Family Law Quarterly*, 38 (2004), p. 541.

²² *Ibid.*, y véase también M. Freeman, *International Child Abduction: The Effects*, 2006, The Reunite Research Unit, Leicester, p. 39.

²³ Véanse las múltiples fuentes de investigación citadas en Bruch (ob. cit. nota 21 de este Anexo), pp. 541 y 542. Para más información sobre la violencia postseparación, véase también D.A. Brownridge, *Violence against women post-separation, Aggression and Violent Behavior*, 11 (2006), pp. 514-530; C. Humphreys y R.K. Thiara, *Neither justice nor protection: women’s experiences of post-separation violence*, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 25 (2003), pp. 195-214.

²⁴ *Ibid.* y véase también J.L. Edleson *et al.* (ob. cit. nota 5 de este Anexo), p. ix, para un resumen de las constataciones principales de que el comportamiento de parejas y cónyuges en los procedimientos de restitución

20. Por último, los efectos psicosociales de, por ejemplo, un trastorno de estrés postraumático (TEPT) sufrido por un padre víctima de abuso (o un niño) pueden comprometer la credibilidad o verosimilitud de las declaraciones que la persona abusada presta en calidad de demandado o testigo ante el tribunal, así como la existencia o inexistencia de elementos probatorios que permitan valorar las alegaciones de violencia doméstica presentadas (por ejemplo, las demoras para denunciar incidentes de violencia doméstica o la no presentación de denuncia ante la policía puede ser consecuencia de la falta de receptividad de los funcionarios de policía pertinentes, intimidación, falta de autonomía, “indefensión aprendida” a causa del abuso, o una cultura de ocultamiento de la violencia doméstica)²⁵.

3. Efectos de la violencia doméstica en los niños

a) Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)

21. La *Convención sobre los Derechos del Niño* de Naciones Unidas, Nueva York, 20 de noviembre de 1989 (la “CDN”)²⁶, contiene disposiciones claras que obligan a los Estados a luchar contra “los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero” (art. 11), a prevenir la sustracción de niños “en cualquier forma” (art. 35), y que afirman el derecho del niño, “salvo en circunstancias excepcionales”, a mantener “relaciones personales y contactos directos con ambos padres” cuando los padres residen en Estados diferentes (art. 10(2)).

22. El artículo 19(1) de la CDN también establece que los Estados Partes “adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual [...]”. En la Observación General N° 13 del Comité de los Derechos del Niño se aclara que la “violencia mental” puede consistir en “exponerlo a la violencia doméstica”²⁷.

b) Relaciones entre la violencia doméstica y el maltrato infantil

23. En investigaciones se mencionan varias correlaciones estadísticas que vinculan a los comportamientos violentos o de daño contra un padre con comportamientos violentos o de daño contra niños expuestos a violencia doméstica entre adultos.

24. Varios estudios han encontrado una correlación de entre 30 y 60% entre la violencia conyugal y contra los niños²⁸. Esto significa que los niños que tienen una familia en la que hay

conforme al Convenio de La Haya es coherente con el de la literatura de las ciencias sociales en lo concerniente a la violencia postseparación.

²⁵ Véase J.G. Long, *Introducing Expert Testimony to Explain Victim Behavior in Sexual and Domestic Violence Prosecutions*, National District Attorneys Association, American Prosecutors Research Institute, August 2007; M.L. Schuster, *Victim Advocacy in the courtroom: persuasive practices in domestic violence and child protection cases*, Boston, Northeastern University Press, 2011; y K.L. Scheppelle, *Just the Facts, Ma'am: Sexualized Violence, Evidentiary Habits, and the Revision of Truth*, *New York Law School Law Review*, 37 (1992), pp. 123-172. Véase además J.L. Edleson *et al.*, *ibid.*, en donde se presentan los desafíos de que informan los demandados en procedimientos de restitución conforme al Convenio de La Haya con respecto a solicitar ayuda u obtener medios probatorios en el Estado requirente. En un discurso reciente, el Director del Ministerio Fiscal del Reino Unido (Inglaterra y Gales) (*Director of Public Prosecutions*) señaló que las estadísticas indican que “las mujeres sufren, en promedio, 35 incidentes de violencia doméstica antes de denunciar un incidente ante la policía” (K. Starmer QC, *Domestic Violence: the facts, the issues, the future*, disponible en < http://www.cps.gov.uk/news/articles/domestic_violence_-_the_facts_the_issues_the_future/ > (sitio consultado por última vez el 21 de abril de 2017)).

²⁶ La CDN tiene 196 Estados Partes (consultado por última vez el 21 de abril de 2017 en el sitio < http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en >).

²⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 13 (2011), artículo 19: Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, p. 9.

²⁸ Véase, por ejemplo, M. Hester y L. Radford, *Domestic Violence and Child Contact in England and Denmark*, Polity Press, 1996; A.E. Appel y G.W. Holden, *The Co-Occurrence of Spouse and Physical Child Abuse: A Review*

incidentes de violencia doméstica entre los adultos corren un riesgo mayor de resultar expuestos a daño físico. Varios estudios han indicado que el homicidio en la pareja y el homicidio de niños están vinculados de manera tal que “en aproximadamente un cuarto de los casos en que el hombre agresor mata a la mujer con quien tiene una relación de pareja, también mata a sus niños”²⁹.

c) Daño en niños expuestos a violencia doméstica

25. En un estudio de 2005 de la Organización Mundial de la Salud sobre violencia doméstica en 10 países³⁰, se señala que “[I]a violencia ejercida contra la mujer tiene unas repercusiones mucho mayores que el daño inmediato causado [...] Tiene consecuencias devastadoras para las mujeres que la experimentan, y un efecto traumático para los que la presencian, en particular los niños”³¹.

26. Varias investigaciones de las ciencias sociales respaldan estas observaciones, y precisan que hay correlaciones entre la exposición del niño a la violencia doméstica, ya sea directa o indirecta, y problemas durante la infancia del niño o que posteriormente se manifiestan en su vida adulta³². Estos problemas pueden consistir en una mayor proporción de comportamientos “agresivos y antisociales” y “temerosos e inhibidos”, en “habilidades sociales deficientes”, y tasas de “ansiedad, depresión, síntomas de traumatismos y problemas de temperamento”³³ más altas que el promedio. También se ha constatado que el nivel de daño en el niño en situaciones particulares de violencia familiar varía según la presencia o ausencia de otros factores como el abuso de sustancias por parte de uno de los padres, la presencia de una persona que lo proteja o la presencia de otros factores de protección³⁴.

27. Las leyes nacionales modernas contienen disposiciones que reconocen directamente el daño causado a los niños por exposición a violencia familiar. Por ejemplo, el derecho inglés reconoce que si un niño presencia o escucha violencia doméstica es una cuestión de protección de niños, y el significado de daño a un menor ha sido modificado en la Ley de Adopción y Niños de 2002 (*Adoption and Children Act 2002*) de manera de comprender “deficiencias sufridas por ver o escuchar los malos tratos ocasionados a otra persona”.³⁵ La Ley sobre Violencia Doméstica de Nueva Zelanda de 1995 (*New Zealand Domestic Violence Act 1995*) contiene, en la definición de abuso psicológico de un niño, el acto de ocasionar o permitir que un niño presencie hechos

and Appraisal, Journal of Family Psychology, 12 (1998), pp. 578-599; J.L. Edleson, *The Overlap Between Child Maltreatment and Woman Battering*, Violence Against Women, 5 (1999), pp. 134-154.

²⁹ Véase J. Zorza (ob. cit. nota 3 de este Anexo), p. 930, donde se cita a N. Websdale, *Understanding Domestic Homicide*, Northeastern University Press, 1999, pp. 179-180. Zorza señala que Websdale constató que “en el 52,6% de los casos de homicidio infantil en los que ambos padres se encargaban de los niños, la mujer fue golpeada antes de que el niño fuera asesinado... y que, en general, los niños representan el 26% de los homicidios domésticos”.

³⁰ *Supra* nota 15 de este Anexo. Los países analizados en el estudio son los siguientes: Bangladés, Brasil, Etiopía, Japón, Namibia, Perú, la República Unida de Tanzania, Samoa, Serbia y Montenegro, Tailandia

³¹ *Ibid.*, en la p. vii.

³² Véase T. Lindhorst y J.L. Edleson, *Battered Women, Their Children, and International Law*, Boston, Northeastern University Press, 2012; G.L. Carpenter and A.M. Stacks, *Developmental effects of exposure to Intimate Partner Violence in early childhood: A review of the literature*, Children and Youth Services Review, 31 (2009), pp. 831-839; S.E. Evans, C. Davies y D. DiLillo, *Exposure to domestic violence: A meta-analysis of child and adolescent outcomes*, Aggression and Violent Behavior, 13 (2008), pp. 131-140; D.A. Wolfe *et al.*, *The Effects of Children's Exposure to Domestic Violence: A Meta-Analysis and Critique*, Clinical Child and Family Psychology Review, 6 (2003), pp. 171-187; J.L. Edleson, *Children's Witnessing of Adult Domestic Violence*, Journal of Interpersonal Violence, 14 (1999), pp. 839-870; J.W. Fantuzo y W.K. Mohr, *Prevalence and Effects of Child Exposure to Domestic Violence*, The Future of Children, 9 (1999), pp. 21-32; G. Margolin, *Effects of Witnessing Violence on Children*, in P.K. Trickett y C.J. Schellenbach (Eds.), *Violence Against Children in the Family and the Community*, American Psychological Association, Washington, DC, 1998, pp. 57-101; y S. Shetty y J.L. Edleson (ob. cit. nota 12 de este Anexo), p. 126 (en donde se cita, entre otros, a S. Sutton, *Effects of Interparental Violence on the Psychological Adjustment and Competencies of Young Children*, Journal of Consulting and Clinical Psychology, 59 (1991), pp. 258-265; H.M. Hughes, *Psychological and Behavioral Correlates of Family Violence in Child Witness and Victims*, American Journal of Orthopsychiatry, 58 (1988), pp. 77-90).

³³ S. Shetty y J.L. Edleson, *ibid.*

³⁴ *Ibid.*, p. 128.

³⁵ Ley sobre Niñez de 1989 (*Children Act 1989*), ss 31(9). Véase también Sir Nicholas Wall, President Family Division, *Keynote address by the President for the National Resolution Domestic Abuse Conference: "Seeking safety – the whole picture"*, 15 de octubre de 2010, párr. 3.

de violencia doméstica, o poner al niño “verdaderamente en riesgo de ver o escuchar una situación de violencia”³⁶.

4. Violencia doméstica y familiar: marco jurídico nacional e internacional

28. Recientemente, ha habido una fuerte actividad legislativa y jurisprudencial a nivel nacional para combatir la violencia doméstica de manera más eficaz y apropiada³⁷. Varios Estados han previsto, en su legislación sobre asilo o refugiados, un posible motivo para conceder asilo en casos de persecución por razones de género que puede comprender instancias de violencia doméstica o familiar³⁸. Un informe de 2010 del Secretario General de las Naciones Unidas también enumera una variedad de avances en las legislaciones nacionales en todo el mundo, como parte de la campaña especial del Secretario General para poner fin a la violencia contra las mujeres³⁹.

29. Si bien explorar la variedad de avances a nivel nacional escapa el propósito del presente Anexo (por más de que estos avances pueden influir en el la tramitación de los procedimientos judiciales regulados por el Convenio), puede resultar importante destacar algunas obligaciones internacionales clave que incumben a los Estados en virtud de tratados u otras normas, en lo atinente a cuestiones de violencia doméstica o familiar. Más arriba figuran obligaciones importantes previstas en la CDN (véase la sección 3(a)) y otras obligaciones son tratadas más abajo⁴⁰.

a) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas

30. La *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de las Naciones Unidas (en adelante “CEDAW”, por su sigla en inglés) tiene, a la fecha, 189

³⁶ *Supra*, nota 9 de este Anexo. Parte 1, la sección 3(3)(a) y 3(3)(b) de la Ley establece que el abuso psicológico de un niño se produce cuando una persona: “a) hace o permite que el niño vea o escuche el abuso físico, sexual o psicológico ocasionado a una persona con la que el niño tiene una relación doméstica; o b) pone al niño o permite ponerlo en un verdadero riesgo de ver o escuchar que se produce ese abuso”.

³⁷ Por ejemplo, un juez del Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (Presidente de la Sala de Familia) comentó que, recién en un caso del Tribunal de Apelaciones del año 2000, los jueces verdaderamente tomaron a la violencia doméstica como el mal que efectivamente es. Wall (ob. Cit. nota 35 de este Anexo), párr. 2, en referencia al asunto *In re L (A Child) (Contact: Domestic Violence); In re V, M and H* [2001] Fam 2006. España ha creado un sistema de competencia especializada para conocer de asuntos que versan sobre una variedad de cuestiones (entre ellas, la custodia del menor), cuando se suscitan cuestiones de violencia doméstica (*Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*). Sin embargo, la ley no prevé tribunales con competencia especializada para conocer en los casos regulados por el Convenio de 1980.

³⁸ Estos Estados son, entre otros, Canadá, Australia, el Reino Unido y los Estados Unidos de América. Véase L. Mendel-Hirsa, *Recent Landmark Victories in an On-Going Struggle for U.S. Immigration Law to Recognize and Fully Protect Women’s Human Rights*, 19 de noviembre de 2010 (Empire Justice Center). Véase también el trabajo del Consejo de Europa en esta materia, en especial su nuevo Convenio, Capítulo VII (*supra*, nota 9 de este Anexo).

³⁹ Véase “Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer”, Informe del Secretario General (A/65/208, de 2 de agosto de 2010). Los párrs. 9-10 y 12-14 presentan particularidades de cada Estado.

⁴⁰ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, hecho en Viena el 23 de mayo de 1969, art. 31(3)(c). Los tratados deben interpretarse teniendo en cuenta “[t]oda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Los regímenes jurídicos y las obligaciones establecidas en estos instrumentos regionales e internacionales también pueden resultar útiles para los legisladores en materia de sustracción internacional de niños que pretenden utilizar medidas preventivas para brindar apoyo y proteger a los padres que enfrentan situaciones de violencia doméstica en el Estado requerido o requirente en el contexto de procedimientos de restitución en virtud del Convenio y en relación a cuestiones relativas a la “restitución segura”. Véase, p. ej., *My child ... our child! Prevention Guide International Abduction*, Child Focus, Bélgica, junio de 2010, p. 42, en el que se señala que “la violencia prolongada en la pareja puede llevar a la sustracción internacional de un niño”. Disponible en:

< http://www.childhealthresearch.eu/research/add-knowledge/prevention-of-international-child-abduction/at_download/file > (consultado por última vez el 21 de abril de 2017).

Estados Partes⁴¹. El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su Recomendación General N° 12, Octavo período de sesiones, 1989⁴², establece que los artículos 2, 5, 11, 12 y 16 de la Convención “obligan a los Estados Partes a proteger a la mujer contra cualquier tipo de violencia que se produzca en la familia, en el trabajo o en cualquier otro ámbito de la vida social”.

31. El Comité, en la Recomendación General N° 19⁴³, aclara que “de conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre”, sino que los Estados Partes deben “adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas”⁴⁴. El Comité establece que “también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas”⁴⁵. La Recomendación General N° 19 establece específicamente con respecto a la violencia en la familia que es “una de las formas más insidiosas de violencia contra la mujer [que] existe en todas las sociedades” y que “[l]a falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas”⁴⁶.

32. Las recomendaciones concretas de la Recomendación General N° 19 a los Estados Partes en la CEDAW consisten en tomar medidas tales como: capacitar a los funcionarios judiciales y agentes del orden público sobre cuestiones relacionadas con el género; establecer servicios destinados a las víctimas de violencia en el hogar, violaciones, violencia sexual y otras formas de violencia contra la mujer, entre ellos refugios, el empleo de trabajadores sanitarios especialmente capacitados, rehabilitación y asesoramiento; prever sanciones penales en los casos necesarios y recursos civiles en caso de violencia en el hogar; proveer servicios para garantizar la seguridad de las víctimas de violencia en la familia; programas de rehabilitación para las personas que hayan cometido actos de violencia en el hogar; y prever medidas preventivas, entre ellas programas de información y educación para modificar las actitudes relativas al rol y la condición del hombre y de la mujer.

b) Resoluciones recientes de la Asamblea General de las Naciones Unidas y otras actividades de las Naciones Unidas en materia de eliminación de la violencia contra la mujer

33. Ha habido un número considerable de Declaraciones⁴⁷ de la Asamblea General de las Naciones Unidas (entre ellas una Declaración que trata exclusivamente sobre la violencia doméstica⁴⁸), y otras actividades de las Naciones Unidas para eliminar la violencia contra la mujer a nivel mundial, entre ellas una campaña del Secretario General, “ÚNETE para Poner Fin a la Violencia contra las Mujeres”⁴⁹, varios informes del Secretario General dirigidos a la Asamblea General sobre este tema⁵⁰, y una Base de Datos Mundial sobre Violencia contra la Mujer “sobre el alcance, la naturaleza y las consecuencias de todas las formas de violencia contra la mujer, y el impacto y la eficacia de las políticas y los programas, entre ellos buenas prácticas, para combatir esta violencia”⁵¹.

⁴¹ Disponible en el sitio: < http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en > (consultado por última vez el 21 de abril de 2017).

⁴² Disponible en < <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/index.html> > (consultado por última vez el 21 de abril de 2017).

⁴³ 11° período de sesiones, 1992; disponible en *ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*, Recomendación General N° 19, párr. 9.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ *Ibíd.*, párr. 23.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, *Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer* (A/RES/63/155, de 18 de diciembre de 2008).

⁴⁸ *Eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar* (A/RES/58/147, de 22 de diciembre de 2003).

⁴⁹ Véase < <http://www.un.org/en/women/endviolence/> > (consultado el 21 de abril de 2011).

⁵⁰ Por ejemplo, véase *Asamblea General. Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer: Informe del Secretario General, 2006. A/61/122/Add.1*. 6 de julio de 2006. Asimismo, para un informe más reciente del Secretario General, véase *supra* nota 39 de este Anexo.

⁵¹ Véase < <http://evaw-global-database.unwomen.org/en> > (consultado el 21 de abril de 2017), para acceder a la Base de Datos Mundial sobre Violencia contra la Mujer.

c) Normas regionales: Convención latinoamericana y Consejo de Europa

34. La *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (la “Convención de Belém do Pará”) de 1994, elaborada bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos, trata la violencia contra las mujeres y ha sido ratificada por 32 Estados⁵². Su ámbito de aplicación comprende el ámbito privado (art. 1) y la violencia “física, sexual y psicológica” (art. 2) en “la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal” (art. 2(a)). La Convención afirma que toda mujer tiene el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos” (art. 4(g)).

35. El *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* fue abierto a la firma el 11 de mayo de 2011. Sus objetivos comprenden “proteger a las mujeres contra toda forma de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica” (art. 1(a)) y “promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica” (art. 1(d)). Establece, entre otras cosas, obligaciones para los Estados de actuar con la diligencia debida “para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia [...] cometidos por actores no estatales” (art. 5(2)), medidas que deben adoptar las Partes en cuando a “Políticas integradas y recogida de datos” (Capítulo II), “Prevención” (Capítulo III), “Protección y apoyo” (Capítulo IV), disposiciones de derecho material sobre una variedad de cuestiones (Capítulo V), “Investigación, procedimientos, derecho procesal y medidas de protección” (Capítulo VI), “Migración y asilo” (Capítulo VII), “Cooperación internacional” (Capítulo VIII), y mecanismos de seguimiento para velar por una aplicación eficaz del Convenio (Capítulo IX).

5. Herramientas para evaluar el riesgo y los daños

36. Se presenta a continuación un ejemplo de una herramienta para calcular el riesgo de violencia doméstica que se utiliza en algunos Estados en el marco de ciertos procedimientos internos para valorar el riesgo de que se produzcan lesiones graves o letales en casos en que se ha constatado la existencia de violencia doméstica. El ejemplo que figura a continuación está dirigido a las autoridades competentes y otros actores del sistema **a título exclusivamente informativo**. Esta herramienta no fue concebida para ser aplicada directamente en el marco de los procedimientos de restitución en que se invoca el artículo 13(1)(b), que tienen un ámbito de aplicación mucho más restringido que los procedimientos internos (véase, entre otras, la sección 2 de la Parte I de la presente Guía) y, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio, se centran más en el grave riesgo más general que puede pesar sobre el menor, que puede derivar de una variedad de factores. El grave riesgo del artículo 13(1)(b) puede ser causado por distintos tipos de “daño físico o psíquico” o de cualquier otra manera que plantee una “situación intolerable”, es decir, no únicamente en casos en que puede existir un riesgo de lesión grave o de letalidad en situaciones de violencia doméstica.

37. Este tipo de herramientas no deberían reemplazar a las consultas personalizadas a expertos, si la situación las justifica, ni el uso de recursos especializados en el Estado en cuestión, ni tampoco pretenden reemplazar la opinión de un perito, cuando se estima necesaria en un caso concreto. No obstante, tener consciencia de la existencia de estas herramientas y de las investigaciones en que se basan puede servir a las autoridades competentes y a otros actores en la resolución de casos en que se ha constatado la presencia de violencia doméstica⁵³.

⁵² Disponible en < <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html> > (consultado el 21 de abril de 2017).

⁵³ Véase, p. ej., el caso de restitución que derivó en la trágica muerte de una madre que se encargaba del cuidado principal de sus hijos, Cassandra Hasanovich. El Tribunal de Familia de Australia (*Family Court of Australia*), en la decisión *Department of Community Services v. Hadzic* [2007] FamCA 1703, ordenó la restitución de los niños a Inglaterra, desestimando la excepción de grave riesgo opuesta en base a la violencia del padre hacia la madre. La madre había huido con sus dos hijos menores a Australia luego de años de abuso doméstico, una medida de protección contra agresiones (*non-molestation order*) que fue incumplida más de una vez, y una agresión sexual a manos del padre de los niños, luego de la disolución del matrimonio. Para hacer valer la excepción contemplada

Cabe destacar además, sin embargo, que como se indica en el ejemplo que figura a continuación, la ausencia de ciertos factores específicos no prueba la ausencia de riesgo de daño grave o letalidad. Las autoridades competentes con experiencia señalan que en algunas situaciones, el nivel de riesgo puede ir de bajo a alto rápidamente, y que puede resultar difícil determinar o predecir la volatilidad en una relación de pareja⁵⁴.

38. El siguiente ejemplo fue extraído de una guía para jueces y enumera una serie de factores que pueden ayudar a determinar el riesgo de daño grave o de letalidad⁵⁵.

Guía para jueces sobre la valoración del riesgo de violencia doméstica

Guía basada en investigaciones, dirigida a los jueces de Minnesota en todas las instancias de los procedimientos de derecho de familia, órdenes de protección, procedimientos civiles o penales, en que se alegue la existencia de violencia doméstica

Aclaración: La concurrencia de estos factores puede indicar un riesgo elevado de lesiones graves o de letalidad. La falta de concurrencia de estos factores, sin embargo, no constituye prueba de la inexistencia de riesgo o letalidad.

1. ¿El supuesto agresor tiene acceso a un arma de fuego o hay un arma de fuego en la casa?
2. ¿Alguna vez ha usado o amenazado con usar un arma contra la víctima?
3. ¿Alguna vez ha intentado estrangular o ahogar a la víctima?
4. ¿Alguna vez ha amenazado o intentado matar a la víctima?
5. ¿La frecuencia o gravedad de la violencia física ha aumentado en el último año?
6. ¿El supuesto agresor ha forzado a la víctima a tener relaciones sexuales?
7. ¿Ha intentado controlar la mayor parte o todas las actividades diarias de la víctima?
8. ¿Se muestra celoso o violento constantemente?
9. ¿Alguna vez amenazó o intentó suicidarse?
10. ¿La víctima cree que esta persona la agredirá nuevamente o intentará asesinarla? *Una respuesta negativa no implica un nivel de riesgo bajo, pero una respuesta afirmativa es muy significativa.*
11. ¿Hay procedimientos civiles o penales o relativos a medidas de protección pendientes, o que se hayan resuelto previamente, en los que esté implicado el supuesto agresor?

en el artículo 13(1)(b), la madre denunció múltiples instancias de agresión física y varias amenazas de muerte proferidas por el padre. El tribunal reconoció la violencia del padre, pero señaló que la madre podía tomar varias medidas de protección tras su regreso y que podía recurrir a los tribunales y autoridades del Reino Unido para que asistan a su protección y la de sus hijos. El tribunal también impuso compromisos y condiciones, entre ellos, prohibió al padre acercarse o contactar a la madre. Tras el regreso de los niños y la madre, el padre violó estos compromisos y la medida de protección contra agresiones, lo cual motivó la intervención de la policía y la instalación de una alarma de pánico en la casa de la madre. En julio de 2008 el padre fue condenado por la agresión sexual y corría el riesgo de ser expulsado del territorio. El 29 de julio de 2008, la madre solicitó que un policía la acompañara a un refugio de mujeres, lo cual le fue denegado, y cuando iba en camino al refugio, el padre la atacó en su auto y la asesinó a puñaladas frente de sus dos hijos.

⁵⁴ Véanse, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Superior de Quebec (*Superior Court of Quebec*) (Canadá), asuntos *P.P. v. V.V.* (16 de abril de 2010) QCCS 1573, *Vera Vucerakovich v. Pedrag Perisic* (8 de julio de 2010), y *Vera Vucerakovich v. Pedrag Perisic* (26 de octubre de 2010). En el procedimiento de restitución, el tribunal señaló que la relación tenía dificultades, que tenían discusiones y peleas, pero estimó que ambas partes iniciaban las confrontaciones. El tribunal ordenó la restitución de los dos hijos al padre, imponiendo compromisos, y añadió que debía constar en el expediente que el padre de los niños era buen padre y que no había pruebas de violencia o de abuso hacia los niños. Sin embargo, tras la restitución de los niños a los Estados Unidos, el padre no cumplió los compromisos impuestos, y luego del comienzo del procedimiento de divorcio y de que se atribuyera la custodia provisional de los niños a la madre, la situación se agravó. En lugar de restituir a los niños, el padre desapareció con ellos, y cuando un miembro de las fuerzas de seguridad intentó retirarle a los niños, el padre disparó y mató a su hijo de diez años e hirió gravemente a su hija de doce.

⁵⁵ Estos factores para valorar el riesgo han sido validados en varios estudios. Véase J. Campbell *et al.*, *Intimate Partner Violence Risk Assessment Validation Study: The RAVE Study Practitioner Summary and Recommendations: Validation of Tools for Assessing Risk from Violent Intimate Partners*, National Institute of Justice (diciembre de 2005); Heckert y Gondolf, *Battered Women's Perceptions of Risk Versus Risk Factors and*

39. Existen varios tipos de herramientas para medir el riesgo que pueden ser consultadas y utilizadas por varias partes, a saber, jueces, fiscales, organizaciones de apoyo para las víctimas de violencia doméstica, personal de hospitales, policías y primeros intervinientes⁵⁶.

Instruments in Predicting Repeat Reassault, Journal of Interpersonal Violence Vol 19, No 7 (julio de 2004). Las orientaciones para jueces para valorar el riesgo fueron extraídas de: *Domestic Violence Benchbooks: A Guide to Court Intervention*, Centre for Court Innovation, Nueva York, Elizabeth Ling y Katie Crank, 2015.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, *Danger Assessment* ("Evaluación del peligro"), una herramienta validada diseñada para medir el riesgo de violencia letal o casi letal. Fue concebida en 1985 y ha sido el objeto de estudios longitudinales durante dos décadas. Consiste en 20 preguntas, entre ellas: "¿La gravedad o frecuencia de los episodios de violencia física ha aumentado durante el último año?", "¿El agresor tiene un arma?", "¿Está desempleado?", "¿Alguna vez usó el arma contra usted o la amenazó con usar un arma letal?", "¿Amenaza con matarla?", "¿Alguna vez intentó ahogarla?", "¿Consume drogas ilegales?", "¿Controla la mayor parte o todas sus actividades diarias?" (por ejemplo, le dice de quién puede ser amiga, cuándo puede ver a su familia, cuánto dinero puede gastar, o cuándo puede llevarse el auto), "¿Se muestra celoso de manera violenta y constante?", "¿Alguna vez amenazó o intentó suicidarse?", "¿Amenaza con hacer daño a sus hijos?", "¿Cree usted que es capaz de matarla?", o "¿La sigue o la espía, le deja notas o mensajes de voz amenazadores, destruye sus pertenencias o la llama cuando usted no quiere que la llame?". Véase, más reciente, J. Campbell *et al*, *The Danger Assessment: Validation of a Lethality Risk Assessment Instrument for Intimate Partner Femicide*, Journal of Interpersonal Violence Vol 24, No 4 (2009) y J. Campbell *et al.*, *The Lethality Screen: The Predicative Value of an Intimate Partner Violence Risk Assessment for Use by First Responders*, Journal of Interpersonal Violence Vol 32, No 2 (2017). Véase también *Method of Assessment of Domestic Violence Situations or Domestic Violence Method (DV-MOSAIC)*, un sistema en línea asistido por computadora que calcula el riesgo de letalidad, disponible en: <https://www.mosaicmethod.com/>.

Anexo 4: Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDN), Observación General N° 12 (2009)

“El derecho del niño a ser escuchado”

Extractos pertinentes de la Observación General N° 12.

I. Introducción

3. [...] En los últimos años se ha ido extendiendo una práctica que se ha conceptualizado en sentido amplio como “participación”, aunque este término no aparece propiamente en el texto del artículo 12. Este término ha evolucionado y actualmente se utiliza por lo general para describir procesos permanentes, como intercambios de información y diálogos entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en que los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de esos procesos.

[...]

III. El derecho a ser escuchado como derecho de cada niño y como derecho de los grupos de niños

[...]

11. Los Estados Partes deben alentar al niño a que se forme una opinión libre y ofrecer un entorno que permita al niño ejercer su derecho a ser escuchado. [...]

16. El niño, sin embargo, tiene derecho a no ejercer ese derecho. Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. Los Estados Partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior. [...]

21. [...] Los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño.

22. El niño tiene el “derecho de expresar su opinión libremente”. “Libremente” significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. “Libremente” significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. “Libremente” es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva “propia” del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.

23. Los Estados Partes deben garantizar unas condiciones para expresar opiniones en que se tenga en cuenta la situación individual y social del niño y un entorno en que el niño se sienta respetado y seguro cuando exprese libremente sus opiniones.

24. El Comité hace hincapié en que el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos. El proceso de “escuchar” a un niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en el niño.

25. La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño.

[...]

28. Es necesario tener “debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

29. Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez [...] deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica [...] Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.

[...]

34. No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.

[...]

36. El representante puede ser [...] un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social). ... hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio (progenitor(es)). [...] es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones [...] Los representantes [y los jueces que escuchen a los niños directamente] deberán conocer y comprender suficientemente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con niños.

[...]

41. Los responsables de escuchar al niño deben asegurarse de que el niño esté informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten y, en particular, en todo procedimiento judicial y administrativo de adopción de decisiones y sobre los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese.

[...]

43. La experiencia indica que la situación puede adoptar forma de conversación en lugar de examen unilateral. Es preferible que el niño no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad.

[...]

45. Dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones.

[...]

134. Todos los procesos en que sean escuchados y participen un niño o varios niños deben ser:

- (a) Transparentes e informativos
- (b) Voluntarios
- (c) Respetuosos
- (d) Pertinentes
- (e) Adaptados a los niños
- (f) Incluyentes
- (g) Apoyados en la formación
- (h) Seguros y atentos al riesgo
- (i) Responsables

Anexo 5: Principios para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos, que comprenden las salvaguardias comúnmente aceptadas y otros requisitos

Los “Principios para las comunicaciones judiciales en casos específicos, que comprenden las salvaguardias comúnmente aceptadas y otros requisitos” se encuentran en la publicación “Lineamientos Emergentes relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya” (disponible en el sitio < www.hcch.net >, en la sección “Publicaciones”). A continuación figura un excerpto de esta publicación¹.

[...]

Principios para las comunicaciones judiciales generales

Las responsabilidades del Juez de la Red de la Haya incluyen la recopilación de información y noticias relevantes a efectos de la implementación de los Convenios de La Haya y otras cuestiones relativas a la protección internacional de niños, tanto en el ámbito nacional como internacional. Por lo tanto el o la Juez se asegurará de que la información se difunda tanto a nivel interno, entre otros jueces dentro de su Estado, como a nivel internacional entre los miembros de la Red.

3. Ámbito interno – dentro del sistema judicial interno

- 3.1 El Juez de la Red de La Haya debe facilitar a sus colegas de jurisdicción la legislación y los Convenios en materia de protección de niños en general e informarlos acerca de su aplicación en la práctica. Asimismo, podrá organizar y participar de seminarios de capacitación interna para jueces y profesionales jurídicos, así como escribir artículos para su publicación.
- 3.2 El Juez de la Red de La Haya deberá velar por que otros jueces de su jurisdicción que entiendan en casos de protección internacional de niños reciban un ejemplar del *El Boletín de los Jueces sobre la Protección Internacional del Niño*, publicado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, y cualquier otra información, por ejemplo, aquella incluida en la Base de Datos sobre Sustracción de Niños (*International Child Abduction Database (INCADAT)*) de la Conferencia de La Haya², que pueda contribuir al desarrollo del conocimiento de cada juez.

4. Ámbito interno – relación con Autoridades Centrales

Otra de las funciones del Juez de la Red consiste en promover relaciones de trabajo eficientes entre todos los sujetos involucrados en cuestiones relativas a la protección internacional de niños, para garantizar la aplicación más efectiva de las normas y los procedimientos pertinentes.

¹ Véanse los Lineamientos Emergentes sobre la RIJLH y los principios generales para las comunicaciones judiciales (ob. cit. nota 128 de esta Guía), pp. 12-16.

² Disponible en < www.incadat.com >.

- 4.1 Se reconoce que la relación entre los jueces y las Autoridades Centrales puede presentarse de formas diferentes³.
- 4.2 Las Autoridades Centrales pueden tener un rol importante apoyando a las redes judiciales y facilitando las comunicaciones judiciales directas⁴.
- 4.3 Las relaciones de trabajo exitosas dependen del desarrollo de confianza mutua entre los jueces y las Autoridades Centrales.
- 4.4 Las reuniones en las que participan jueces y Autoridades Centrales a nivel nacional, bilateral, regional o multilateral, constituyen un elemento importante para fortalecer esta confianza y pueden ayudar a intercambiar informaciones, ideas y buenas prácticas⁵.
- 4.5 El Juez de la Red de La Haya promoverá, en términos generales, la colaboración dentro de su jurisdicción en el ámbito de la protección internacional de niños.

5. Ámbito internacional – con jueces extranjeros y la Oficina Permanente

- 5.1 El Juez de la Red de La Haya alentará a los miembros del poder judicial de su jurisdicción a entablar comunicaciones judiciales directas cuando ello sea apropiado.
- 5.2 El Juez de la Red de La Haya podrá proporcionar o facilitar la provisión de respuestas a preguntas precisas de jueces extranjeros sobre cuestiones relativas a la legislación y los Convenios sobre protección internacional de niños, y también sobre el funcionamiento de aquellos dentro de su jurisdicción⁶.
- 5.3 El Juez de la Red de La Haya es responsable de garantizar que los fallos importantes relativos a las comunicaciones judiciales directas, entre otras cosas, sean enviados a los editores de la Base de Datos sobre Sustracción Internacional de Niños (INCADAT).
- 5.4 El Juez de la Red de La Haya podrá ser invitado a colaborar en el *Boletín de los Jueces sobre la Protección Internacional del Niño* de la Oficina Permanente.
- 5.5 El Juez de la Red de La Haya podrá también ser alentado a participar en la medida de lo posible en conferencias judiciales internacionales en materia de protección de niños.

Principios para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos, que comprenden las salvaguardias comúnmente aceptadas

Las comunicaciones judiciales directas hacen referencia a las comunicaciones relativas a un caso específico que tienen lugar entre jueces en actividad. La práctica actual demuestra que estas comunicaciones se producen, en su mayoría, en casos de sustracción de niños

³ Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial (ob. cit. nota 27 de esta Guía), Conclusión y Recomendación N° 1.6.4; Lineamientos Emergentes sobre la RIJLH y los principios generales para las comunicaciones judiciales (ob. cit. nota 128 de esta Guía), párrs. 27-29 y párr. 73, 73(2) b).

⁴ Las Conclusiones y Recomendaciones de la Conferencia Judicial Conjunta CE-HCCH se encuentran disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya en la dirección < www.hcch.net > bajo "Sección Sustracción de Niños", luego "Comunicaciones Judiciales", Conclusión and Recomendación N° 12.

⁵ Lineamientos Emergentes sobre la RIJLH y los principios generales para las comunicaciones judiciales (ob. cit. nota 128 de esta Guía), párr. 73(2) g).

⁶ Es importante mencionar que en virtud del Art. 7 e) del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, las Autoridades Centrales deberán tomar: "ya sea directamente o a través de un de un intermediario, todas las medidas apropiadas para" [...] "facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio".

bajo el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores. Estos casos demuestran que las comunicaciones pueden ser de gran utilidad para la resolución de algunas cuestiones de orden práctico, por ejemplo, en torno a la restitución, y que pueden redundar en decisiones o acuerdos inmediatos entre los padres ante el tribunal del Estado requerido.

La función de los Jueces de la Red de La Haya consiste en recibir, y en caso necesario, encauzar las comunicaciones judiciales entrantes, e iniciar o facilitar similares comunicaciones judiciales salientes. El Juez de la Red de La Haya podrá ser el mismo juez implicado en la comunicación, o quien facilite la comunicación entre los jueces que conozcan del caso específico. Estas comunicaciones difieren de las cartas rogatorias relativas a cuestiones probatorias. La obtención de prueba deberá seguir los canales prescriptos por la ley. Cuando un juez no se encuentre en posición de brindar asistencia, podrá sugerir al otro juez que contacte a la autoridad correspondiente.

Los asuntos sujetos a comunicaciones judiciales directas pueden ser, por ejemplo, los siguientes:

- a) prever una audiencia en la jurisdicción extranjera:
 - i) para dictar órdenes provisionales, *e.g.* alimentos, medidas de protección;
 - ii) para garantizar la posibilidad de realizar una audiencia sumaria;
- b) establecer si hay medidas de protección disponibles para el niño o para el otro progenitor en el Estado al cual el niño deba ser restituido; y en caso afirmativo, asegurar que las medidas de protección disponibles sean puestas en práctica en ese Estado antes de que se ordene una restitución;
- c) establecer si el tribunal extranjero puede aceptar y hacer ejecutar compromisos ofrecidos por las partes en la jurisdicción de origen;
- d) establecer si el tribunal extranjero puede emitir una decisión espejo (*i.e.* la misma decisión en ambas jurisdicciones);
- e) confirmar si el tribunal extranjero ha dictado una decisión;
- f) verificar si el tribunal extranjero ha constatado la existencia de violencia doméstica;
- g) verificar si sería pertinente la realización de una transferencia de competencia.

6. Salvaguardias en relación con las comunicaciones

Principios generales

- 6.1 Todo juez que intervenga en una comunicación judicial directa debe respetar las leyes de su jurisdicción⁷.
- 6.2 Al momento de establecer la comunicación, cada juez que conoce del caso deberá mantener la independencia para arribar a su propia decisión en el asunto en cuestión.
- 6.3 Las comunicaciones no deben comprometer la independencia del juez que conoce del caso para llegar a su propia decisión en el asunto en cuestión.

⁷ Lineamientos Emergentes sobre la RIJLH y los principios generales para las comunicaciones judiciales (ob. cit. nota 128 de esta Guía), párr. 73(5) *m*). Por ejemplo, la obtención de pruebas debe seguir los cauces previstos por la ley.

Salvaguardias procesales comúnmente aceptadas

6.4 los Estados contratantes en los cuales se practican comunicaciones judiciales directas, las siguientes son salvaguardias procesales comúnmente aceptadas⁸:

- excepto en circunstancias especiales, las partes deben ser notificadas de la naturaleza de la comunicación propuesta;
- debe llevarse un registro de las comunicaciones y ponerse a disposición de las partes⁹;
- todas las conclusiones a que se arribe deben plasmarse por escrito;
- las partes o sus representantes deben tener la oportunidad de estar presentes en determinados casos, por ejemplo a través de conferencias telefónicas.

6.5 Nada en estas salvaguardias comúnmente aceptadas impide al juez que entienda en el caso seguir sus reglas de derecho interno o prácticas que le den mayor libertad.

7. Inicio de las comunicaciones

Necesidad

7.1 Al considerar si el uso de las comunicaciones judiciales directas es apropiado, el juez deberá considerar la velocidad, eficiencia y la relación costo-rendimiento.

Momento – con anterioridad o con posterioridad a la adopción de la decisión

7.2 El juez deberá considerar las ventajas de las comunicaciones judiciales directas y en qué momento del procedimiento deberían llevarse a cabo.

7.3 Deberá ser el juez que inicia la comunicación quien decida sobre el momento de la misma¹⁰.

Contacto con el juez en la otra jurisdicción

7.4 Normalmente, la comunicación inicial debería producirse entre dos Jueces de la Red de La Haya, para establecer la identidad de los jueces requeridos en la otra jurisdicción¹¹.

⁸ El texto del Principio 6.4, sigue la opinión de los expertos consultados, apuntando a una reforma de la Recomendación corregida No 5.6 de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial, que originalmente indicaba:

“En los Estados contratantes en los que se practica la comunicación judicial directa, se aceptan de forma general las siguientes salvaguardias:

- las comunicaciones deben limitarse a cuestiones logísticas y al intercambio de información;
- las partes deben recibir una notificación con antelación sobre la naturaleza de la comunicación propuesta;
- debe llevarse un registro de las comunicaciones;
- debe obtenerse una confirmación por escrito de todo acuerdo;
- la presencia de las partes o de sus representantes en determinados casos, por ejemplo a través de conferencia telefónica.”

⁹ Cabe señalar que los registros pueden ser llevados de diferentes maneras, por ejemplo, a través de una transcripción; un intercambio de correspondencia, una anotación en el expediente.

¹⁰ Lineamientos Emergentes sobre la RIJLH y los principios generales para las comunicaciones judiciales (ob. cit. nota 128 de esta Guía), párr. 73(5) n).

¹¹ *Ibíd.*, bajo (5) o).

- 7.5 La comunicación inicial para contactar a un juez de otra jurisdicción debería hacerse por escrito (ver debajo el principio N° 8) e identificar en particular:
- a) el nombre y los datos de contacto del juez que inicia la comunicación;
 - b) la naturaleza del caso (con la debida consideración de las cuestiones de confidencialidad);
 - c) el asunto por el cual se solicita la comunicación;
 - d) si las partes han prestado su consentimiento para que la comunicación tenga lugar ante el juez que inicia la misma;
 - e) cuándo puede llevarse a cabo la comunicación (con la debida consideración de las diferencias horarias);
 - f) alguna pregunta específica de interés para el juez de origen;
 - g) cualquier otro asunto pertinente.
- 7.6 El momento y el lugar para el establecimiento de las comunicaciones entre los tribunales deben resultar satisfactorios para ambas partes. El personal diferente al juez de cada tribunal podrá comunicarse de forma amplia, a fin de establecer los medios necesarios para la comunicación sin necesidad de la participación de representación letrada, salvo que así lo ordenara alguno de los tribunales¹².

8. La modalidad de la comunicación y dificultades de idioma

- 8.1 Los jueces deben usar las opciones tecnológicas más apropiadas para facilitar una comunicación lo más eficiente y rápida posible¹³.
- 8.2 El método e idioma de la comunicación inicial deben respetar, en la medida de lo posible, las preferencias indicadas por el receptor en la lista de miembros de la Red de La Haya, si las hubiera. Además, las comunicaciones deben ser llevadas a cabo utilizando el método e idioma de comunicación iniciales, a menos que los jueces intervinientes hubieran acordado otra cosa.
- 8.3 En el caso en que dos jueces no hablen un idioma común y sean necesarios servicios de traducción o interpretación, estos servicios podrían ser proporcionados o bien por los tribunales o bien por las Autoridades Centrales del país en el cual se haya originado la comunicación.
- 8.4 Se alienta a todos los Jueces de la Red de La Haya a mejorar su conocimiento de idiomas extranjeros.

Comunicaciones escritas

- 8.5 La utilización del canal escrito es valiosa, en particular en la instancia inicial del contacto, ya que deja constancia de la comunicación para su archivo y ayuda a aligerar las cuestiones idiomáticas y las diferencias horarias.
- 8.6 En caso de que la comunicación escrita sea proporcionada mediante una traducción, se considera una buena práctica acompañar también el mensaje en su idioma original.

¹² Ver, American Law Institute [Instituto de Derecho Estadounidense], "Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases", incorporado como Anexo K en Lineamientos Emergentes sobre la RIJLH y los principios generales para las comunicaciones judiciales (ob. cit. nota 128 de esta Guía), Lineamiento 7 d).

¹³ 2001/470/EC: Decisión de 28 de mayo de 2001 estableciendo una Red Judicial Europea en materia civil y comercial, Art. 8, OJ L 174, 27/06/2001, pp. 25-31.

- 8.7 Las comunicaciones deben incluir siempre el nombre, título y detalles de contacto del emisor.
- 8.8 Las comunicaciones escritas deberán estar redactadas en términos sencillos, teniendo en cuenta las capacidades idiomáticas del receptor.
- 8.9 En la medida de lo posible, deben adoptarse las medidas apropiadas para garantizar la confidencialidad de la información personal de las partes.
- 8.10 La transmisión de las comunicaciones escritas deberá producirse a través del medio de comunicación más rápido y eficiente posible, y en los casos donde sea necesaria la transmisión de datos confidenciales, se deberían utilizar medios de comunicación segura.
- 8.11 Debe enviarse lo más pronto posible un acuse de recibo con una indicación sobre el momento en que se proporcionará la respuesta.
- 8.12 Todas las comunicaciones han de estar mecanografiadas.
- 8.13 Por lo general, las comunicaciones deben realizarse por escrito, excepto cuando los jueces involucrados sean de jurisdicciones cuyos procedimientos tramiten en el mismo idioma.

Comunicaciones orales

- 8.14 Se alientan las comunicaciones orales cuando los jueces involucrados provengan de jurisdicciones que comparten el mismo idioma.
- 8.15 En el supuesto de que los jueces no hablaran el mismo idioma, uno de ellos o ambos, conforme a un acuerdo entre los dos, debería/n contar con los servicios de un intérprete competente y neutral que pueda interpretar de forma directa e inversa.
- 8.16 En la medida de lo posible, toda información personal relativa a las partes debe mantenerse en el anonimato al ser incluida en una comunicación oral.
- 8.17 Las comunicaciones orales pueden tener lugar por teléfono o por videoconferencia y cuando fuera necesario abordar información confidencial, deberían emplearse medios de comunicación segura.

9. Mantener informada a la Autoridad Central de las comunicaciones judiciales

- 9.1 Cuando fuera apropiado, el juez involucrado en una comunicación judicial podrá considerar informar a su Autoridad Central que dicha comunicación se llevará a cabo.

Para información adicional y ejemplos de comunicación judicial directa, véase el "Informe sobre las Comunicaciones Judiciales en el Contexto de la Protección Internacional de Menores"¹⁴.

¹⁴ Lineamientos Emergentes sobre la RIJLH y los principios generales para las comunicaciones judiciales (ob. cit. nota 128 de esta Guía), párrs. 35-42 y Anexos, pp. 23-26.