



**HCCH**

Connecter Protéger Coopérer Depuis 1893  
Connecting Protecting Cooperating Since 1893

# Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980

## Guía de Buenas Prácticas

### Parte VI Art. 13(1)(b)

Esta traducción al español fue elaborada por la Oficina Regional para América Latina y el Caribe (ROLAC) de la Oficina Permanente de la HCCH y revisada gracias a la generosa contribución voluntaria proporcionada por la Asociación Internacional de Juristas de Derecho de Familia (AIJUDEFA).

**AIJUDEFA**  
Asociación Internacional de  
Juristas de Derecho de Familia

# **Guía de Buenas Prácticas**

**en virtud del**

***Convenio de 25 de octubre de 1980  
sobre los Aspectos Civiles de  
la Sustracción Internacional  
de Menores***

**Parte VI**

**Artículo 13(1)(b)**

Publicado por

**Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado - HCCH  
Oficina Permanente**

Churchillplein 6b  
2517 JW La Haya  
Países Bajos

 +31 70 363 3303

 +31 70 360 4867

[secretariat@hcch.net](mailto:secretariat@hcch.net)

[www.hcch.net](http://www.hcch.net)

© Hague Conference on Private International Law 2021

Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en un sistema de archivo y recuperación de datos ni transmitida de ninguna forma ni por ningún medio, incluidos fotocopiado y grabación, sin el permiso escrito de la Oficina Permanente de la HCCH. Esta traducción al español de la Guía de Buenas Prácticas de la HCCH en virtud del Convenio sobre Sustracción de Niños fue elaborada por la Oficina Regional para América Latina y el Caribe (ROLAC) de la Oficina Permanente de la HCCH, y revisada gracias a la generosa contribución voluntaria proporcionada por la Asociación Internacional de Juristas de Derecho de Familia (AIJUDEF). Las versiones oficiales están disponibles en el sitio web de la HCCH ([www.hcch.net](http://www.hcch.net)), en inglés y francés.

## Prólogo

Con motivo del 40º aniversario de la celebración del *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, me complace presentar la Sexta Parte de la Guía de Buenas Prácticas en virtud de dicho Convenio, que trata una disposición crucial: el artículo 13(1)(b) (la excepción de grave riesgo).

El propósito de esta publicación es orientar a jueces, Autoridades Centrales, abogados y otros profesionales que trabajan en el ámbito del derecho internacional de familia y que se enfrentan a la aplicación del artículo 13(1)(b) del Convenio. Esta disposición establece una de las excepciones a la restitución inmediata del niño en virtud del Convenio. Esta excepción se plantea cada vez más en los casos de sustracción de niños en los últimos años, y cada vez hay una mayor preocupación en la comunidad de expertos de que una aplicación incorrecta de esta disposición pueda comprometer el delicado equilibrio logrado por el Convenio. Ello impulsó al Consejo de Asuntos Generales y Política, el órgano de gobierno de la HCCH, a encargar a la Oficina Permanente, con la ayuda de un Grupo de Trabajo integrado por una amplia gama de expertos de distintos Estados, la elaboración de una Guía de Buenas Prácticas sobre la interpretación y aplicación del artículo 13(1)(b) del Convenio.

Quisiera aprovechar esta oportunidad para expresar mi agradecimiento a todos los que han contribuido a la elaboración y finalización de esta Guía. En primer lugar, me gustaría agradecer especialmente a los miembros del Grupo de Trabajo (la lista completa está en la Guía) y, en particular, a la Honorable Diana Bryant, quien presidió el Grupo de Trabajo desde su primera reunión en 2013. Sus orientaciones de alto nivel, su compromiso sin reservas y su paciencia fueron fundamentales para concluir la Guía con éxito. Mi más sincero agradecimiento también al personal de la Oficina Permanente y a los numerosos pasantes que se sucedieron en el proyecto. Conforme a la sólida y probada práctica de la HCCH, esta Guía de Buenas Prácticas fue sometida a la aprobación de los Miembros. El hecho de que obtuviera la aprobación de los (entonces) 83 Miembros de la HCCH refuerza sin duda el valor de esta Guía como fuente complementaria de información sobre el funcionamiento del Convenio.

Es fundamental que todos los profesionales —ya sea que trabajen con casos de sustracción internacional de niños de manera regular, incluso diaria, o una vez en la vida— cuenten con las herramientas necesarias para ayudar a los niños y a las familias que enfrentan estas situaciones sumamente críticas. Con esta publicación, se espera que los profesionales, en particular los jueces, dispongan a partir de ahora de una herramienta que les ayude en el delicado análisis de la excepción de grave riesgo. Es fundamental que estén en condiciones de tomar una decisión informada y rápida sobre la restitución del niño. Las Autoridades Centrales y otros profesionales también encontrarán orientaciones útiles para ayudarles a tratar los casos en los que se ha planteado la excepción del artículo 13(1)(b). Las decisiones a las que se hace referencia en la Guía (todas ellas pueden consultarse en INCADAT, la base de datos de sustracción internacional de niños de la HCCH) proporcionan a los lectores ejemplos concretos de cómo se ha aplicado la disposición en casos específicos.

En este contexto, estoy convencido de que esta importante publicación contribuirá a un mejor funcionamiento y a una aplicación más uniforme del artículo 13(1)(b) del Convenio sobre Sustracción de Niños, en beneficio de niños y familias en todo el mundo.

Christophe Bernasconi | *Secretario General*



## Índice

<b>GLOSARIO</b> .....	<b>7</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>13</b>
<b>I. EL ARTÍCULO 13(1)(B) EN EL MARCO DEL CONVENIO DE 1980</b> .....	<b>19</b>
<b>1. El principio: la restitución del niño</b> .....	<b>21</b>
a. Objetivos y conceptos que rigen el Convenio.....	21
i. El traslado o la retención son ilícitos cuando infringen los derechos de custodia.....	21
ii. El traslado o la retención ilícitos son perjudiciales para el niño.....	22
iii. Las autoridades del Estado de residencia habitual están en mejores condiciones para decidir sobre la custodia y el derecho de visita.....	22
b. Una decisión sobre la restitución no es una determinación sobre la custodia.....	22
c. Proceso abreviado de restitución de niños.....	23
d. Cooperación entre las Partes contratantes.....	23
e. Obligación de ordenar la restitución inmediata del niño.....	23
f. Excepciones limitadas a la obligación de ordenar la restitución inmediata del niño.....	24
g. Interpretación restrictiva de las excepciones.....	25
<b>2. Artículo 13(1)(b) – Comprender la excepción de grave riesgo</b> .....	<b>26</b>
a. Tres tipos de "grave riesgo".....	26
b. Grave riesgo para el niño.....	26
c. Nivel de "grave riesgo".....	27
d. El carácter "prospectivo" de la excepción de grave riesgo.....	27
<b>II. EL ARTÍCULO 13(1)(B) EN LA PRÁCTICA</b> .....	<b>29</b>
<b>1. Consideración de la excepción de grave riesgo</b> .....	<b>31</b>
a. Análisis paso a paso.....	31
b. Medidas de protección.....	34
c. Arreglos prácticos.....	36
d. Normas procesales y probatorias.....	36
i. Carga de la prueba.....	36
ii. Limitar la información y la prueba a la cuestión de la restitución.....	36
iii. Admisibilidad de información relativa a la situación social del niño.....	37
iv. Admisibilidad de la solicitud de restitución y documentos adjuntos.....	37
<b>2. Ejemplos de alegaciones que se pueden oponer en virtud del artículo 13(1)(b)</b> .....	<b>37</b>
a. Violencia doméstica contra el niño y/o el padre o madre sustractor.....	38
b. Desventajas económicas o de desarrollo para el niño tras la restitución.....	40
c. Riesgos asociados a las circunstancias del Estado de residencia habitual.....	42
d. Riesgos asociados a la salud del niño.....	43

e.	Separación del niño del padre o madre sustractor cuando éste último no puede o no quiere regresar al Estado de residencia habitual del niño.....	44
i.	Acción penal contra el padre o madre sustractor en el Estado de residencia habitual del niño como consecuencia del traslado o de la retención ilícitos.....	45
ii.	Problemas migratorios del padre o madre sustractor .....	46
iii.	Falta de acceso efectivo a la justicia en el Estado de residencia habitual .....	47
iv.	Razones médicas o familiares que involucran al padre o madre sustractor .....	47
v.	Negativa rotunda a regresar.....	49
f.	Separación del niño de su(s) hermano(s).....	49
<b>III.</b>	<b>BUENAS PRÁCTICAS PARA LOS TRIBUNALES EN LOS CASOS EN QUE SE INVOCA EL ARTICULO 13(1)(B).....</b>	<b>51</b>
<b>1.</b>	<b>Principio general: gestión efectiva de los casos .....</b>	<b>53</b>
<b>2.</b>	<b>Buenas prácticas en la gestión de casos .....</b>	<b>54</b>
a.	Identificación temprana de las cuestiones relevantes .....	54
b.	Solución amigable.....	54
c.	Participación de las partes en el proceso.....	55
d.	Participación del niño en el proceso .....	56
e.	Pruebas .....	57
f.	Pruebas periciales .....	57
g.	Asistencia de las Autoridades Centrales y comunicaciones judiciales directas.....	58
<b>IV.</b>	<b>BUENAS PRÁCTICAS PARA LAS AUTORIDADES CENTRALES EN LOS CASOS EN QUE SE INVOCA EL ARTICULO 13(1)(B) .....</b>	<b>61</b>
<b>1.</b>	<b>Obligaciones generales de las Autoridades Centrales: colaboración y provisión de información .....</b>	<b>63</b>
<b>2.</b>	<b>El rol limitado de las Autoridades Centrales con respecto a la excepción de grave riesgo .....</b>	<b>63</b>
<b>3.</b>	<b>Buenas prácticas para la Autoridad Central del Estado requirente .....</b>	<b>64</b>
<b>4.</b>	<b>Buenas prácticas para la Autoridad Central del Estado requerido.....</b>	<b>64</b>
<b>V.</b>	<b>RECURSOS ÚTILES .....</b>	<b>67</b>
<b>1.</b>	<b>Informe Explicativo del Convenio de 1980 .....</b>	<b>69</b>
<b>2.</b>	<b>Actas y Documentos de la Decimocuarta Sesión (1980) .....</b>	<b>69</b>
<b>3.</b>	<b>La Base de Datos sobre la Sustracción Internacional de Niños (INCADAT).....</b>	<b>69</b>
<b>4.</b>	<b>Guías de Buenas Prácticas publicadas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado .....</b>	<b>70</b>
<b>5.</b>	<b>Red Internacional de Jueces de La Haya (RIJLH).....</b>	<b>70</b>
<b>6.</b>	<b>Boletín de los Jueces sobre Protección Internacional del Niño .....</b>	<b>70</b>
<b>7.</b>	<b>Documentos preparados por autoridades nacionales.....</b>	<b>71</b>
	<b>ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA .....</b>	<b>73</b>



## **Glosario**





**Agendar:**

Hace referencia al proceso de poner un caso en el cronograma de audiencias de un tribunal.

**Arreglos prácticos:**

Los arreglos prácticos son arreglos que puede establecer un tribunal como parte de la orden de restitución para facilitar e implementar la restitución del niño. Los arreglos prácticos no están destinados a abordar una situación de grave riesgo y deben ser diferenciados de las medidas de protección.

**Caso en que se invoca el artículo 13(1)(b):**

En esta Guía, el término "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 de uno o varios niños 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).

**Compromiso:**

Es una promesa, garantía o aserción voluntaria proporcionada por una persona física, generalmente el padre o madre privado del niño, ante un tribunal de hacer o no hacer determinadas cosas. Los tribunales de algunas jurisdicciones aceptarán o incluso exigirán estos compromisos del padre o madre privado del niño en relación con la restitución del niño. Un compromiso formalmente asumido ante un tribunal en la jurisdicción requerida en el contexto de un proceso de restitución puede tener, o no, fuerza ejecutiva en el Estado al cual se restituirá al niño<sup>1</sup>.

**Comunicaciones judiciales directas:**

El término "comunicaciones judiciales directas" hace referencia a las comunicaciones que tienen lugar entre jueces en ejercicio, localizados en diferentes jurisdicciones, sobre un caso en concreto<sup>2</sup>.

---

\* Toda referencia a "niño" o "niños" realizada en esta Guía debe entenderse como comprensiva de niño/s, niña/s o adolescente/s hasta los 16 años, así como equivalente a "menor" o "menores", término utilizado en la traducción al español del Convenio, disponible en el sitio web de la HCCH [www.hcch.net](http://www.hcch.net), "Sección sustracción de niños". Los textos auténticos del Convenio, en inglés y francés, también están disponibles en el sitio web.

<sup>1</sup> La presente Guía utiliza la definición de "compromiso" de la *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: Primera Parte – Práctica de las Autoridades Centrales*, Bristol, Derecho de Familia (Jordan Publishing), 2003 (en adelante, la *Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales*, también disponible en el sitio web de la HCCH [www.hcch.net](http://www.hcch.net), en la sección "Publicaciones").

<sup>2</sup> Véase *Comunicaciones Judiciales Directas – 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*, La Haya, 2013, pág. 12 (en adelante "Lineamientos Emergentes sobre Comunicaciones Judiciales"), también disponible en el sitio web de la HCCH < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, "Sección sustracción de niños", luego "Comunicaciones Judiciales Directas".

**Derechos de custodia:**

La noción "derechos de custodia" utilizada en esta guía se debe entender en el sentido de la definición autónoma provista en el artículo 5(a) del Convenio de 1980, e incluye "el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia".

**Estado requerido:**

El término "Estado requerido" hace referencia al Estado al que el niño ha sido trasladado o adonde el niño está siendo retenido. Es el Estado en el cual el proceso de restitución se lleva a cabo<sup>3</sup>.

**Estado requirente:**

El término "Estado requirente" hace referencia al Estado cuya Autoridad Central o desde el cual una de las partes presenta una solicitud de restitución de un niño y, de ese modo, solicita la restitución de dicho niño conforme a lo dispuesto en el Convenio de 1980. Por lo general, es el Estado de residencia habitual del niño antes de su traslado o retención<sup>4</sup>.

**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 comprende los tres aspectos del grave riesgo (la exposición del niño a un peligro grave físico, la exposición del niño a un peligro grave psíquico o que de cualquier otra manera ponga al niño en una situación intolerable)<sup>5</sup>.

**Gestión de los casos:**

Describe el proceso por el cual el tribunal supervisa el desarrollo del caso para asegurar que el caso esté listo para ser tramitado de inmediato y que no existan demoras injustificadas en el proceso.

**Grave riesgo:**

A los efectos de esta guía, el término "grave riesgo" para el niño se refiere al grave riesgo de que la restitución del niño lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al niño en una situación intolerable.

**Maltrato infantil:**

El término "maltrato infantil", según la definición utilizada en la jurisdicción de que se trate, se refiere a modalidades de negligencia o maltrato físico, emocional o psíquico, o abuso sexual, que sufre un niño típicamente como resultado de acciones u omisiones de su padre o madre u otra persona.

---

<sup>3</sup> Véanse los arts. 11(2), 12(3), 13(1), 14, 17, 20 y 24 del Convenio.

<sup>4</sup> Véanse el art. 9 ("Autoridad Central requirente") y el art. 11(2) del Convenio.

<sup>5</sup> Véase la sección I.2 de esta Guía.

**Medidas de protección:**

A los efectos de la presente Guía, el término "medidas de protección" deberá entenderse en un sentido amplio y hace referencia a las medidas disponibles para abordar una situación de grave riesgo.

**Órdenes espejo:**

Las órdenes espejo son órdenes similares o idénticas dictadas por los tribunales del Estado requerido y del Estado requirente, que se encuentran disponibles solamente en algunos sistemas jurídicos y jurisdicciones. Cada orden es ejecutoria y efectiva en el Estado donde se emitió.

**Padre o madre privado del niño:**

El término "padre o madre privado del niño" se refiere a la persona, la institución o al organismo que afirma que un niño ha sido trasladado a otro Estado contratante, o retenido en él, de forma ilícita, en violación de sus derechos de custodia, en virtud del Convenio de 1980.

**Padre o madre sustractor:**

Persona que presuntamente trasladó de forma ilícita al niño de su Estado de residencia habitual hacia otro Estado contratante o que lo retuvo ilícitamente en otro Estado contratante.

**Proceso de restitución:**

El término "proceso de restitución" hace referencia al proceso de restitución de uno o varios niños que tiene lugar ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante al que el niño ha sido trasladado o en el que se encuentra retenido ("Estado requerido")<sup>6</sup>, en virtud del Convenio de 1980.

Dependiendo de la jurisdicción, un proceso de restitución puede ser iniciado por el padre o madre privado del niño, un representante legal del padre o madre privado del niño, la Autoridad Central del Estado requerido y/o una institución pública, por ejemplo, un fiscal.

**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 (HCCH) para facilitar la comunicación y cooperación entre jueces a nivel internacional, así como para asistir con el funcionamiento efectivo del Convenio de 1980.

**Representante independiente del niño:**

Persona u organismo designado o aprobado por el tribunal para representar al niño o a los niños en el proceso judicial de restitución. Incluye, a título enunciativo, abogados independientes de niños y representantes legales.

---

<sup>6</sup> Véase el art. 12(1) del Convenio.

**Violencia doméstica y familiar:**

El término "violencia doméstica" o "violencia familiar" puede, según la definición utilizada en cada jurisdicción, cubrir un abanico de diferentes comportamientos abusivos en el marco de la familia, entre ellos, el maltrato físico, emocional, psíquico, sexual y económico. Pueden estar dirigidos hacia el niño ("maltrato infantil"), hacia la pareja (a veces denominado "maltrato conyugal" o "violencia en una relación íntima de pareja") o hacia otros miembros de la familia.

**Violencia familiar:**

Véase el término "Violencia doméstica y familiar" *supra*.



# Introducción



1. La presente Guía de Buenas Prácticas aborda 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")<sup>7</sup>, también conocido como la "**excepción de grave riesgo**"<sup>8</sup>.
2. El artículo 13(1)(b)<sup>9</sup> establece:

"[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".
3. El objetivo de esta Guía es promover, a nivel global, la aplicación apropiada y uniforme de la excepción de grave riesgo en consonancia con las disposiciones y los objetivos del Convenio de 1980, tomando en cuenta las herramientas interpretativas reconocidas, tales como el Informe Explicativo del Convenio<sup>10</sup>, las Conclusiones y Recomendaciones de reuniones anteriores de la Comisión Especial<sup>11</sup> y las Guías de Buenas Prácticas sobre el Convenio de 1980. Para lograr este objetivo, la Guía ofrece información y orientación sobre la interpretación y aplicación de la excepción de grave riesgo, y comparte buenas prácticas de diversas jurisdicciones.
4. La Guía está dividida en cinco secciones. La sección I presenta el artículo 13(1)(b) en el marco del Convenio de 1980. La sección II profundiza en la aplicación del artículo 13(1)(b) en la práctica. La sección III proporciona orientación operativa y buenas prácticas destinadas a asistir a los tribunales<sup>12</sup> que deben entender en los procesos de restitución en su función de gestores del proceso de forma expeditiva y eficiente, evaluando la excepción de grave riesgo cuando se presentare. La sección IV

---

<sup>7</sup> Esta Guía es la Sexta Parte de una serie de *Guías de Buenas Prácticas del Convenio de 1980* publicadas por la HCCH. Véase la sección V.4 *infra*. Salvo que se indique lo contrario, todas las referencias a la "Guía" de este documento remiten a esta Guía en particular (Sexta Parte de la serie).

<sup>8</sup> Véanse "Grave riesgo" y "Excepción de grave riesgo" en el Glosario, *supra*.

<sup>9</sup> Salvo que se indique lo contrario, todas las referencias a artículos en el texto o en las notas al pie de esta Guía remiten a los artículos del Convenio de 1980.

<sup>10</sup> Véase E. Pérez Vera, "Informe Explicativo del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores" (en adelante, "Informe Explicativo"), en Actas y Documentos de la Decimocuarta Sesión (1980), tomo III, Sustracción de Menores, La Haya, Imprimerie Nationale, 1982, págs. 426-473 (también disponible en el sitio web de la HCCH, véanse las indicaciones contenidas en la nota al pie 1). El Informe Explicativo, que proporciona, entre otras cosas, información sobre el trabajo preparatorio y las circunstancias de la adopción del Convenio, puede ser utilizado como un medio complementario para interpretar el Convenio. Véase la *Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados*, arts. 31-32.

<sup>11</sup> Las Comisiones Especiales son organizadas por la HCCH y convocadas por su Secretario General para desarrollar y negociar nuevos Convenios o para revisar el funcionamiento práctico de los Convenios que ya existen. La Comisión Especial se conforma por expertos designados por los Miembros de la HCCH y por las Partes contratantes del Convenio. Pueden participar representantes de otros Estados interesados (en particular aquellos que han expresado a la Oficina Permanente su interés en ser parte en el Convenio) y Organizaciones Internacionales relevantes en carácter de observadores. Las Conclusiones & Recomendaciones ("C&R") adoptadas por la Comisión Especial cumplen un rol importante para la interpretación uniforme y el funcionamiento práctico del Convenio.

<sup>12</sup> Todas las referencias a "tribunal" en esta Guía remiten a las autoridades judiciales o administrativas competentes ante las que se presentó la demanda de restitución del niño, según lo dispuesto en el Convenio de 1980 (art.11).



contiene información acerca del rol que cumplen las Autoridades Centrales designadas en virtud del Convenio<sup>13</sup>, para ayudarlas a tramitar las solicitudes entrantes y salientes de los casos en que se opone la excepción del artículo 13(1)(b). La sección V presenta recursos útiles. Si bien la Guía está dirigida principalmente a tribunales y Autoridades Centrales, también puede brindar asistencia a abogados y a otras instituciones/organismos.

5. Aunque la Guía se concentra en el artículo 13(1)(b), también hace referencia a 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 los Niños* (en adelante, "el Convenio de 1996") está en vigor entre los Estados contratantes, puede beneficiar a los niños que sean objeto de una sustracción internacional al complementar y reforzar el Convenio de 1980 en varios aspectos importantes<sup>14</sup>. El sitio web de la HCCH ([www.hcch.net](http://www.hcch.net)) contiene información actualizada sobre si un Estado involucrado en un caso en que se invoca el artículo 13(1)(b) es parte en el Convenio de 1996 (en la sección "Protección de niños", luego "Estado actual").
6. La continua relevancia del Convenio de 1980 en favor de los derechos del niño puede apreciarse en los cambios posteriores a su adopción<sup>15</sup> en el marco jurídico internacional. Los Estados parte en la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989* (en lo sucesivo, la "CDN"), por ejemplo, tienen obligaciones con respecto a cuestiones tales como la participación de los niños en los procesos de restitución en virtud del Convenio de 1980, incluso en los casos en que se opone<sup>16</sup> la excepción del artículo 13(1)(b). El Convenio de 1980 apoya el derecho del niño a ser informado del proceso de restitución y sus consecuencias, al igual que a expresar sus opiniones en el mismo. Si el niño tiene la edad y madurez suficientes, sus opiniones deberían ser tenidas en cuenta debidamente.
7. Si bien la Guía aporta soluciones a cuestiones interpretativas desde una perspectiva general, **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 restitución"<sup>17</sup>, teniendo en cuenta los hechos específicos de cada

---

<sup>13</sup> Véase el art. 6 del Convenio de 1980.

<sup>14</sup> Véanse, p. ej., los arts. 7 y 50 del Convenio de 1996. Para más información sobre el rol del Convenio de 1996 en los casos de sustracción internacional de niños, véase, p. ej., el *Manual Práctico sobre el Funcionamiento del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños*, publicado por HCCH, La Haya, 2014 (en adelante el "Manual Práctico del Convenio de 1996"), disponible en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, (véanse las indicaciones contenidas en la nota al pie 1), Capítulo 13, sección A. Véase, asimismo, N. Lowe y M. Nicholls, *The 1996 Hague Convention on the Protection of Children*, Jordan Publishing, 2012, Capítulo 7.

<sup>15</sup> Véase *Office of the Children's Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, *Supreme Court of Canada* [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 1389], párrafo 34, donde el tribunal sostuvo que el Convenio de 1980 y la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989* buscan "proteger el interés superior de los niños", "proteger la identidad del niño y las relaciones familiares" y "prevenir el traslado y retención ilícitos de los niños", y que ambos Convenios "aceptan el principio de que un niño con madurez suficiente deba tener voz y voto respecto del lugar en el que vivirá, según lo discutido a continuación sobre el artículo 13(2) del Convenio de La Haya".

<sup>16</sup> Véase, p. ej., el art. 12 de la CDN.

<sup>17</sup> "Conclusiones y Recomendaciones de la Parte I y la Parte II de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Niños y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños e Informe de la Parte II de la reunión",

caso. Es bien sabido que en los casos en que se aplica el Convenio de 1980, los hechos revisten gran importancia y suelen presentar sus particularidades; ello debe ser contemplado por los tribunales, Autoridades Centrales y otros interesados cuando consultan esta Guía.

8. Asimismo, cabe destacar que esta Guía no debe considerarse vinculante para los Estados contratantes del Convenio de 1980 (ni de otros Convenios de la HCCH), ni para sus autoridades judiciales o de otra índole. Las buenas prácticas descritas en esta Guía son de carácter meramente orientativo y se deben someter a las leyes y los procedimientos correspondientes, incluidas las diferencias emergentes de la tradición jurídica. Además, la Guía no pretende describir la posición jurídica de cada uno de los Estados contratantes y, por necesidad, contiene solamente referencias limitadas a la jurisprudencia nacional y al derecho comparado. Finalmente, debe comprenderse que los casos a los que se hace referencia sirven para brindar ejemplos acerca de cómo han sido abordadas las alegaciones de grave riesgo<sup>18</sup> por algunos tribunales y no para proporcionar indicaciones estrictas o precisas para jueces u otros operadores que utilicen esta Guía. La referencia a la jurisprudencia se realiza con vistas a ilustrar cuestiones específicas tratadas en la parte correspondiente de la Guía, independientemente de la decisión tomada en cada caso en particular. Todas las decisiones citadas en esta Guía se encuentran disponibles en INCADAT<sup>19</sup>, junto con un texto completo de la decisión en su idioma original, como así también un resumen de esta en español, francés o inglés, una combinación de dos de estos idiomas o en los tres idiomas. En la Guía se ofrecen breves sumarios de las cuestiones relevantes para brindar una indicación rápida acerca de la importancia de la jurisprudencia. Es importante destacar que la jurisprudencia más reciente puede revocar los fallos más antiguos o modificarlos. Los lectores de la Guía deberían verificar, a través de INCADAT o de otras fuentes, si existe jurisprudencia más reciente sobre los aspectos específicos del artículo 13(1)(b) que sean relevantes para el caso en cuestión.
9. Se alienta a todos los Estados contratantes a examinar sus prácticas de aplicación del artículo 13(1)(b) y, si se estimare conveniente, a mejorarlas en la medida de sus posibilidades.

---

párr. 62 y, asimismo, "Conclusiones y Recomendaciones e Informe de la Parte I de la Sexta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Niños y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños (1-10 de Junio de 2011)", C&R N.º 13 (estos dos documentos están disponibles en el sitio web de la HCCH en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > en la "Sección sustracción de niños" luego "Reuniones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio" y "Reuniones anteriores de la Comisión Especial").

<sup>18</sup> Véase "Grave riesgo" en el Glosario, *supra*.

<sup>19</sup> La Base de datos sobre Sustracción Internacional de Niños de la HCCH. Véase la sección V de esta Guía.

10. La HCCH desea expresar su agradecimiento a los muchos expertos que contribuyeron con sus conocimientos y experiencia a esta Guía. En especial, se agradece a los miembros del Grupo de Trabajo que se encargó de su redacción, presidido por la Honorable Diana Bryant (Australia), e integrado por jueces, funcionarios de gobierno (particularmente, el personal de Autoridades Centrales), expertos del ámbito académico y de distintas disciplinas, y profesionales del derecho del sector privado de distintas jurisdicciones<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Los siguientes expertos participaron (ya sea de forma parcial o total) en la elaboración de esta Guía. Jueces: la Honorable Diana Bryant (Australia), Presidenta del Grupo de Trabajo, la Honorable Queeny Au-Yeung (China, RAE de Hong Kong), la Sra. Jueza Maria 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 Sra. Jueza Martina Erb-Klünemann (Alemania), el Sr. Juez Yetkin Ergün (Turquía), el Sr. Juez Francisco Javier Forcada Miranda (España), la Honorable Ramona Gonzalez (Estados Unidos de América), la Muy Honorable Lady Hale (Reino Unido), el Sr. Juez Katsuya Kusano (Japón), la Sra. Jueza Torunn Kvisberg (Noruega), el Lord Justice Andrew Moylan (Reino Unido), la Sra. Jueza Annette C. Olland (Países Bajos), la Sra. Jueza Tomoko Sawamura (Japón), la Sra. Jueza Belinda Van Heerden (retirada) (Sudáfrica), el Sr. Juez Hironori Wanami (Japón). Funcionarios de gobierno: la Sra. Aline Albuquerque (Brasil), el Sr. Hatice Seval Arslan (Turquía); la Sra. 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), la Sra. Juhee Han (República de Corea), el Sr. Christian Höhn (Alemania), la Sra. Emmanuelle Jaques (Canadá), la Sra. Leslie Kaufman (Israel), el Sr. Luiz Otávio Ortigão de Sampaio (Brasil), el Sr. Francisco George Lima Beserra (Brasil), la Sra. Tuskasa Murata (Japón), 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 académico y de distintas disciplinas, y profesionales del derecho del sector privado: el Sr. Nicholas Bala (Canadá), el Sr. Stephen J. Cullen (Estados Unidos de América), la Sra. Mikiko Otani (Japón), la Sra. Heidi Simoni (Suiza), la Sra. Zenobia Du Toit (Sudáfrica).



**El artículo 13(1)(b)  
en el marco  
del Convenio  
de 1980**



## 1. El principio: la restitución del niño

### a. Objetivos y conceptos que rigen el Convenio

11. De conformidad con su Preámbulo, el Convenio fue celebrado para "proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos y [para] establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como [para] asegurar la protección del derecho de visita". Estos objetivos también se reflejan en el artículo 1<sup>21</sup>.

12. El Convenio se basa en los siguientes conceptos relacionados.

#### i. *El traslado o la retención son ilícitos cuando infringen los derechos de custodia*

13. El primer concepto subyacente establece que el traslado o la retención son ilícitos cuando infringen los derechos de custodia<sup>22</sup>. Un padre o madre que comparte o no tiene derechos de custodia deberá, entonces, solicitar y obtener el consentimiento de la otra persona (generalmente el otro padre o madre), institución u organismo que posea derechos de custodia<sup>23</sup>. De no ser posible, deberá obtener permiso del tribunal antes de trasladar al niño a otro Estado o retenerlo en otro Estado.

---

<sup>21</sup> El art. 1 establece lo siguiente: La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

- a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;
- b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

<sup>22</sup> El artículo 3 establece que el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

- a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia 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; y
- b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado. En algunas jurisdicciones, la determinación del derecho de custodia puede incluir tener en consideración el derecho del padre o la madre de prohibir la salida del país del niño ("derecho *ne exeat*"). Véase la decisión en *Abbott v. Abbott*, 130 S. Ct. 1983 (2010), 17 de mayo de 2010, *US Supreme Court*, [Referencia en INCADAT: HC/E/USf 1029], pág. 3, donde el tribunal, al presentar en los Antecedentes su visión respecto del Convenio de 1980, interpretó que se encuentra "además, fundamentada sustancialmente por las perspectivas sobre la cuestión de Estados contratantes hermanos", y que "los derechos *ne exeat* son derechos de custodia conforme a los términos del Convenio".

<sup>23</sup> Véase "Derechos de custodia" en el Glosario, *supra*.

**ii. El traslado o la retención ilícitos son perjudiciales para el niño**

14. El segundo precepto dispone que el traslado o la retención ilícitos de un niño son perjudiciales para su bienestar<sup>24</sup> y que, a excepción de los casos limitados previstos en el Convenio, se atenderá al interés superior del niño si se lo restituye al Estado de su residencia habitual.

**iii. Las autoridades del Estado de residencia habitual están en mejores condiciones para decidir sobre la custodia y el derecho de visita**

15. El tercer concepto subyacente es que, como regla, las autoridades que están en mejores condiciones para decidir sobre el fondo de una diferencia en materia de custodia (que típicamente incluiría un examen exhaustivo del "interés superior") son los tribunales del Estado de residencia habitual del niño, dado que, entre otras cosas, son los que tienen mejor y más fácil acceso a la información y las pruebas pertinentes para resolver la cuestión. Por lo tanto, la restitución del niño trasladado o retenido ilícitamente a su Estado de residencia habitual no solo restablece el *statu quo ante*, sino que permite que el tribunal que está en mejores condiciones para evaluar con eficacia el interés superior del niño<sup>25</sup> resuelva cualquier cuestión vinculada a la custodia o al derecho de visita del niño, incluida la posible reubicación en otro Estado. Esta tercera premisa subyacente se funda en la cortesía internacional, que requiere 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"<sup>26</sup>.

**b. Una decisión sobre la restitución no es una determinación sobre la custodia**

16. El objetivo mencionado y los conceptos subyacentes definen el alcance restringido del Convenio, que trata exclusivamente sobre la restitución inmediata de los niños trasladados o retenidos ilícitamente a su Estado de residencia habitual<sup>27</sup>, sujeto solamente a las limitadas excepciones que prevé el Convenio<sup>28</sup>. De esta forma, los derechos de custodia que existen en el Estado de residencia habitual son respetados en las otras Partes contratantes. Al tratar la restitución inmediata de los niños, *el Convenio no trata la cuestión de fondo de los derechos de custodia y visita*, que están reservados a las autoridades del Estado de residencia habitual (véase el párrafo 15, *supra*).

---

<sup>24</sup> Véase el Preámbulo del Convenio de 1980.

<sup>25</sup> El art. 16 reafirma la aplicación de este concepto al evitar específicamente el dictado de una resolución sobre el fondo de la cuestión de los derechos de custodia contra la sustracción en el Estado al que el niño ha sido trasladado o en el que está retenido. Además, el art. 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".

<sup>26</sup> Véase el Informe Explicativo (op. cit., nota al pie 10), párrs. 34 y 41.

<sup>27</sup> El art. 21, que aborda el derecho de visita, no es el objeto de esta Guía en particular.

<sup>28</sup> Véase el Informe Explicativo (op. cit., nota al pie 10), párr. 35

### c. Proceso abreviado de restitución de niños

17. Para implementar su objetivo, el Convenio contempla la posibilidad de un proceso abreviado que permite presentar una solicitud de restitución usualmente al padre o madre privado del niño o en su nombre ("proceso de restitución")<sup>29</sup>. Esta solicitud se lleva a cabo ante el tribunal o la autoridad competente del "Estado contratante donde se halle el menor" (art. 12(1)), es decir, en el "Estado requerido"<sup>30</sup>, de conformidad con sus procedimientos y prácticas internos. A tal fin, el tribunal deberá recurrir a los procedimientos de urgencia de que disponga (arts. 2 y 11)<sup>31</sup>.

### d. Cooperación entre las Partes contratantes

18. Para llevar a cabo su objetivo y garantizar su funcionamiento adecuado, el Convenio también establece un sistema de cooperación estrecha entre las autoridades judiciales y administrativas de las Partes contratantes<sup>32</sup>. Esto se logra gracias a las Autoridades Centrales<sup>33</sup> designadas en cada Estado contratante cuyas funciones están descritas principalmente en el artículo 7. En la sección IV de la Guía se brinda información acerca de las funciones de las Autoridades Centrales en casos donde se opone la excepción de grave riesgo y las buenas prácticas relacionadas. La cooperación judicial puede ser facilitada a través de la RIJLH<sup>34</sup>.

### e. Obligación de ordenar la restitución inmediata del niño

19. El tribunal o la autoridad competente a cargo de la solicitud de restitución tiene la obligación de ordenar la restitución inmediata del niño cuando este haya sido trasladado o esté siendo retenido de manera ilícita en un Estado contratante que no sea el Estado contratante de su residencia habitual conforme al art. 3. (art. 12(1))<sup>35</sup>.
20. El Convenio no precisa a *quién* debe ser restituido el niño. En particular, no establece que la restitución deba ser al cuidado del *padre o madre privado del niño*. Tampoco especifica a qué lugar del Estado de residencia habitual debe ser restituido. Esta flexibilidad es premeditada y refuerza el concepto subyacente de que la cuestión del cuidado del niño tras la restitución debe ser determinada por el tribunal o la

---

<sup>29</sup> Véase "Proceso de Restitución" en el Glosario, *supra*.

<sup>30</sup> Véase "Estado requerido" en el Glosario, *supra*.

<sup>31</sup> Véase el art. 2. 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 (*op. cit.*, nota al pie 10), párr. 63.

<sup>32</sup> *Ibid.*, párr. 35.

<sup>33</sup> La lista de las Autoridades Centrales designadas y sus datos de contacto se encuentra disponible en el sitio web de la HCCH en <[www.hcch.net](http://www.hcch.net)> en la sección "Sustracción de niños", luego "Autoridades".

<sup>34</sup> La lista de los miembros designados de la RIJLH se encuentra disponible en el sitio web de la HCCH en <[www.hcch.net](http://www.hcch.net)> en la sección "Sustracción de niños" luego "Red Internacional de Jueces de La Haya".

<sup>35</sup> Véase, asimismo, el art. 1(a). Además, la obligación de garantizar la restitución inmediata del niño se ve reforzada por el artículo 18, que establece que las disposiciones del Capítulo III del Convenio ("Restitución del menor") no limitan las facultades de las autoridades judiciales o administrativas para ordenar la restitución del niño en cualquier momento. Este artículo autoriza al tribunal ante el que tramita el proceso a ordenar la restitución del niño fundándose en otras disposiciones más favorables para alcanzar este objetivo, a modo de ejemplo, al reconocer y ejecutar una orden de custodia dictada en el Estado requirente, especialmente de conformidad con el Convenio de 1996, véase el párr. 48, *infra*.



autoridad competente del Estado de residencia habitual de conformidad con la ley que rija los derechos de custodia, incluso toda otra orden que pueda aplicarse entre los padres u otras personas interesadas<sup>36</sup>.

21. La obligación de ordenar la restitución *inmediata* del niño se ve reforzada por el artículo 11, que exige que los tribunales o las autoridades competentes actúen con urgencia en los procesos para la restitución de los niños y que, si no se ha dictado una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la iniciación del proceso, existe el derecho de pedir una declaración sobre las razones de la demora<sup>37</sup>. La obligación en cuestión tiene una doble vertiente: "por una parte, la de utilizar los procedimientos más rápidos que existan en el propio sistema jurídico<sup>38</sup> y, por otra parte, la de dar un tratamiento prioritario, en la medida de lo posible, a las demandas en cuestión"<sup>39</sup>.
22. La obligación de actuar con urgencia no significa que el tribunal deba descuidar la evaluación adecuada de las cuestiones planteadas, incluidos los casos en que se opone la excepción de grave riesgo. Sin embargo, sí exige que el tribunal solamente recabe información y/o pruebas suficientemente relevantes para el caso, al igual que examine dicha información y/o pruebas, incluso la prueba o los dictámenes periciales, de manera rápida y sumamente precisa.

#### **f. Excepciones limitadas a la obligación de ordenar la restitución inmediata del niño**

23. El Convenio contempla excepciones limitadas al principio de restitución del niño. En caso de que estas excepciones se opongan y se demuestren satisfactoriamente, el tribunal del Estado requerido "no está obligado a ordenar la restitución del menor" al Estado de residencia habitual. En otras palabras, el tribunal se reserva el derecho a negarse a ordenar la restitución del niño. Estas excepciones aparecen contempladas en los artículos 12(2)<sup>40</sup>, 13(1)(a)<sup>41</sup>, 13(1)(b), 13(2)<sup>42</sup> y 20<sup>43</sup>.

<sup>36</sup> Véase el Informe Explicativo (*op. cit.*, nota al pie 10), párrafo 110.

<sup>37</sup> En relación con la obligación de utilizar procedimientos expeditivos, véase la *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: Segunda Parte –Medidas de aplicación*, Bristol, Family Law (Jordan Publishing), 2003 (en adelante "Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Aplicación") (también disponible en el sitio web de la HCCH, indicaciones contenidas en la nota al pie 1), p. ej., Punto 1.5 del Capítulo 1, y Capítulos 5 y 6.

<sup>38</sup> Sobre la obligación de "utilizar los procedimientos de urgencia disponibles", véase el art. 2.

<sup>39</sup> El solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido podrán pedir una declaración, ya sea por iniciativa propia o a pedido de la Autoridad Central del Estado requirente (art. 11). Véase el Informe Explicativo (*op. cit.*, nota al pie 10), párrafos 104 y 105. En los Perfiles de País se especifica si se han adoptado medidas para que las autoridades judiciales y administrativas en un Estado contratante utilicen procedimientos expeditivos (disponible en el sitio web de la HCCH en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > en la sección "Sustracción de niños", luego "Perfiles de país"), sección 10.3(d).

<sup>40</sup> Cuando el proceso ante la autoridad judicial o administrativa competente para decidir sobre la restitución se ha iniciado más de un año después del momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos y se demuestra que el niño se ha arraigado a su nuevo entorno.

<sup>41</sup> Si se establece que la persona, institución y otro organismo a cargo del cuidado de la persona del niño no ejercía sus derechos de custodia al momento del traslado o la retención o si se establece que la persona, institución u otro organismo a cargo del cuidado de la persona del niño consintió, antes o posteriormente, al traslado o a la retención.

<sup>42</sup> Si el tribunal 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.

<sup>43</sup> Si ordenar la restitución implicaría una violación de los principios fundamentales relativos a la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales del Estado requerido.

24. Por medio de las excepciones enunciadas, el Convenio reconoce que el traslado o la retención ilícitos de un niño pueden estar justificados en ciertos casos. En consecuencia, el concepto general de que la restitución inmediata atiende al interés superior del niño puede ser rebatido en el caso particular, cuando se demuestra alguna de las excepciones.

#### **g. Interpretación restrictiva de las excepciones**

25. Sin embargo, estas excepciones enumeradas deben aplicarse de forma restrictiva. 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"<sup>44</sup>. 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"<sup>45</sup>.
26. Particularmente, si bien las excepciones se basan en la toma de consideración del interés del niño<sup>46</sup>, estas no convierten al proceso de restitución en un proceso de custodia. Las excepciones se enfocan en la (posible no) restitución del niño. No deben resolver cuestiones de custodia ni realizar un "examen integral del interés superior" del niño en el proceso de restitución. Los tribunales o las autoridades competentes ante los que tramita el proceso de restitución deben aplicar las disposiciones del Convenio y evitar intervenir en cuestiones que corresponde sean decididas en el Estado de residencia habitual<sup>47</sup>.
27. Dicho esto, las excepciones cumplen un propósito legítimo, ya que el Convenio no contempla un mecanismo automático de restitución. Las alegaciones de que existe un grave riesgo deben ser examinadas de manera rápida en la medida requerida por la excepción y dentro del alcance limitado del proceso de restitución.
28. Esto significa que, si bien el objetivo del Convenio es dar respuesta a los efectos perjudiciales de la sustracción internacional de niños velando por la restitución inmediata del niño al Estado de residencia habitual donde se deberían resolver las cuestiones de custodia o visita y otras cuestiones relacionadas, puede haber circunstancias excepcionales que justifiquen la no restitución del niño.

---

<sup>44</sup> Véase el Informe Explicativo (*op. cit.*, nota al pie 10), párr. 34.

<sup>45</sup> Véase *ibid.*

<sup>46</sup> Véase *ibid.*, párr. 29.

<sup>47</sup> Véase el art. 16 del Convenio de 1980.

## 2. Artículo 13(1)(b) – Comprender la excepción de grave riesgo

29. La excepción de grave riesgo se basa en "el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro grave físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable"<sup>48</sup>.

### a. Tres tipos de "grave riesgo"

30. El artículo 13(1)(b) prevé los siguientes tres tipos de riesgo:

- un grave riesgo<sup>49</sup> de que la restitución exponga al niño a un peligro grave físico;
- un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro grave psíquico;  
o
- un grave riesgo de que la restitución de cualquier otra manera ponga al niño en una situación intolerable.

31. Cada tipo puede plantearse independientemente como excepción a la obligación de garantizar la restitución inmediata del niño y, por ende, según los hechos de cada caso, los tres tipos han sido invocados en procesos en forma autónoma y por derecho propio. No obstante, si bien son distintos, estos tipos suelen ser utilizados en conjunto, y los tribunales no siempre los distinguen con claridad en sus decisiones.

### b. Grave riesgo para el niño

32. La letra del artículo 13(1)(b) deja en claro que la cuestión es determinar si 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".

33. Pero el daño al padre o a la madre ya sea físico o psíquico, podría, en ciertas circunstancias excepcionales, crear un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro físico o psíquico o lo ponga de cualquier otra manera en una situación intolerable. La excepción del artículo 13(1)(b) no requiere, por ejemplo, que el niño sea la víctima directa o principal del daño físico si existe prueba suficiente de que, como consecuencia del riesgo de daño dirigido al padre o madre sustractor, existe un grave riesgo para el niño.

---

<sup>48</sup> Véase el Informe Explicativo (*óp. cit.*, nota al pie 10), párr. 29.

<sup>49</sup> Véanse "Grave riesgo" y "Excepción de grave riesgo" en el Glosario, *supra*.

### c. Nivel de "grave riesgo"

34. La palabra "grave" califica al riesgo y no al daño hacia el niño. Indica que el riesgo debe ser real y alcanzar un cierto nivel de seriedad para ser caracterizado como "grave"<sup>50</sup>. En cuanto al nivel del daño, este debe representar una "situación intolerable"<sup>51</sup>, esto es, una situación que no se debería esperar que un niño tolere. El nivel relativo de riesgo necesario para poder constituir un grave riesgo puede variar, no obstante, dependiendo del carácter y de la seriedad del daño potencial hacia el niño<sup>52</sup>.

### d. El carácter "prospectivo" de la excepción de grave riesgo

35. La letra del artículo 13(1)(b) también indica que la excepción es de carácter "prospectivo" ya que centra la atención en la situación del *niño tras su restitución* y en si dichas circunstancias lo expondrían a un grave riesgo.
36. Por ende, mientras que el examen de la excepción de grave riesgo suele requerir un análisis de la información/pruebas provistas por la persona, institución u otro organismo que se opone a la restitución del niño (en la mayoría de los casos, el padre o madre sustractor), no debe limitarse solamente a un análisis de las circunstancias anteriores o vigentes al momento del traslado o de la retención ilícitos. Por el contrario, requiere mirar hacia el futuro, esto es, a las circunstancias que existirían si el niño fuera restituido inmediatamente. El examen de la excepción de grave riesgo también debería comprender, si se estimare necesario y apropiado, la consideración de la disponibilidad de medidas de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* [2011] UKSC 27, [2012] 1 A.C. 144, 10 de junio de 2011, *United Kingdom Supreme Court* (Inglaterra y Gales) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 1068], párr. 33. Véase, asimismo, el Informe Explicativo (*op. cit.*, nota al pie 10), párr. 29. El término "grave riesgo" pone de manifiesto la intención de los redactores de que la excepción se aplique de manera restrictiva, en consonancia con el enfoque adoptado con relación a las excepciones contempladas en el Convenio. Durante la redacción, se acordó un lenguaje más restrictivo del art. 13(1)(b) de lo que se había sugerido en un principio. El término utilizado primeramente fue "riesgo sustancial", que fue remplazado por "grave riesgo", dado que el calificativo "grave" denota mayor gravedad. Véase, asimismo, *Actas y Documentos de la Decimocuarta Sesión* (*op. cit.*, nota al pie 10), pág. 362.

<sup>51</sup> Véase, p. ej.: *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 SCR 551, 20 de octubre de 1994, *Supreme Court of Canada* (Canadá) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 11] pág. 596, donde el tribunal sostuvo que "el peligro grave físico o psíquico contemplado en la primera cláusula del artículo 13(1)(b) es un peligro de tal gravedad que también representa una situación intolerable". Véase, asimismo, *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* (véase la nota al pie 50, *supra*), párr. 34, y *EW v. LP*, HCMP1605/2011, 31 de enero de 2013, *High Court of the Hong Kong Special Administrative Region* (China) [Referencia en INCADAT: HC/E/CNh 1408], párr. 11. En ambos fallos, los respectivos tribunales citaron la sentencia de *Re D.*, [2006] 3 WLR 0989, 16 de noviembre de 2006, *United Kingdom House of Lords* (Inglaterra y Gales, Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 880], párr. 52, "«intolerable» es una palabra fuerte, pero, cuando se aplica con relación a un niño, hace referencia a «una situación que no se espera que este niño particular en estas circunstancias particulares deba tolerar»".

<sup>52</sup> Asunto *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* (véase la nota al pie 50, *supra*), párr. 33, donde el tribunal observa que: "si bien "grave" caracteriza al riesgo en vez de al daño, existe en el lenguaje corriente un vínculo entre los dos. Por lo tanto, un riesgo relativamente bajo de muerte o de una herida muy seria podrían ser calificados correctamente como "graves" mientras que un nivel de riesgo más alto pueda requerirse para otras formas menos serias de daño".

<sup>53</sup> Véanse los párrs. 43 *et. seq.*, *infra*, sobre medidas de protección en casos donde se invoca el art. 13(1)(b).

37. Sin embargo, "prospectivo" no significa que el comportamiento y los incidentes pasados no sean relevantes a la hora de evaluar el grave riesgo<sup>54</sup> al que se vería expuesto el niño tras su restitución al Estado de residencia habitual. Por ejemplo, incidentes anteriores de violencia doméstica o familiar pueden, dependiendo de las circunstancias particulares, tener valor probatorio respecto de si existe o no un grave riesgo. Dicho esto, el comportamiento y los incidentes pasados no son *per se* determinantes respecto de la no disponibilidad de medidas de protección efectivas para resguardar al niño del grave riesgo<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Véase "Grave riesgo" en el Glosario, *supra*.

<sup>55</sup> Véanse, p. ej. 12 UF 532/16, 6 de julio de 2016, *Oberlandesgericht München Senat für Familiensachen* (Alemania) [Referencia en INCADAT: HC/E/DE 1405], párr. 42, donde el tribunal estableció que no se podía inferir un riesgo tras las llegadas en base a un supuesto comportamiento violento en el pasado y observó que una orden de restricción vinculante se hallaba vigente para que la madre sustractora pudiera buscar la protección adecuada contra cualquier supuesto comportamiento de esa índole del padre privado del niño; *H.Z. v. State Central Authority*, 6 de julio de 2006, *Full Court of the Family Court of Australia at Melbourne* [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 876], párr. 40, donde el juez determinó, sobre el comportamiento violento e inapropiado en el pasado, que "si bien el pasado puede ser un buen indicador de un comportamiento futuro, no es determinante", y que la disponibilidad de protección legal contra dichos comportamientos impidió que se comprobara que existía un grave riesgo de que la restitución de los niños los expondría a un daño físico o psíquico o los colocaría en una situación intolerable.



## **El artículo 13(1)(b) en la práctica**



## 1. Consideración de la excepción de grave riesgo

### a. Análisis paso a paso

38. Las alegaciones de grave riesgo se realizan dentro de una variedad de situaciones, las cuales incluyen el riesgo que podría resultar de lo siguiente:
- maltrato físico, abuso sexual u otro tipo de maltrato hacia el niño, o exposición del niño a violencia doméstica ejercida por el padre o madre privado del niño contra el padre o madre sustractor;
  - la separación del niño del padre o madre sustractor, por ejemplo, cuando el padre o madre sustractor alega estar imposibilitado para regresar al Estado de residencia habitual del niño por razones de seguridad, salud o económicas, o debido a su situación migratoria o por tener procesos penales pendientes en el Estado de residencia habitual del niño;
  - la separación del niño de sus hermanos o hermanas;
  - gran preocupación acerca de la seguridad, educación, salud o economía del niño en el Estado de residencia habitual.
39. El Convenio no ofrece distintos criterios para evaluar el grave riesgo en función del tipo de riesgo o de las circunstancias subyacentes planteadas por la persona que se opone a la restitución. Por consiguiente, todas las alegaciones de grave riesgo son evaluadas sobre la base del mismo estándar o umbral y del mismo análisis paso a paso. Dicho esto, se determina con mayor frecuencia que ciertos tipos de situaciones, por ejemplo, aquellas en las que hay más probabilidad de exponer la integridad física o psíquica del niño a un riesgo inmediato, alcanzan el alto umbral requerido por la excepción de grave riesgo.
40. Como primer paso, el tribunal debe considerar si las alegaciones tienen tanto el carácter como el suficiente nivel de detalle y contundencia para poder constituir un grave riesgo. Las alegaciones poco específicas o generales muy rara vez se consideran suficientes<sup>56</sup>.
41. Si se continúa con el siguiente paso, el tribunal determina si se ha demostrado la excepción de grave riesgo a la restitución del niño mediante el análisis y la evaluación de las pruebas presentadas por la persona que se opone a la restitución del niño y/o la información recabada, teniendo en cuenta también las pruebas y/o la información relativas a las medidas de protección disponibles en el Estado de residencia habitual. Esto significa que, aun cuando el tribunal determine que existen pruebas o información suficientes que demuestran que existen elementos de daño potencial o que harían que una situación fuera intolerable, debe, sin embargo, tener debidamente en cuenta las circunstancias como un todo, incluso si se encuentran

---

<sup>56</sup> Véanse, p. ej., E.S. s/ Reintegro de hijo, 11 de junio de 2013, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) [Referencia en INCADAT: HC/E/AR 1305] donde el Tribunal consideró que la sola mención de maltrato o violencia, sin ofrecer ningún tipo de prueba, era demasiado general para configurar un grave riesgo para el niño; *Gsponer v. Johnson*, 23 de diciembre de 1988, *Full Court of the Family Court of Australia at Melbourne* (Australia) [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 255], donde se consideró que la prueba "mayormente general y no inespecífica" ofrecida por la madre sustractora acerca de episodios significativos de violencia, amenazas o maltrato del padre privado del niño contra su persona y contra el niño eran insuficientes para constituir un grave riesgo de que la restitución del niño lo exponería a un daño físico o psíquico o de que de cualquier otra manera lo colocaría en una situación intolerable.



disponibles o deberían implementarse medidas de protección adecuadas para proteger al niño de tal grave riesgo de daño o situación intolerable<sup>57</sup>, al momento de evaluar si se ha demostrado la excepción de grave riesgo.

42. Una vez que se realiza esta evaluación:

- En caso de que el tribunal *no* se haya convencido de que las pruebas presentadas/información recabada, incluso relativas a las medidas de protección, demuestran un grave riesgo, ordenará la restitución del niño<sup>58</sup>;
- En caso de que el tribunal *sí* se haya convencido de que las pruebas presentadas/información recabada, incluso relativas a las medidas de protección, demuestran un grave riesgo, no está obligado a ordenar la restitución del niño, y el dictado de una orden de restitución del niño o no queda librado a su facultad discrecional.

---

<sup>57</sup> Véanse el párr. 43 *et. seq.*, donde se analizan dichas medidas de protección.

<sup>58</sup> Cuando no se configura el grave riesgo alegado y se restituye al niño, el padre o madre sustractor puede presentar pruebas sobre su preocupación por el niño en el proceso de custodia en el Estado de residencia habitual.

## Cuestiones que examina el tribunal para analizar la excepción del artículo 13(1)(b)

Los tribunales deben actuar con urgencia en el proceso destinado a lograr la restitución inmediata del niño (preámbulo y art. 11(1)).

*¿Los hechos alegados por la persona, institución u otro organismo que se opone a la restitución del niño tienen el suficiente nivel de detalle y contundencia para constituir un grave riesgo de que la restitución del niño lo expondría a un peligro grave físico o psíquico o lo pondría en una situación intolerable?*

NO

El tribunal ordena la restitución del niño

SÍ

*En algunas jurisdicciones, los tribunales comienzan preguntándose: ¿existen medidas de protección adecuadas y eficaces disponibles y/o vigentes que puedan proteger al niño del grave riesgo alegado?*

La obtención y evaluación de la información o las pruebas se realiza de conformidad con la legislación, los procedimientos y las prácticas de cada jurisdicción.

En cuanto a las medidas de protección, el juez debería considerar pedir la cooperación de las Autoridades Centrales y/o de los jueces de la RIJLH.

Luego de evaluar la información o las pruebas:

*¿La persona, institución u otro organismo que se opone a la restitución (en la mayor parte de los casos, el padre o madre sustractor) pudo convencer al tribunal de la existencia de un grave riesgo de que la restitución expondría al niño a un peligro grave físico o psíquico o de cualquier otra manera lo pondría en una situación intolerable, teniendo en consideración las medidas adecuadas y eficaces que se encuentran disponibles o vigentes en el Estado de residencia habitual para proteger al niño del grave riesgo?*

NO

SÍ

NO

El tribunal ordena la restitución del niño

SÍ

Se demuestra la excepción de grave riesgo, y el tribunal NO está obligado a ordenar la restitución del niño

## b. Medidas de protección

43. Las medidas de protección se suelen considerar con mayor frecuencia, pero no exclusivamente, en situaciones en las que el grave riesgo alegado involucra maltrato infantil o violencia doméstica. Comprenden una gran variedad de servicios existentes, asistencia y apoyo, entre los que se incluye el acceso a asesoramiento jurídico, asistencia financiera, asistencia para la vivienda, servicios de salud, refugios y otras formas de asistencia o apoyo a las víctimas de violencia doméstica, como así también respuestas de la policía y a través del sistema de justicia penal.
44. Estas medidas de protección pueden encontrarse disponibles y ser de fácil acceso en el Estado de residencia habitual o, en algunos casos, puede que deban implementarse antes de la restitución del niño. En el último caso, las medidas de protección específicas deberían implementarse solo cuando sean estricta y directamente necesarias para abordar el grave riesgo. No deben imponerse como norma y deberían ser limitadas en el tiempo, de modo que concluyan cuando el Estado de residencia habitual del niño sea capaz de determinar si corresponden y, en ese caso, cuáles serían las medidas de protección adecuadas para resguardar al niño<sup>59</sup>. En ciertas circunstancias, si bien hay medidas de protección disponibles y accesibles en el Estado de residencia habitual, puede que no sean suficientes para abordar el grave riesgo de manera efectiva. Un ejemplo sería un caso en el que el padre o madre privado del niño ha violado las órdenes de protección en reiteradas oportunidades.
45. Los tribunales normalmente evalúan la disponibilidad y eficacia de las medidas de protección al mismo tiempo que examinan las alegaciones de grave riesgo; en subsidio, hacen esto solamente después de que la parte que se opone a la restitución demuestre la existencia y naturaleza del grave riesgo. Idealmente, teniendo en cuenta que cualquier demora podría frustrar los objetivos del Convenio, las posibles medidas de protección se deben plantear en una etapa temprana del proceso para que cada parte tenga la oportunidad adecuada de ofrecer la prueba relevante de manera oportuna en relación con la necesidad y ejecutoriedad de dichas medidas. En algunas jurisdicciones, en aras de la celeridad, cuando en un caso en particular el tribunal está convencido de que hay medidas de protección adecuadas y eficaces que se encuentran disponibles o vigentes en el Estado de residencia habitual del niño para abordar el grave riesgo alegado, puede ordenar la restitución del niño sin la necesidad de llevar a cabo una evaluación más exhaustiva de los hechos alegados.
46. En algunos Estados, puede que el tribunal ante el cual se presenta la solicitud de restitución tenga la competencia interna, en virtud de las leyes nacionales, para imponer medidas de protección como parte de la orden de restitución. En otros Estados, puede que el tribunal no tenga esa competencia. Sin embargo, en estos

---

<sup>59</sup> Véase, como ejemplo de un caso que involucra medidas de protección: *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* (véase la nota al pie 50, *supra*). Véase asimismo *J.D. v. P.D.*, (2010) ONCJ 410, 9 de septiembre de 2010, *Ontario Court of Justice* (Canadá) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 1421], párr. 47, en el que el tribunal consideró que podía "imponer compromisos para asistir en la restitución y proteger a los niños durante la transición, hasta que el tribunal escocés conozca la causa". En *Mbuyi v. Ngalula*, (2018) MBQB 176, 8 de noviembre de 2018, *Court of Queen's Bench of Manitoba* (Canadá) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 1416], párr. 62, la Corte estableció que, para determinar si la excepción provista en el artículo 13(1)(b) tenía lugar considerando los hechos en cuestión, "el tribunal a cargo de cualquier proceso judicial basado en el Convenio de La Haya delbial partir de la base de que, excepto en el más extraordinario de los casos o en el que hay suficientes pruebas para establecer lo contrario, los tribunales y las autoridades del Estado de residencia habitual de los niños serán capaces de tomar medidas para protegerlos [...]".

casos, es posible que el tribunal considere aceptar como medidas de protección compromisos voluntarios asumidos ante el tribunal por parte del padre o madre privado del niño<sup>60</sup>.

47. La eficacia de las medidas de protección, sean órdenes judiciales o compromisos voluntarios, dependerá de si se consideran ejecutorias en el Estado de residencia habitual del niño, y en qué condiciones, lo que dependerá de la ley interna de ese Estado. Una posible solución podría ser otorgarle efectos jurídicos a la medida de protección a través de una orden espejo, si ello fuera factible y estuviera disponible, en el Estado de residencia habitual. Sin embargo, el tribunal del Estado requerido no puede emitir órdenes que excedan los límites de su competencia o que no sean necesarias para mitigar un grave riesgo comprobado. Cabe destacar que los compromisos voluntarios no son fáciles de ejecutar y, por lo tanto, pueden no ser eficaces en muchos casos. Por consiguiente, a menos que los compromisos voluntarios sean ejecutorios en el Estado de residencia habitual del niño, deberían ser utilizados con prudencia, especialmente en los casos en que el grave riesgo involucra violencia doméstica.
48. En cuanto a las medidas de protección, el Convenio de 1996 puede facilitar la restitución inmediata de los niños cuando se encuentra vigente entre los Estados involucrados. Dicho Convenio contiene un criterio de competencia específico que habilita al tribunal del Estado contratante en que se encuentra el niño (y no el del Estado en que tiene su residencia habitual) a adoptar las medidas necesarias para proteger al niño en caso de urgencia<sup>61</sup>. El Convenio de 1996 contribuye a la eficacia de cualquiera de esas medidas al garantizar que se reconozcan de pleno derecho en todas las demás Partes contratantes<sup>62</sup> y que serán declaradas ejecutorias a petición de toda parte interesada conforme al procedimiento previsto por la ley del Estado en que se solicita la ejecución<sup>63</sup>. Cualquier medida para proteger al niño que haya sido tomada sobre la base de este criterio de competencia quedaría sin efecto tan pronto como los tribunales del Estado de residencia habitual (es decir, el de la residencia habitual del niño) adopten las medidas que requiera la situación, lo que destaca la importancia de la coordinación entre las autoridades competentes<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> Véase, p. ej., *Sabogal v. Velarde*, 106 F. Supp. 3d 689 (2015), 20 de mayo de 2015, *United States District Court for the District of Maryland* (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/USf 1383], en el que el tribunal impuso condiciones específicas para ordenar la restitución de los niños: que se revocara la orden de custodia temporal a favor del padre privado de los niños, para que se reinstalara la orden de custodia temporal a favor de la madre sustractora, y que el padre privado de los niños retirara los cargos en contra de la sustractora o que hiciera que se cierre la investigación. Sin embargo, es importante destacar que es posible que las condiciones impuestas en este caso no puedan imponerse en ciertos Estados contratantes.

<sup>61</sup> Art. 11 del Convenio de 1996.

<sup>62</sup> Art. 23 del Convenio de 1996.

<sup>63</sup> Art. 26 del Convenio de 1996.

<sup>64</sup> Véase, asimismo, el art. 27(5) del Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida), DO, L 178/1, de 2 de julio de 2019, que entrará en vigor el 1 de agosto de 2022. El art. 27(5) del Reglamento especifica que, cuando un órgano jurisdiccional ordena la restitución del menor, puede, en su caso, tomar medidas provisionales, incluidas las cautelares, de conformidad con el art. 15 del Reglamento, a fin de proteger al menor del riesgo mencionado en el art. 13, párrafo primero, letra b) del Convenio de la Haya de 1980, siempre que el estudio y la adopción de dichas medidas no retrase indebidamente el procedimiento de restitución.

### c. Arreglos prácticos

49. En algunas jurisdicciones, los tribunales que ordenan la restitución inmediata del niño pueden establecer arreglos prácticos para facilitar el proceso de restitución al Estado de residencia habitual. Un ejemplo de estos arreglos prácticos es que la orden de restitución establezca quién comprará los boletos de avión para la restitución del niño. Estos arreglos se diferencian de las medidas de protección porque su objetivo no es abordar un grave riesgo de daño. Los arreglos prácticos no deberían crear obstáculos para la restitución del niño, ni sobrecargar a ninguna de las partes (especialmente, al padre o madre privado del niño), ni exceder la competencia limitada del tribunal.

### d. Normas procesales y probatorias

50. El Convenio de 1980 prevé muy pocas normas procesales y probatorias. Estas cuestiones están a cargo de la *lex fori*, es decir, la ley del Estado requerido en que se encuentra el tribunal. Esto incluye las normas relativas a la **apreciación** (o *quantum*) de la prueba (*standard of proof*)<sup>65</sup>. Sin embargo, el Convenio aborda de forma explícita la cuestión de la **carga** de la prueba.

#### i. Carga de la prueba

51. La carga de demostrar la excepción recae en la persona, institución u otro organismo que se opone a la restitución del niño<sup>66</sup> que, en la mayoría de los casos, será el padre o madre sustractor. Incluso cuando el tribunal obtiene información o pruebas de oficio (de conformidad con los procedimientos internos), o si la persona u organismo que presentó la solicitud de restitución no impulsa el proceso activamente, se debe convencer al tribunal de que la parte 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.

#### ii. Limitar la información y la prueba a la cuestión de la restitución

52. Si bien las normas y prácticas relativas a la admisibilidad y obtención de la prueba difieren entre las Partes contratantes<sup>67</sup>, siempre deben aplicarse teniendo en consideración la necesidad de llevar a cabo procedimientos de urgencia y la

---

<sup>65</sup> Los criterios de apreciación de la prueba pueden diferir de un Estado contratante al otro. P. ej., muchos Estados contratantes aplican el criterio general del derecho civil de "preponderancia de la prueba" o "balance de las probabilidades"; algunos pocos Estados requieren un nivel de certidumbre más alto, p. ej., el de "pruebas claras susceptibles de generar la convicción del juez".

<sup>66</sup> Art. 13(1); véase, asimismo, el Informe Explicativo. (*op. cit.*, nota al pie 10), 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".

<sup>67</sup> Los Estados contratantes brindan cierta información sobre normas aplicables a los procesos de restitución en sus Perfiles de País (*op. cit.*, nota al pie 39). P. ej., en la sección 10.3, se brinda información, entre otras cosas, sobre si es posible decidir una solicitud de restitución únicamente sobre la base de los documentos (es decir, sin audiencia judicial) y sobre si se acepta el testimonio oral (es decir, las declaraciones vertidas en persona) en el proceso de restitución.

importancia de limitar la investigación del tribunal estrictamente a las cuestiones controvertidas que se relacionan directamente con la restitución (y no con la custodia)<sup>68</sup>.

### *iii. Admisibilidad de información relativa a la situación social del niño*

53. El artículo 13(3) facilita la recepción de pruebas o información del extranjero al establecer que el tribunal "tendrá ] 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", por ejemplo, informes sobre la situación del niño, informes escolares y médicos, si se encuentran disponibles y se relacionan directamente con la cuestión del grave riesgo, y si pueden obtenerse de conformidad con el derecho interno del Estado de residencia habitual. Esta prueba o información debe obtenerse solamente cuando sea necesario y teniendo debida consideración acerca de la necesidad de llevar a cabo el proceso con urgencia.

### *iv. Admisibilidad de la solicitud de restitución y documentos adjuntos*

54. Para facilitar la admisión de pruebas e información, el artículo 23 dispone que no se exigirá ninguna formalidad, por ejemplo, la legalización. Además, el artículo 30 dispone que toda solicitud presentada a una Autoridad Central o directamente a un tribunal, junto con los documentos respaldatorios e 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". Sin embargo, el artículo 30 no establece el valor probatorio que debe atribuirse a estos documentos, que dependerá del derecho interno y de la facultad discrecional del tribunal.

## **2. Ejemplos de alegaciones que se pueden oponer en virtud del artículo 13(1)(b)**

55. Al momento de realizar un análisis del artículo 13(1)(b), los hechos revisten gran importancia. Cada decisión del tribunal acerca de la aplicación (o no) de la excepción es, por lo tanto, única y se basa en las circunstancias particulares de cada caso. Por ese motivo, siempre se requiere un análisis cuidadoso paso a paso del grave riesgo que se alega, de conformidad con el marco jurídico del Convenio, incluida la excepción tal como se explica en esta Guía. Sin embargo, los tribunales<sup>69</sup> deben tener en cuenta que el Convenio exige que los casos se resuelvan con urgencia.
56. Esta sección brinda algunos ejemplos acerca de cómo ciertos tribunales han abordado las alegaciones de grave riesgo, utilizando diversas situaciones fácticas, así como una lista no taxativa de consideraciones o factores relevantes. Sin embargo, no trata el grado de importancia que se le debe atribuir a cada una de las consideraciones o factores, ya que esto dependerá de las circunstancias particulares del caso. Esta sección también proporciona una referencia limitada a la jurisprudencia internacional con el fin de ilustrar las cuestiones específicas que se

---

<sup>68</sup> Véase el párr. 16, *supra*.

<sup>69</sup> Véase la nota al pie 12, *supra*.

tratan. Se insta a los tribunales y a quienes se encuentren interesados a consultar INCADAT y la jurisprudencia nacional para obtener más detalles y la información más reciente acerca de cómo se han abordado diversas cuestiones relativas al artículo 13(1)(b).

#### a. Violencia doméstica contra el niño y/o el padre o madre sustractor

57. Las alegaciones de grave riesgo que surgen como consecuencia de la violencia doméstica pueden adoptar diversas formas. El padre o madre sustractor puede alegar que existe un grave riesgo de daño directo debido al maltrato físico, al abuso sexual o a otro tipo de maltrato dirigido al niño. También puede alegarse que el grave riesgo resulta de la exposición del niño a violencia doméstica infligida por el padre o madre privado del niño al padre o madre sustractor<sup>70</sup>. En algunos casos, el grave riesgo para el niño puede estar basado también en el daño que puede llegar a sufrir el padre o madre sustractor a manos del padre o madre privado del niño tras la restitución<sup>71</sup>, incluso cuando dicho daño pueda perjudicar significativamente la capacidad del padre o madre sustractor de cuidar al niño.
58. El enfoque específico del análisis de grave riesgo en estas instancias es el efecto que la violencia doméstica produce en el niño tras su restitución a su Estado de residencia habitual, y si dicho efecto alcanza el alto umbral de la excepción de grave riesgo, según la naturaleza, frecuencia e intensidad de la violencia y también las circunstancias en que es probable que se manifieste<sup>72</sup>. Por lo tanto, las pruebas de

---

<sup>70</sup> Véase, p. ej., *Miltiadous v. Tetervak*, 686 F.Supp. 2d 544 (E.D. Pa. 2010), 19 de febrero de 2010, *United States District Court, Eastern Division Pennsylvania* (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/US 1144] donde el tribunal determinó que el abuso a la madre sustractora por parte del padre privado de los niños, incluidas las amenazas de muerte y el consumo excesivo de alcohol, al igual que otros factores como la inhabilidad de las autoridades chipriotas de defenderla, y el estrés postraumático crónico que la hija sufrió como consecuencia fueron suficientes para constituir un grave riesgo.

<sup>71</sup> Véase, p. ej., *Taylor v. Taylor*, 502 Fed. Appx. 854, 2012 WL 6631395 (C.A.11 (Fla.)) (11th Cir. 2012), 20 de diciembre de 2012, *United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit* (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/US 1184]. El tribunal había admitido las pruebas de que el padre privado de la niña había amenazado con utilizar a terceros para dañar físicamente (e incluso quizás asesinar) a la madre sustractora. El tribunal observó que el caso era único, ya que el riesgo para la niña surgía no solo de las amenazas hechas por el padre privado de la niña, sino también de las amenazas hechas por un tercero desconocido, pero las actividades fraudulentas del padre privado de la niña habían creado, y probablemente continuarían creando un riesgo sustancial de daño grave para la familia y un grave riesgo para la niña en caso de regresar. Véase, asimismo, la opinión de LJ Wall en *Re W. (A Child)* [2004] EWCA Civ 1366 (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UK 771], párr. 49. En *Gomez v. Fuenmayor*, No. 15-12075, *United States Court of Appeals 11th Circuit* (Estados Unidos), 5 de febrero de 2016 (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/US 1407] el tribunal determinó que, "si bien una investigación adecuada se enfoca en el riesgo al que se enfrenta el niño y no su padre o madre, [...] es cierto que la existencia de amenazas suficientemente graves y de violencia dirigida hacia uno de ellos también puede representar un grave riesgo de daño para el niño".

<sup>72</sup> En los siguientes casos, el tribunal halló que no existía prueba de un grave riesgo para el niño. En *Tabacchi v. Harrison*, 2000 WL 190576 (N.D.Ill.), 2 de agosto de 2000, *United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division* (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/USf 465] se concluyó que el historial de abuso por parte del padre privado de la niña hacia la sustractora no constituía un grave riesgo para la niña ya que este solo se encontró presente durante dos ocasiones pasadas en las que el padre privado de la niña ejerció violencia sobre la sustractora, y porque, desde que se produjo el traslado, los padres habían acordado visitas sin dificultad y no había evidencia de que el padre privado de la niña haya maltratado u hostigado a la sustractora. Véase, asimismo, *Secretary for Justice v. Parker* 1999 (2) ZLR 400 (H), 30 de noviembre de 1999, *High Court (Zimbabwe)* [Referencia en INCADAT: HC/E/ZW 340], pág. 408, donde el tribunal observó que la conducta violenta e intimidante del padre privado de los niños era dirigida hacia la madre



que existe una situación de violencia doméstica por sí solas no son suficientes para demostrar que existe un grave riesgo para el niño<sup>73</sup>.

59. En los casos en que el padre o madre sustractor ha demostrado que existen circunstancias que involucran violencia doméstica que podrían llegar a convertirse en un grave riesgo para el niño, los tribunales deben tener en consideración la disponibilidad, idoneidad y efectividad de medidas necesarias para proteger al niño del grave riesgo<sup>74</sup>. Por ejemplo, los tribunales han ordenado la restitución del niño en casos en los que había tanto protección jurídica, como servicios policiales y sociales disponibles en el Estado de residencia habitual del niño para asistir a las víctimas de violencia doméstica<sup>75</sup>. Sin embargo, en algunas ocasiones, los tribunales pueden considerar que dicha protección jurídica y tales servicios no bastan para proteger al niño del grave riesgo<sup>76</sup>, por ejemplo, cuando el padre o madre privado del niño ha

---

sustractora y no hacia los niños, y que el entorno estresante al cual la madre sustractora dijo que los niños fueron expuestos fue causado por las relaciones desgastadas de los padres. El tribunal agregó, además, que la madre sustractora no se había negado a que el padre privado de los niños se mantuviera en contacto con ellos, sino que había fomentado ese contacto.

<sup>73</sup> Véase, asimismo, *Souratgar v. Fair*, 720 F.3d 96 (2<sup>nd</sup> Cir. 2013), 13 de junio de 2013, *United States Court of Appeals for the Second Circuit* (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/US 1240], págs. 12 y 16, donde el tribunal consideró que las acusaciones de la madre sustractora de que el padre privado del niño ejercía violencia conyugal en su contra "solo [eran] relevantes en virtud del art. 13(1)(b) si ponían al niño en un peligro grave. El art. 13(1)(b) no busca averiguar si la repatriación pondría la seguridad del [sustractor] en riesgo, sino si el niño quedaría sujeto a un grave riesgo de daño físico o psíquico". En ese caso, el tribunal de apelaciones sostuvo el fallo del tribunal de primera instancia, en el que se establecía que, si bien hubo instancias de violencia doméstica, "el niño no resultó dañado ni atacado en ningún momento", y que, "en este caso, las pruebas [...] no demuestran que el niño se enfrenta a un grave riesgo de daño físico o psíquico en caso de ser restituido".

<sup>74</sup> Véase, p. ej., *F. v. M. (Abduction: Grave Risk of Harm)* [2008] 2 FLR 1263, 6 de febrero de 2008, *Family Division of the High Court of England and Wales* [Referencia en INCADAT: HC/E/UK 1116], párrs. 13 y 14, en el que el tribunal estableció que, si "se comprueba que los tribunales del Estado requiriente garantizarán una protección adecuada de los niños y/o si el padre privado de los niños ha ofrecido suficientes compromisos de protección, la madre sustractora no puede, por lo general, ampararse en la excepción del artículo 13(1)(b), especialmente en los casos en los que se ha alegado violencia doméstica". Además, el tribunal señaló que, en este caso, el padre privado de los niños había afirmado que "cooperaría en cualquier [...] proceso judicial y realizaría compromisos de no acosar ni hostigar". Véase "Cuestiones que examina el tribunal para analizar la excepción del artículo 13(1)(b)", pág. 21.

<sup>75</sup> Véase, p. ej.: *X. (the mother) against Y. (the father)*, 22 de febrero de 2018, *Rechtbank's-Gravenhage* (Países Bajos) [Referencia en INCADAT: HC/E/NL 1391], pág. 6, donde el tribunal estableció que las alegaciones de la madre sustractora en las que afirmaba haber sido víctima de violencia doméstica de forma regular en presencia de la niña fueron insuficientes para constituir un grave riesgo, ya que "se deben considerar debidamente todas las circunstancias, incluido el hecho de si se pueden establecer medidas de protección de la niña u otros arreglos para asegurar que las consecuencias de la violencia doméstica no representen un peligro para la niña (o ya no lo hagan)". Véase, asimismo, *Mbuyi v. Ngalula* (véase la nota al pie 59, *supra*).

<sup>76</sup> Véanse, p. ej.: *State Central Authority, Secretary to the Department of Human Services v. Mander*, 17 de septiembre de 2003, *Family Court of Australia* (Australia) [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 574], párrs. 109 y 111, donde el tribunal señaló que "es evidente que el dictado de órdenes judiciales y de sanciones penales no ha reducido el grado de violencia", de tal modo que el tribunal estaba "seguro de la existencia de un grave riesgo de daño en este caso". Por consiguiente, se rechazó la restitución de los niños; No de RG 06/00395, 30 de mayo de 2006, *Cour d'appel de Paris* (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1010] donde el tribunal halló que, a pesar de que el padre sustractor interpuso una demanda en la que establecía que la niña había sido víctima de violación en la residencia familiar por parte de la pareja conviviente de la madre privada del niño, no se habían tomado medidas preventivas efectivas cuando la niña realizó acusaciones graves y expresó grandes dudas acerca de volver a vivir con la madre privada de la niña.



infringido las órdenes de protección en reiteradas oportunidades<sup>77</sup>, ya que podría exponer al niño a un grave riesgo de daño físico o psíquico, o bien dependiendo de cuan vulnerable sea ese niño desde el punto de vista psíquico<sup>78</sup>.

#### b. Desventajas económicas o de desarrollo para el niño tras la restitución

60. Cuando se alega un grave riesgo sobre la base de las desventajas económicas o de desarrollo que tendrían lugar tras la restitución del niño<sup>79</sup>, el análisis debe enfocarse en si se pueden satisfacer las necesidades básicas del niño en el Estado de su residencia habitual. El tribunal no debe embarcarse en una comparación entre las condiciones de vida que cada padre o madre (o cada Estado) puede ofrecer. Ello podría tener relevancia en un caso de custodia posterior, pero no tiene relevancia al momento de analizar el artículo 13(1)(b)<sup>80</sup>. Por lo tanto, condiciones de vida más

---

<sup>77</sup> Véase, p. ej., *Achakzad v. Zmaryalai* [2011] W.D.F.L. 2, 20 de Julio de 2010, *Ontario Court of Justice* (Canadá) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 1115], donde el tribunal aceptó las pruebas aportadas por la madre sustractora sobre que el padre privado del niño la había agredido o amenazado con agredirla en múltiples ocasiones, incluidas amenazadas de violación, y de que había portado un arma cargada cuando ella sostenía al niño. Asimismo, el tribunal halló que, dadas las circunstancias, no se podía ignorar el claro resentimiento del padre privado del niño hacia el reclamo de la madre sustractora de aplicar el artículo 13(1)(b) en su contra. Si bien los compromisos serían exigibles ya que el padre privado del niño estaba dispuesto a aceptar una medida de regreso seguro en California, el tribunal consideró que el verdadero problema era si su comportamiento futuro podría ser manejado y controlado por los tribunales de California, debido a que el padre ya había demostrado una falta de respeto hacia el sistema judicial al mentir durante la presentación de sus pruebas y al incumplir órdenes judiciales. Además, había demostrado ser incapaz de controlar su comportamiento al estar enojado. Por lo tanto, el tribunal concluyó que el regreso a California de la madre sustractora y del niño suponía un grave riesgo para ellos, que no podía ser controlado adecuadamente mediante compromisos.

<sup>78</sup> Véase, p. ej., *Ostevoll v. Ostevoll* 2000 WL 161123 (S.D. Ohio 2000), 16 de agosto de 2000, *United States District Court in Ohio* (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/US 1145], párr. 15, donde dos psicólogos testificaron a favor de la madre sustractora. El primer psicólogo le diagnosticó trastorno por estrés posttraumático a los niños, al haber "soportado conmociones y violencia física, emocional y verbal significativas" ejercida sobre ellos, además de haber presenciado la violencia ejercida sobre la madre sustractora. En particular, el primer psicólogo "opinó que la restitución de los niños a Noruega representaría, para ellos, una situación intolerable". La impresión diagnóstica del segundo psicólogo fue la de "por lo menos, un trastorno de estrés grave en cada uno de los niños", basándose en la descripción de los niños del consumo excesivo de alcohol del padre privado de los niños y de los numerosos incidentes de violencia, dirigidos hacia ellos y hacia la madre sustractora. El segundo psicólogo opinó que el padre privado de los niños sufría de un trastorno narcisista de la personalidad que "representaría un grave riesgo de daño para los niños y los pondría en una situación intolerable en caso de que regresaran a Noruega", y que "los niños sufrirían un daño psíquico irreparable como resultado de la mera orden de restitución a Noruega, independientemente de que se ordenase que vuelvan a estar bajo la custodia del [padre privado de los niños] o no".

<sup>79</sup> Véanse, p. ej.: *A.S. v. P.S. (Child Abduction)* [1998] 2 IR 244, 26 de marzo de 1998, *Supreme Court* (Irlanda) [Referencia en INCADAT: HC/E/IE 389]; *K.M.A. v. Secretary for Justice* [2007] NZFLR 891, 5 de junio de 2007, *Court of Appeal of New Zealand* (Nueva Zelandia) [Referencia en INCADAT: HC/E/NZ 1118]; *Police Commissioner of South Australia v. H.*, 6 de agosto de 1993, *Family Court of Australia at Adelaide* (Australia) [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 260]; *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* (véase la nota al pie 50, *supra*).

<sup>80</sup> Véase *No de pourvoi 08-18126*, 25 de febrero de 2009, *Cour de cassation* (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1013] donde el tribunal rechazó los argumentos de la madre sustractora acerca de que para analizar el grave riesgo se debían comparar las condiciones de vida de los niños actuales con las condiciones de vida que tendrían si fueran restituidos.

modestas<sup>81</sup> y/o un apoyo al desarrollo más limitado<sup>82</sup> en el Estado de residencia habitual no son suficientes para demostrar la excepción de grave riesgo. En general, las alegaciones del padre o madre sustractor que sostiene que es incapaz de regresar con el niño al Estado de residencia habitual, ya que posee una situación económica difícil o insostenible, debido, por ejemplo, a que su nivel de vida disminuiría, es incapaz de conseguir empleo en ese Estado o se encontraría en circunstancias precarias al volver, no serán suficientes para emitir una orden de no restitución<sup>83</sup>. En concreto, la dependencia de beneficios del Estado u otro apoyo institucional no constituye en sí un caso de grave riesgo<sup>84</sup>. Solamente circunstancias muy excepcionales pueden implicar un grave riesgo para el niño<sup>85</sup>. Cuando se ha demostrado que las circunstancias alegadas constituirían un grave riesgo, los

---

<sup>81</sup> Véanse, p. ej.: *G., P. C. c. H., S. M. s/ reintegro de hijos*, 22 de agosto de 2012, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) [Referencia en INCADAT: HC/E/AR 1315] donde el tribunal consideró una alegación acerca de la situación financiera del padre privado de los niños pero estableció que la madre sustractora no probó que esta fuera de una gravedad tal que implicaría la posibilidad de una situación extrema para los niños; *Y.D. v. J.B.*, [1996] R.D.F. 753, 17 de mayo de 1996, *Superior Court of Quebec* (Canadá) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 369] donde la madre sustractora alegó que la incapacidad financiera del padre privado de los niños exponería a los niños a un grave riesgo pero el tribunal determinó que las dificultades económicas *per se* no eran una razón válida para denegar la restitución de un niño; No de RG 11/02919, 19 de septiembre de 2011, *Cour d'appel de Lyon* (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1168] donde la madre sustractora alegó que la restitución de los niños a Alemania los exponería a un grave riesgo debido al nivel deficiente de las condiciones de alojamiento del padre privado de los niños, pero el tribunal concluyó que la sustractora no había demostrado que no cumplían con los requisitos mínimos exigidos, y señaló que el hecho de que los niños disfrutaran de mejores condiciones de vida en Francia no podía constituir un factor a tener en consideración por el país requerido, "al que no se le había requerido evaluar las cuestiones de fondo de la sentencia extranjera; 17 UF 56/16, 4 de mayo de 2016, *Oberlandesgericht Stuttgart Senat für Familiensachen* (Alemania) [Referencia en INCADAT: HC/E/DE 1406] donde se concluyó que una situación económica potencialmente menos favorable en el Estado de residencia habitual tras el regreso no constituía un grave riesgo de daño físico o psíquico para la niña.

<sup>82</sup> Véase, p. ej., *No de RG 11/01062*, 28 de junio de 2011, *Cour d'appel de Bordeaux* (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1128] donde el padre sustractor alegaba que el niño se quejaba de malnutrición, falta de higiene y negligencia en el Estado de residencia habitual, pero el tribunal observó que esto era insuficiente para establecer la existencia de un grave riesgo y que era decisión de los tribunales del Estado de residencia habitual determinar quién estaba mejor capacitado para estar a cargo del cuidado diario del niño y que el Estado de residencia habitual poseía las instalaciones e infraestructura adecuadas para controlar a los niños que vivían en ese territorio.

<sup>83</sup> Véase, p. ej., *N. R. c. J. M. A. V. s/ reintegro de hijo*, 28 de febrero de 2013, Corte Suprema (Chile) [Referencia en INCADAT: HC/E/CL 1318] donde el tribunal entendió que el simple hecho de que el regreso pudiera ser complicado para la madre sustractora debido a las dificultades para encontrar un empleo no era motivo suficiente para justificar razonablemente su negativa a regresar y que dichas cuestiones se deben tener en consideración más adelante en el proceso de custodia; No de RG 12-19382, 20 de marzo de 2013, *Cour de cassation* (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1213] donde la madre sustractora alegó que se encontraba desempleada y que recibía una ayuda de ingreso mínimo y tenía una vivienda de renta baja en Francia, lo cual no podía conseguir en Inglaterra, pero el tribunal enfatizó que las autoridades inglesas habían realizado los arreglos apropiados para asegurar la protección de los niños tras la restitución y que la madre sustractora se encontraba en una situación diferente en cuanto al beneficio de un ingreso mínimo ya que su estadía en Inglaterra ahora era obligatoria por una sentencia de un tribunal inglés, por lo que no existía un grave riesgo; 5A\_285/2007/frs, 16 de agosto de 2007, *Tribunal fédéral, Ille cour de droit civil* (Suiza) [Referencia en INCADAT: HC/E/CH 955] donde el tribunal entendió que ante la ausencia de razones objetivas que justifiquen la negativa de la madre sustractora a regresar, su regreso a vivir a Israel no parecía difícil en la práctica o imposible de afrontar económicamente, al menos durante el tiempo que durase el procedimiento judicial allí.

<sup>84</sup> Véase, p. ej., *Re A. (Minors) (Abduction: Custody Rights)* [1992] Fam 106, 12 de febrero de 1992, *Court of Appeal of England and Wales* (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UK 48] donde el tribunal halló que la dependencia de las prestaciones del Estado Australiano tras el retorno no era razón suficiente para constituir una situación intolerable.

<sup>85</sup> Véanse, p. ej., las consideraciones del tribunal en *No de RG 08/04984*, 18 de febrero de 2009, *Cour d'appel de Nîmes* (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1135].

tribunales podrán considerar la posibilidad de adoptar medidas que protejan al niño de ese riesgo, como brindar asistencia financiera urgente y por un periodo limitado de tiempo hasta que el tribunal competente del Estado de residencia habitual pueda emitir las órdenes correspondientes.

### c. Riesgos asociados a las circunstancias del Estado de residencia habitual.

61. El análisis del grave riesgo asociado a las circunstancias del Estado de residencia habitual debe enfocarse en la gravedad de la situación política, económica o de seguridad, en su impacto en el niño<sup>86</sup> y en determinar si el nivel de dicho impacto es suficiente para tener por configurada la excepción de grave riesgo, y no en la situación política, económica o de seguridad del Estado en general. Por lo común, las alegaciones de una situación grave de seguridad política o económica en el Estado de residencia habitual son, por lo tanto, insuficientes para dar lugar a la excepción de grave riesgo<sup>87</sup>. De forma similar, los episodios (aislados) de violencia en un ambiente político agitado en general no serán considerados como constitutivos de un grave riesgo<sup>88</sup>. Es más, cuando los hechos alegados sean de una naturaleza tal que podrían configurar un grave riesgo, el tribunal deberá determinar si existen medidas de protección que puedan abordar ese riesgo y, de ser así, se vería obligado a ordenar la restitución del niño<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Véase *Escaf v. Rodriguez*, 200 F. Supp. 2d 603 (E.D. Va. 2002), 6 de mayo de 2002 *United States District Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division* (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/USf 798] donde el tribunal aceptó que, si bien había evidencia de que los empresarios estadounidenses enfrentaban un alto riesgo de secuestro y violencia en Colombia y de que el padre sustractor había sido amenazado, no había pruebas claras y convincentes de que existiera un peligro grave en la ciudad donde vivía la madre privada del niño para un joven de trece años con doble ciudadanía, estadounidense y colombiana, que vivía allí con su madre y su familia colombiana.

<sup>87</sup> Véanse, p. ej.: *No de RG 11/02685*, 28 de junio de 2011, *Cour d'appel de Rennes* (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1129] donde la madre sustractora alegaba la contaminación de la Ciudad de México, la inseguridad debido al crimen en la metrópolis y los riesgos de terremotos, pero no pudo demostrar cómo estos riesgos afectaban a los niños personal y directamente; *No de pourvoi 14-17.493*, 19 de noviembre de 2014, *Cour de cassation* (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1309] donde la madre sustractora alegaba que en caso de regresar a Sudáfrica, la niña se vería expuesta a un riesgo de daño físico serio al volver a vivir en la reserva Makalali debido a las condiciones generales de vida allí presentes, pero estos motivos fueron rechazados por el tribunal.

<sup>88</sup> Véanse, p. ej., los casos que implican restituciones a Israel donde los potenciales peligros inherentes a la vida cotidiana habitualmente han sido considerados demasiado generales para configurar la excepción del art. 13(1)(b): *A. v. A.*, 5 de octubre de 2001, Juzgado de Primera Instancia de Buenos Aires (Argentina) [Referencia en INCADAT: HC/E/AR 487]; N.º 03/3585/A, 17 de abril de 2003, *Tribunal de première instance de Bruxelles* (Bélgica) [Referencia en INCADAT: HC/E/BE 547]; B-2939-01, 11 de enero de 2002, *Vestre Landsret* (Dinamarca) [Referencia en INCADAT: HC/E/DK 519]; *Freier v. Freier*, 969 F. Supp. 436 (E.D. Mich. 1996), 4 de octubre de 1996, *United States District Court for the Eastern District of Michigan, Southern Division* (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/USf 133]. Véase, asimismo: Procedimiento de Restitución Internacional de Menores, Caso N.º 2926/2008, 16 de febrero de 2009, Tercera Sala Familiar del Honorable Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (México) [Referencia en INCADAT: HC/E/MX 1038] donde las manifestaciones políticas que interrumpían la vida diaria en Venezuela y la incertidumbre general resultante de ellas no fueron entendidas como constitutivas de un grave riesgo.

<sup>89</sup> Véase, p. ej., el caso, *A. v. A.* (véase la nota al pie 88, *supra*), en el que el tribunal retrasó la ejecución del fallo de restitución dos meses, para permitir que se estabilizara la situación en el Estado de residencia habitual. Véase, asimismo, el caso *Re D. (Article 13b: Non-return)* [2006] EWCA Civ 146, 25 de enero de 2006, *Court of Appeal of England and Wales* (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 818], en el que ambos padres habían sido víctimas de tiroteos y otros ataques premeditados y focalizados en Venezuela. El tribunal coincidió con el juez de primera instancia, en el párr. 28, en que "las niñas no habían sufrido ataque alguno y tenían menos probabilidades de ser víctimas seleccionadas que sus padres, pero [corrian] peligro de sufrir daños físicos si se encontraban

#### d. Riesgos asociados a la salud del niño

62. En los casos en que se presentan alegaciones asociadas a la salud del niño, el análisis del grave riesgo debería enfocarse, por lo general, en la disponibilidad de tratamientos en el Estado de residencia habitual del niño<sup>90</sup>, y no en una comparación entre la calidad relativa del sistema de salud de cada Estado<sup>91</sup>. Por lo común, se configura un grave riesgo solamente en situaciones en las que se necesita o se necesitaría un tratamiento de manera urgente y no se encuentra disponible o accesible en el Estado de residencia habitual, o cuando la salud del niño no le permite regresar a dicho Estado en absoluto<sup>92</sup>. El simple hecho de que el Estado de residencia habitual pueda tener un nivel de atención médica diferente o un clima distinto no será en general suficiente para demostrar la excepción del artículo 13(1)(b). Por ejemplo, el hecho de que las condiciones climáticas en el Estado requirente sean distintas de las del Estado requerido no es suficiente por sí mismo para configurar la excepción de grave riesgo asociada a la salud del niño. Cuando se demuestran alegaciones asociadas a la salud del niño, el tribunal puede considerar, por ejemplo, la adopción de medidas para proteger al niño del grave riesgo tras la restitución, tales como las siguientes: proporcionar ayuda económica, seguro médico, y/o realizar preparativos para brindar atención médica al niño tras la restitución. Sin embargo, estas medidas no deben imponer cargas indebidas al padre o madre privado del niño y deberán ser limitadas en el tiempo, y solo a los fines de permitir al padre o madre sustractor acceder a los tribunales del Estado de residencia habitual que son los que están en mejores condiciones para tratar estas cuestiones.

---

con cualquiera de sus padres al momento de dichos ataques". Además, el tribunal señaló que el juez de primera instancia había establecido que "una supervisión constante, las 24 horas, de custodios armados [...] por sí misma no representaría una protección total, pero en cierto modo disminuiría el riesgo".

<sup>90</sup> Véase, p. ej., *No de pourvoi 17-11031*, 4 de mayo de 2017, *Cour de cassation* (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1346] donde el tribunal estableció que la calidad del sistema de salud en Israel era satisfactoria, y que el tratamiento antiviral de VIH que recibió la niña en Israel era el mismo que se le prescribió en Francia. Por lo tanto, contaban con un tratamiento adecuado disponible y no existían motivos para negar su restitución.

<sup>91</sup> Véanse, p. ej.: *No de rôle : 07/78/C*, 25 de enero de 2007, *Tribunal de première instance de Bruxelles* (Bélgica) [Referencia en INCADAT: HC/E/BE 857] donde la madre sustractora alegó que existía un grave riesgo para el niño porque el padre privado del niño se negaba a escuchar la recomendación urgente del psicólogo escolar acerca de llevar al niño a terapia del habla, pero el tribunal consideró que estos hechos no eran suficientes para establecer la existencia de un grave riesgo; V.L. B-1572-09, 23 de septiembre de 2009, *Vestre Landsret* (Dinamarca) [Referencia en INCADAT: HC/E/DK 1101] donde la niña requería atención especial en la escuela y cuya restitución a la madre privada de la niña el padre sustractor alegara que constituiría un grave riesgo puesto que ella padecía de esclerosis múltiple y depresión. Sin embargo, el tribunal determinó que existía una buena relación entre la niña y la madre privada de la niña, que ella se esforzaba por cuidarla de la mejor manera posible y consideró que las alegaciones no eran suficientes para establecer un grave riesgo; *DP v. Commonwealth Central Authority*, [2001] HC 39, (2001) 180 ALR 402 (Australia) [Referencia en INCADAT HC/E/AU 346], párr. 144, donde, con respecto al tratamiento de un niño con autismo, el tribunal señaló que "existen servicios en Grecia para el tratamiento del autismo en los niños", los cuales eran necesarios para la restitución, pero no se realizó una comparación de la calidad de la asistencia disponible en Australia y Grecia. Véase, asimismo, *Solis v. Tibbo Lenoski*, 2015 BCCA 508 (CanLII) [Referencia en INCADAT HC/E/CA 1403].

<sup>92</sup> Véase *State Central Authority v. Maynard*, 9 de marzo de 2003, *Family Court of Australia* (Australia) [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 541], párrs. 27, 28 y 30, donde la extensa evidencia médica demostró que la condición médica grave que padecía la niña (convulsiones epilépticas) implicaba que "viajar podría resultar en un daño grave y significativo para [la niña] o en su muerte". El tribunal, si bien rechazó los argumentos de la madre sustractora acerca de la calidad del sistema médico inglés, entendió que la restitución de la niña a Inglaterra la expondría a un grave riesgo de daño físico.

**e. Separación del niño del padre o madre sustractor cuando éste último no puede o no quiere regresar al Estado de residencia habitual del niño**

63. Las alegaciones de grave riesgo de peligro grave psíquico o de poner al niño en una situación intolerable tras la separación del padre o madre sustractor cuando este no puede o no quiere regresar se presentan con frecuencia en los procesos de restitución en una amplia gama de circunstancias. Sin embargo, las decisiones judiciales de numerosas Partes contratantes demuestran que los tribunales rara vez hacen lugar a la excepción del artículo 13(1)(b) en los casos en que el padre o madre sustractor no puede o no quiere regresar con el niño al Estado de residencia habitual de este último<sup>93</sup>.
64. El enfoque principal del análisis del grave riesgo en estas situaciones está puesto en el efecto que tendría en el niño la posible separación o la falta de cuidado parental en caso de una orden de restitución, y en si dicho efecto alcanza el alto umbral de la excepción de grave riesgo, teniendo en cuenta la disponibilidad de medidas de protección para abordar el grave riesgo<sup>94</sup>. Ello difiere de las circunstancias o las razones por las cuales el padre o madre sustractor no puede regresar al Estado de residencia habitual del niño, aunque estas podrían formar parte de la evaluación del efecto que tendría en el niño una posible separación.
65. En los casos en que la separación del padre o madre sustractor alcanza el estándar necesario para configurar un grave riesgo, las circunstancias o las razones por las cuales el padre o madre sustractor no puede regresar al Estado de residencia habitual del niño pueden resultar particularmente relevantes para determinar las medidas de protección disponibles a fin de remover los obstáculos que impiden el regreso del padre o madre sustractor y abordar el problema del grave riesgo<sup>95</sup>. En los párrafos 67 a 72 se presentan ejemplos de algunos de los obstáculos comúnmente planteados por los padres o madres sustractores y de los tipos de medidas que pueden resultar de utilidad a los tribunales en diversos supuestos. En subsidio, cuando no se pueden remover los obstáculos que impiden el regreso del padre o madre sustractor, hay otras medidas de protección posibles, por ejemplo, que el padre o madre privado del niño u otra persona cuide al niño tras su restitución al Estado de residencia habitual hasta que un tribunal de ese Estado pueda tomar una decisión con respecto a su custodia.
66. Al momento de abordar el grave riesgo, es importante que los procesos de custodia pendientes en el Estado de residencia habitual se agenden de inmediato<sup>96</sup>; el tribunal que ordena la restitución podría requerir, como medida de protección del niño, que

---

<sup>93</sup> Véanse los párrs. 67-72, *infra*.

<sup>94</sup> Véanse, p. ej.: *No de RG 11/01437*, 1 de diciembre de 2011, *Cour d'appel d'Agen* (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1172] donde el tribunal concluyó que una separación del niño de la madre sustractora no constituía un grave riesgo, a pesar de que era ella quien siempre lo había cuidado, porque el niño tenía una buena relación con el padre privado del niño y una familia afectuosa en el Estado de residencia habitual; 7 UF 660/17, 5 de julio de 2017, *Oberlandesgericht Nürnberg Senat für Familiensachen* (Alemania) [Referencia en INCADAT: HC/E/DE 1409] donde el tribunal se enfocó en determinar si el grave riesgo de daño psíquico para la niña sería tal que excedería significativamente el estrés emocional que la niña experimentaría normalmente debido a una restitución y concluyó que en ese caso no había evidencia de que esto fuera a ocurrir.

<sup>95</sup> En algunas jurisdicciones, es posible que los tribunales evalúen las medidas disponibles para remover los obstáculos al regreso del padre o madre sustractor antes de analizar las acusaciones de hecho de grave riesgo. Si se pueden implementar dichas medidas, el tribunal podría resolver la solicitud de restitución sin tener que evaluar las alegaciones del padre o madre sustractor de que separarlo del niño daría lugar a un grave riesgo.

<sup>96</sup> Véase "Agendar" en el Glosario, *supra*.



el proceso de custodia se lleve a cabo tan pronto como sea posible una vez restituido el niño al Estado de su residencia habitual. Si las leyes y los procedimientos correspondientes lo permiten, se podría informar a las partes sobre los procesos abreviados que existan en el Estado de residencia habitual del niño. Además, dependiendo de las circunstancias, y cuando sea posible en los dos Estados involucrados, el tribunal que ordena la restitución también podría ayudar a facilitar la inclusión inmediata de los procesos en la agenda mediante el uso de comunicaciones judiciales directas<sup>97</sup>.

***i. Acción penal contra el padre o madre sustractor en el Estado de residencia habitual del niño como consecuencia del traslado o de la retención ilícitos***

67. El padre o madre sustractor puede oponerse a regresar por el riesgo de ser declarado penalmente responsable de trasladar o retener al niño ilícitamente y cuando su encarcelamiento podría dar lugar a una separación que produciría un grave riesgo para el niño. El tribunal puede considerar la posibilidad de buscar información sobre el estado de una orden de arresto o un proceso penal pendiente, como así también de retirar la orden o los cargos. Por ejemplo, el padre o madre privado del niño, o bien las autoridades competentes del Estado de residencia habitual del niño, pueden brindar garantías de que no se interpondrá una acción penal o de otra índole, o de que al menos no se arrestará al padre o madre sustractor, de ser posible<sup>98</sup>. El desistimiento de los cargos pendientes o, cuando corresponda, de una orden de arresto podría lograrse con el auxilio de las autoridades penales o judiciales, incluso, cuando corresponda, mediante el uso de comunicaciones judiciales directas, si ello fuera permitido en el Estado requerido y en el Estado de residencia habitual<sup>99</sup>. Las Autoridades Centrales también podrían brindar asistencia

---

<sup>97</sup> Véase, p. ej., *Re G. (Abduction: Withdrawal of Proceedings, Acquiescence, Habitual Residence)* [2007] EWHC 2807 (Fam), 30 de noviembre de 2007, *High Court (Family Division) of England and Wales* (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 966], párr. 78, donde el tribunal emitió una orden de restitución condicionada a que las partes tomen medidas inmediatas para llevar el caso ante el tribunal en Canadá (el Estado de residencia habitual) para que adopte una decisión sobre los arreglos futuros para los niños fundada en una investigación exhaustiva sobre su bienestar. Para este fin, el juez realizó una investigación con el Juez del Tribunal Superior de Alberta designado como el contacto para las cuestiones de la provincia de Alberta en el Convenio de 1980, quien aseguró que, cuando cualquiera de las dos partes lo solicitara, se podían realizar arreglos para la celebración de una audiencia abreviada en esa provincia.

<sup>98</sup> Véanse, p. ej.: *Motion for Leave to Appeal (Family Matters)* 5690/10, 10 de agosto de 2010, de Israel (*Supreme Court of Israel* (Israel) [Referencia en INCADAT: HC/E/1290], párrs. 3 y 5, donde el tribunal, tras las alegaciones de la madre sustractora de que existía un riesgo sustancial de quedar detenida debido al traslado ilícito, observó que se había desestimado la orden de arresto y que el abogado del padre privado del niño le había escrito al fiscal local en los Estados Unidos para informar que el padre privado del niño no tenía interés ni intención alguna de que se llevara a cabo un proceso penal en contra de la madre sustractora y solicitaba que se haga valer su postura sobre el tema. El tribunal señaló que, si bien el fiscal no estaba sujeto a actuar según lo establecido en esa carta, "la experiencia indica que, salvo en casos excepcionales [...], las probabilidades de que se arreste al [padre o madre sustractor] no eran altas"; *Sabogal v. Velarde* (véase la nota al pie 60, *supra*) donde el tribunal ordenó la restitución con la condición de que el padre privado de los niños arreglara, entre otras cosas, que se desestimaran los cargos penales presentados en contra de la madre sustractora o se cerrara la investigación llevada a cabo en su contra, ya que, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, los niños no podrían quedarse con el padre privado de los niños tras la restitución.

<sup>99</sup> Véase, p. ej., *Re M. and J. (Abduction) (International Judicial Collaboration)* [1999] 3 FCR 721, 16 de agosto de 1999, *High Court of England and Wales* (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 266] donde se realizó una restitución voluntaria mediante la cooperación internacional entre el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (*High Court of England and Wales*), la Autoridad Central de

o proporcionar información al respecto según lo permita el derecho interno. Si se retiran los cargos, o, cuando corresponda, la orden de arresto, el supuesto impedimento para que el padre o la madre regrese ya no existe. Por otro lado, si los cargos o la orden de arresto no se pueden retirar, puede que el tribunal deba evaluar el grave riesgo alegado que resulte de una posible separación del padre o madre sustractor, tal como se describe en los párrafos 63 a 66, incluso las posibles medidas de protección destinadas a organizar el cuidado del niño durante una separación. En dichos casos, puede que resulte necesario distinguir entre un padre o madre sustractor que será encarcelado a la espera del proceso penal inmediatamente después de su regreso al Estado de residencia habitual del niño, y un padre o madre sustractor que podría llegar a enfrentarse a una condena a prisión luego de ser juzgado por un tribunal penal de ese Estado. El hecho de que los cargos o la orden no se puedan retirar no suele ser razón suficiente para tener por configurada la excepción de grave riesgo<sup>100</sup>.

## ii. *Problemas migratorios del padre o madre sustractor*

68. Las alegaciones de obstáculos para el retorno de un padre o madre sustractor que conllevan problemas migratorios, por ejemplo, cuando el padre o madre sustractor alega que no puede ingresar al Estado de residencia habitual en razón del vencimiento de su visa o de que no tiene derecho a residir, generalmente pueden tratarse de forma temprana en el proceso de restitución mediante la obtención de los permisos migratorios pertinentes, ya sea por los propios esfuerzos del padre o madre sustractor o, cuando sea posible y apropiado, mediante la cooperación entre las Autoridades Centrales y/u otras autoridades competentes, que deberían intervenir lo antes posible en estos casos. Incluso cuando esto no es posible, los tribunales suelen negarse a considerar las alegaciones de grave riesgo para el niño que resultan de una posible separación si el padre o madre tiene la posibilidad de regresar al Estado requirente al menos por un breve período de tiempo suficiente para asistir al proceso de custodia, o cuando la entrada del padre o madre sustractor al Estado de residencia habitual está sujeta a determinadas condiciones<sup>101</sup>. Es necesario enfatizar que, como norma, el padre o madre no debe, mediante su inacción o retraso en solicitar las autorizaciones migratorias necesarias, crear una situación que sea potencialmente perjudicial para el niño y luego basarse en ella para demostrar un grave riesgo.

---

Inglaterra, el Tribunal Superior de California (*Superior Court of California*), el Fiscal de Distrito de California y el Juez Supervisor del Departamento de Derecho de Familia del Tribunal Superior de Los Ángeles (*Supervising Judge of the Family Law Department Los Angeles Superior Court*). En este caso, el padre sustractor violó la libertad provisional cuando sustrajo a los niños y, en caso de regresar, se enfrentaba a un período significativo en prisión. En un proceso extrajudicial, cada persona o institución interesada en este caso se turnó para trabajar en el sobreseimiento del padre sustractor, acelerar los procedimientos de custodia sustantivos y dar prioridad a las investigaciones necesarias sobre el bienestar de los niños. Un compromiso negociado entre el padre y la madre permitió después al padre sustractor regresar de forma voluntaria con los niños al Estado de residencia habitual.

<sup>100</sup> Véase, nuevamente, *Motion for Leave to Appeal (Family Matters)* (véase la nota al pie 98, *supra*) donde el tribunal, tras los esfuerzos del padre privado del niño por retirar los cargos penales, observó que mientras dichos esfuerzos no vincularan a las autoridades, las probabilidades de que la madre sustractora fuera arrestada eran bajas. El tribunal señaló que la madre sustractora no debería tener derecho a alegar que un niño debe quedarse en el Estado al que fue trasladado fundándose en su preocupación por ser arrestada en el Estado del que se sustrajo al niño.

<sup>101</sup> Véanse, p. ej.: 2Ob90/10i, 8 de julio de 2010, Oberster Gerichtshof (Austria) [Referencia en INCADAT: HC/E/AT 1047]; *H. v. H.* [1995] 12 FRNZ 498, 4 de diciembre de 1995, *High Court at Wellington* (Nueva Zelanda) [Referencia en INCADAT: HC/E/NZ 30].

**iii. Falta de acceso efectivo a la justicia en el Estado de residencia habitual**

69. El padre o madre sustractor puede sostener, por ejemplo, que no quiere regresar al Estado de residencia habitual porque no dispone de los medios necesarios para costear su representación legal, que los tribunales de dicho Estado no son imparciales o que existen otras barreras que le impiden acceder a los tribunales a efectos del proceso de custodia<sup>102</sup>. Si se teme que el padre o madre sustractor no tenga acceso efectivo a la justicia, el tribunal puede considerar recurrir a la colaboración de las Autoridades Centrales pertinentes o utilizar comunicaciones judiciales directas para evaluar estas alegaciones y/o tomar medidas, de ser posible, para facilitar el acceso a los tribunales al poco tiempo de la restitución. El mero hecho de que el padre o madre no disponga de los medios necesarios para costear su representación legal no ha sido considerado suficiente para demostrar una falta de acceso efectivo a la justicia<sup>103</sup>. De todas formas, puesto que el Convenio se basa en la confianza mutua entre los Estados, las evaluaciones que se realicen en los procesos de restitución no deben comparar la calidad relativa de los sistemas judiciales de ambos Estados (por ejemplo, en cuanto a la celeridad de los procesos).

**iv. Razones médicas o familiares que involucran al padre o madre sustractor**

70. Cuando se establecen razones médicas que involucran al padre o madre sustractor, se pueden considerar las características y la seriedad del problema de salud (físico o psíquico), al igual que la posibilidad de un tratamiento médico adecuado en el Estado de residencia habitual para evaluar los fundamentos por los cuales el padre

---

<sup>102</sup> Véanse, p. ej., *No de RG 11/02685*, 28 de junio de 2011, *Cour d'appel de Rennes* (Francia) (véase la nota al pie 87, *supra*) donde el tribunal rechazó las alegaciones infundadas de la madre sustractora en las que afirmaba que su derecho a tener un juicio justo en México se vería amenazado; *Secretary for Justice v. N., ex parte C.*, 4 de marzo de 2001, *High Court at Wellington* (Nueva Zelanda) [Referencia en INCADAT: HC/E/NZ 501] donde el tribunal rechazó las alegaciones de la madre sustractora acerca de su situación jurídica en Chile y señaló que había un sistema de tribunales de familia especializados en dicho Estado, para el cual el interés superior de las niñas sería primordial al momento de decidir las cuestiones relativas a la custodia; *Pliago v. Hayes*, 843 F.3d 226 (6th Cir. 2016), 5 de diciembre de 2016, *Court of Appeals for the Sixth Circuit* (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/US 1386], pág. 2, donde el tribunal sostuvo el fallo del tribunal de primera instancia y desestimó los argumentos de la madre sustractora de que "había un grave riesgo de una 'situación intolerable' porque el estatus diplomático del [padre privado del niño] comprometía la capacidad de los tribunales turcos de decidir debidamente sobre la custodia". El tribunal estableció, en la pág. 8, que "el texto del artículo 13(1)(b) apoya la interpretación de que una 'situación intolerable' puede incluir las situaciones en las que uno de los padres busca restituir al niño a un país en el que los tribunales no son capaces de decidir sobre la custodia", pero que la madre sustractora no había logrado probar la "situación intolerable" con los hechos del caso en cuestión (pág. 11).

<sup>103</sup> Véase, p. ej.: *F. v. M. (Abduction: Grave Risk of Harm)* (véase la nota al pie 74, *supra*), párr. 15, donde la madre sustractora alegó que la restitución pondría a los niños en una situación intolerable debido a su posición frente al sistema jurídico francés. Afirmaba que no podría obtener representación legal, que los tribunales y servicios sociales franceses estaban en su contra, que no había podido lograr que reconocieran ni que tuvieran en cuenta sus alegaciones detalladas y que corría riesgo, dada la imagen que tenían sobre su pareja cohabitante actual, de que el Estado le quitara a su tercer niño. El tribunal sostuvo, en el párrafo 18, que era "casi imposible afirmar sin una defensa específica y detallada que el proceso jurídico [de Francia] es de tal índole que produciría la intolerabilidad por sí mismo; en otras palabras, las circunstancias reales de intolerabilidad deben ser argumentadas". En el párrafo 19, el tribunal sostuvo que "a menos que hubiera pruebas persuasivas y convincentes que demostraran lo contrario, la cortesía y el respeto a la política del Convenio lo obligaban, [...] a determinar que los tribunales franceses estaban en condiciones de investigar y de decidir sobre las alegaciones contrapuestas de las partes, como cualquier otro tribunal".



o madre sustractor no puede regresar<sup>104</sup>. Si el tratamiento necesario se encuentra disponible o puede organizarse, es posible que se retiren los supuestos obstáculos para su regreso. Sin embargo, puede haber situaciones en las que la disponibilidad de un tratamiento médico no sea suficiente para retirar los obstáculos para el regreso del padre o madre sustractor. Este puede ser el caso, por ejemplo, si el padre o madre sustractor se arriesga a un deterioro extremo de su salud mental<sup>105</sup> si regresa al Estado de residencia habitual. En esos casos, el tribunal debe evaluar el grave riesgo alegado que el niño sufriría, tal como se describe en los párrafos 63 a 66 *supra*. Como parte de su evaluación, el tribunal debe considerar cualquier medida de protección para resguardar al niño del grave riesgo que pueda afectarlo tras su restitución al Estado de residencia habitual.

71. El padre o madre sustractor puede alegar su imposibilidad de regresar al Estado de residencia habitual debido a que ha formado una nueva familia en el Estado requerido<sup>106</sup>. Si la madre es quien sustrajo al niño, además puede alegar que se encuentra embarazada o tiene un nuevo hijo a quien debe amamantar. Si la madre sustractora alega que sus circunstancias no le permiten tomar medidas para su regreso, el tribunal deberá evaluar sus alegaciones de grave riesgo para el niño, tal como se describe en los párrafos 63 a 66. En esos casos, el hecho de que la madre deba enfrentar un dilema incómodo puede no considerarse suficiente para concluir que la restitución del hijo mayor lo expondría a un grave riesgo<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Véanse, p. ej.: *LPQ v. LYW* [2014] HKCU 2976, 15 de diciembre de 2014, *High Court of the Hong Kong Special Administrative Region* (China) [Referencia en INCADAT: HC/E/CNh 1302] donde el padre sustractor afirmó que él no podía regresar a Japón porque eso lo "quebraría mentalmente" y la restitución de los niños sin él, su cuidador principal, los pondría en una situación intolerable, también debido a la ocupada agenda de trabajo de la madre privada de los niños, su falta de afecto hacia ellos y su mal temperamento. El tribunal rechazó las alegaciones infundadas del padre sustractor y estableció, en el párr. 48, que el artículo 13(1)(b) trata, principalmente, sobre el impacto de la restitución en los niños y no en el padre sustractor; *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* (véase la nota al pie 50, *supra*) donde el tribunal halló que el deterioro en la salud mental de la madre sustractora constituiría un grave riesgo de daño psíquico para las niñas, pero que había medidas de protección apropiadas para abordar esa preocupación, las que incluían los compromisos del padre privado de las niñas de poner a disposición la casa familiar para que solo la madre sustractora y las niñas la ocuparan y proporcionar apoyo financiero.

<sup>105</sup> Véase, p. ej., *Director-General, Department of Families v. R.S.P.* [2003] FamCA 623, 26 de agosto de 2003, *Full Court of the Family Court of Australia* (Australia) [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 544] donde el tribunal halló en base a las pruebas no controvertidas aportadas por un psiquiatra que, si la niña era restituido existía un grave riesgo de que la madre sustractora se suicidara y que el efecto del suicidio de la madre sustractora tendría un efecto devastador en la niña. Véase, asimismo, el asunto: *Re S. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2012] UKSC 10, [2012] 2 A.C. 257, 14 de marzo de 2012, *Supreme Court of the UK* (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 1147] donde la Corte aceptó pruebas médicas en el juicio de que la salud de la madre sustractora, que padecía de un tipo de trastorno de estrés postraumático, conocido como el Síndrome de las mujeres maltratadas, se deterioraría mucho si se le exigía regresar a Australia. Teniendo en cuenta la fragilidad de la salud psicológica de la madre sustractora, entendió que las medidas de protección ofrecidas no evitarían el grave riesgo de poner al niño en una situación intolerable en caso de disponer su restitución a Australia.

<sup>106</sup> Véase, p. ej., *Re C. (Abduction: Grave Risk of Psychological Harm)* [1999] 1 FLR 1145, 2 de diciembre de 1999, *Court of Appeal of England and Wales* (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 269] donde el tribunal sostuvo que el juez de primera instancia cometió un error al poner demasiado énfasis en el hecho de que la nueva pareja de la madre sustractora no sería capaz de regresar al Estado de residencia habitual por cuestiones de inmigración, y que la madre sustractora y su pareja, quienes estaban al tanto de los posibles problemas, habían creado condiciones adversas para ahora sacar ventaja de las mismas.

<sup>107</sup> Véase, p. ej., *Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs*, 24 de septiembre de 1999, *Family Court of Australia at Brisbane* (Australia) [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 294] donde se alegó que la niña sería expuesta a un grave riesgo debido a que la madre

**v. Negativa rotunda a regresar**

72. En algunos casos, el padre o madre sustractor declara de un modo inequívoco que no regresará al Estado de residencia habitual y que su separación del niño, si este es restituido, es inevitable. En dichos casos, a pesar de que el regreso del padre o madre sustractor con el niño muchas veces protegería al niño del grave riesgo, cualquier intento de introducir medidas de protección o arreglos para facilitar el regreso del padre o madre sustractor puede resultar ineficaz debido a que, en general, el tribunal no puede forzarlo a regresar. Es necesario destacar que, como norma, el padre o madre sustractor no debe, mediante el traslado o la retención ilícitos del niño, crear una situación que sea potencialmente perjudicial para el niño y luego basarse en ella para demostrar la existencia de un grave riesgo para el niño<sup>108</sup>.

**f. Separación del niño de su(s) hermano(s)**

73. El tribunal ante el que tramita el proceso de restitución puede tener que abordar una alegación de grave riesgo producto de una posible separación de hermanos en casos en que, por ejemplo, uno de los hermanos se opone a ser restituido de conformidad con el artículo 13(2), y el tribunal considera negar la restitución de dicho hermano sobre esa base<sup>109</sup>. O, en otro caso, en que el tribunal estima que un niño ha sido trasladado o retenido ilícitamente por el padre o madre sustractor junto con su hermano/hermanastro con respecto al cual no se ha presentado una solicitud de restitución conforme al Convenio o al cual aquel no es aplicable (por ejemplo, cuando el niño ha cumplido los 16 años de edad o cuando el padre o madre privado del niño no posee derechos de custodia sobre ese niño, según lo definido en el Convenio).
74. En algunos casos, la separación de hermanos puede resultar difícil y problemática para cada niño. El enfoque del análisis del artículo 13(1)(b), sin embargo, consiste en determinar si la separación afectaría al niño de manera tal que constituiría un grave riesgo tras su restitución y en dicha medida<sup>110</sup>. Este análisis debe realizarse para cada niño de forma individual, sin convertirse en un análisis enfocado en el "interés

---

sustractora no deseaba y no era capaz de regresar a Sudáfrica. Esto se debía a que, desde su arribo a Australia, había dado a luz a su segundo hijo al que todavía estaba amamantando. Además, su nueva pareja se rehusaba a permitir que el recién nacido fuera a Sudáfrica. El tribunal sostuvo que la situación en la que se encontraba la madre sustractora era en gran parte su culpa y que este dilema no llevaba a la conclusión de que la restitución de la hija mayor la exponería a un grave riesgo.

<sup>108</sup> Véase, p. ej., *Director General, Department of Community Services Central Authority v. J.C. and J.C. and T.C.*, 11 de julio de 1996, *Full Court of the Family Court of Australia at Sydney* (Australia) [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 68]. Véase, asimismo, *G., P. C. c. H., S. M. s/ reintegro de hijos* (véase la nota al pie 81, *supra*) donde el tribunal sostuvo que permitir que el mecanismo de restitución se desactivara automáticamente por el solo hecho de que la madre sustractora se rehusara a regresar sometería al sistema diseñado por la comunidad internacional a la voluntad unilateral de la acusada.

<sup>109</sup> Véase, p. ej., *In the Matter of L.L. (Children)*, 22 de mayo de 2000, *Family Court of New York* (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/USs 273].

<sup>110</sup> Véase, p. ej., *O. v. O.* 2002 SC 430, 3 de mayo de 2002, *Outer House of the Court of Session of Scotland* (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKs 507] donde se afirmó que los niños tendrían dificultades al regresar a Irlanda, particularmente porque serían separados de los 3 hijos de la nueva pareja del padre sustractor, pero no se estableció ningún grave riesgo específico o definitivo de daño físico o psíquico. Véase, asimismo, *Re T. (Abduction: Child's Objections to Return)* [2000] 2 F.L.R. 192, 18 de abril de 2000, *Court of Appeal of England and Wales* (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 270], en el que el tribunal estableció que restituir solo al hijo menor lo pondría en una situación intolerable. Su hermana y él habían atravesado tiempos difíciles juntos y él dependía de su hermana, quien había sido, por momentos, su "pequeña madre". Bajo estas circunstancias, el tribunal concluyó que se había establecido un grave riesgo para el hijo menor.

superior"<sup>111</sup>. Por consiguiente, la separación de hermanos que resulte de la no restitución de un niño (sin importar los fundamentos jurídicos que se invoquen para justificarla) no suele constituir una determinación de grave riesgo para el otro niño<sup>112</sup>.

75. Tal como se estableció en el párrafo 72, como norma, un padre o madre no debe, a través del traslado o de la retención ilícitos, crear una situación que sea potencialmente perjudicial para el niño y luego basarse en dicha situación para alegar la existencia de un grave riesgo. Esto aplica no solo a la alegación de un grave riesgo de daño como consecuencia de la separación del niño del padre o madre sustractor, sino también a alegaciones vinculadas a la separación de hermanos. En cada caso, el tribunal debería analizar si la alegación de una posible separación de los hermanos causada por la restitución de solo uno de ellos sería el resultado de las acciones o del comportamiento del padre o madre sustractor; por ejemplo, en los casos en que el padre o madre sustractor decide, básicamente, no restituir al hermano cuya situación no está cubierta por el Convenio<sup>113</sup>, no porque dicha restitución no sea posible ni porque le causaría algún tipo de daño a ese hermano, sino para poder alegar un grave riesgo para el otro niño cuyo caso se encuentra ante el tribunal sobre la base de una posible separación de los hermanos si el tribunal ordenara su restitución. En estos casos, los tribunales deberían ser especialmente cuidadosos al analizar la alegación de un grave riesgo, para que el padre o madre sustractor no se beneficie de una situación causada por sus propias acciones o comportamiento<sup>114</sup>.
76. En un caso que involucre la posible separación de hermanos en particular, el tribunal también debería considerar que la orden de restitución no debe necesariamente derivar en la falta de contacto entre los niños o llevar a una separación permanente de los hermanos<sup>115</sup>. El contacto entre los hermanos puede ser mantenido, sea cara a cara o por otros medios, tanto mediante un acuerdo como mediante una orden del tribunal del Estado de residencia habitual o del tribunal ante el que tramita el proceso de restitución. Los tribunales deben tener en cuenta que los tribunales del Estado de residencia habitual tendrán la oportunidad de considerar dónde deben vivir los hermanos y si deben vivir juntos, como parte de una evaluación completa del interés superior en cualquier proceso de custodia tras la restitución.

---

<sup>111</sup> *Chalkley v. Chalkley* (1995) ORFL (4th) 422, 13 de enero de 1995, *Court of Appeal of Manitoba* (Canadá) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 14] donde el tribunal señaló que el art. 13 se aplica a un "menor" que es objeto de una solicitud de restitución y que no hace mención de "niños" o "hermanos".

<sup>112</sup> Véase, p. ej., *LM v. MM Nevo*, RFAmA 2338/09, 3 de junio de 2009, *Supreme Court of Israel* (Israel) [Referencia en INCADAT: HC/E/IL 1037].

<sup>113</sup> Véase el párr. 73, *supra*.

<sup>114</sup> Véase, p. ej., *DZ v. YVAMVD*, RFAmA 2270, 30 de mayo de 2013, *Supreme Court of Israel* (Israel) [Referencia en INCADAT: HC/E/IL/1211].

<sup>115</sup> Véase, p. ej., *K.M.A. v. Secretary for Justice* (véase la nota al pie 79, *supra*).



**Buenas prácticas  
para los tribunales  
en los casos en  
que se invoca  
el artículo 13(1)(b)**



77. Las buenas prácticas detalladas en esta sección de la Guía deben considerarse solamente si resultan apropiadas y están habilitadas conforme a las leyes y los procedimientos correspondientes del Estado contratante individual, y si un tribunal los considera apropiados para el caso específico.

## 1. Principio general: gestión efectiva de los casos

78. El objetivo de esta sección es identificar las buenas prácticas destinadas a facilitar la capacidad de los tribunales para abordar las alegaciones de grave riesgo con eficacia y de manera rápida y sumamente precisa. Estas buenas prácticas se presentan como parte de la gestión efectiva de los casos en un esfuerzo por garantizar que los procesos se mantengan enfocados en el objeto/alcance limitado que caracteriza a los procesos de restitución (incluida la excepción de grave riesgo) y por acelerar la resolución del asunto.
79. La gestión efectiva de los casos permite al tribunal supervisar y planificar su manejo y progreso, asegurándose de que lleguen rápidamente a instancia de resolución y evitando que se generen demoras injustificadas en el proceso. Esto supone que el tribunal se comunique o reúna con las partes y/o sus asesores jurídicos en las primeras etapas del proceso de restitución y durante todo el proceso cuando fuere necesario.
80. La gestión de los casos debe comenzar lo antes posible y ser continua al menos hasta que se tome una decisión acerca de la restitución o, incluso, dependiendo del rol del tribunal en la etapa de ejecución y de si lo permiten las leyes y los procedimientos nacionales, hasta que la orden se haya ejecutado o implementado de alguna otra manera. Es responsabilidad del juez resolver el proceso iniciado en virtud del Convenio con la mayor celeridad posible. Esto incluye dictar un fallo lo antes posible y seguir todos los pasos para garantizar que las órdenes se dicten de forma que se asegure su eficacia inmediata.
81. Como parte de una gestión efectiva de los casos, el tribunal debe, cuando resulte apropiado de conformidad con las leyes y los procedimientos correspondientes:
- asegurarse de que las cuestiones relevantes se identifiquen de forma temprana para que las partes puedan presentar las pruebas pertinentes;
  - considerar si la Autoridad Central de los Estados requerido y/o requirente pueden proporcionar información o asistencia con respecto a las alegaciones de ambas partes y/o la disponibilidad de medidas de protección para abordar el grave riesgo, como así también para facilitar los arreglos para la restitución del niño;
  - considerar si la información o asistencia con respecto a las alegaciones de ambas partes y/o la disponibilidad de medidas de protección para abordar el grave riesgo, como así también para facilitar los arreglos para la restitución del niño, pueden obtenerse mediante la RIJLH o mediante comunicaciones judiciales directas<sup>116</sup>, cuando éstas se encuentren disponibles.

---

<sup>116</sup> Véanse los Lineamientos emergentes relativos a las Comunicaciones Judiciales (*op. cit.*, nota al pie 2).

## 2. Buenas prácticas en la gestión de casos

### a. Identificación temprana de las cuestiones relevantes

82. Es importante identificar las cuestiones relevantes de un modo preciso como forma de limitar la naturaleza y la cantidad de pruebas y argumentos a presentar. Como parte de una gestión temprana del caso<sup>117</sup>, el juez debería, cuando resulte apropiado de conformidad con las leyes y los procedimientos correspondientes:

- determinar cuáles son las cuestiones relevantes;
- identificar las cuestiones controvertidas y cerciorarse de que las partes limiten sus presentaciones a lo que es relevante conforme al alcance limitado de la excepción, si es que se ha planteado;
- identificar qué información/pruebas pretenden presentar las partes;
- identificar cualquier hecho acordado o no controvertido.

### b. Solución amigable

83. La gestión efectiva de los casos incluye analizar la resolución de la controversia y brindar oportunidades para que las partes la resuelvan mediante procesos extrajudiciales<sup>118</sup>. Dependiendo de la legislación, los procedimientos y las prácticas correspondientes de cada Estado, la mediación<sup>119</sup> o cualquier otra forma de mecanismo alternativo de resolución de controversias pueden encontrarse disponibles para ayudar a los padres a ponerse de acuerdo respecto de los arreglos destinados a la restitución (o no) del niño, y de ser apropiado, sobre cuestiones de fondo, que pueden incluir arreglos para la reubicación del niño en el Estado requerido y el contacto con el padre o madre privado del niño. Como parte de la gestión temprana de casos del proceso de restitución, y cuando la mediación y otras formas de mecanismos alternativos de resolución de controversias se encuentren disponibles, el tribunal debería, cuando resulte apropiado de conformidad con las leyes y los procedimientos correspondientes:

- evaluar con cuidado, como generalmente se requiere, si la mediación o cualquier otra forma de mecanismo alternativo de resolución de controversias son adecuados<sup>120</sup>. Dicha evaluación puede resultar de particular importancia cuando

---

<sup>117</sup> En muchas jurisdicciones, se organiza una audiencia preliminar para abordar estas cuestiones.

<sup>118</sup> P. ej., en los Países Bajos, la mediación entre el padre o madre sustractor y el padre o madre privado del niño está incorporada en los procesos de restitución en virtud del Convenio; 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 (disponible en el sitio de la HCCH < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, en "Publicaciones", luego "Boletín de los Jueces", págs. 45-48.

<sup>119</sup> Sobre mediación en casos de sustracción internacional de niños, véase 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, Mediación*, La Haya, 2012 (en adelante la Guía de Buenas Prácticas de Mediación) (también disponible en el sitio web, ruta indicada en la nota al pie 1).

<sup>120</sup> 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 es conveniente recurrir a la mediación; véase *ibid.*, entre otros, secciones 1.2 y 2.1 y Capítulo 10.

se realizan alegaciones de grave riesgo derivado de violencia doméstica o familiar, para establecer si un caso concreto es adecuado para la mediación<sup>121</sup>;

- alentar a las partes a considerar la mediación u otra forma de mecanismo alternativo de resolución de controversias;
- garantizar que la mediación o cualquier otra forma de mecanismo alternativo de resolución de controversias, cuando se considere apropiado y se disponga de los conocimientos necesarios, no retrase indebidamente la continuidad y la conclusión oportuna del proceso de restitución estableciendo plazos estrictos<sup>122</sup>. Por ejemplo, si el padre o madre privado del niño pretende asistir a la audiencia del tribunal en persona, su presencia en el Estado requerido podría utilizarse para realizar una mediación en un plazo abreviado antes de la audiencia del tribunal. Los mediadores que ofrecen su asistencia en estos casos deben estar listos para ponerse a disposición con muy poca anticipación.

Luego de una evaluación judicial previa, la evaluación detallada de la idoneidad para la mediación debería ser realizada por mediadores profesionales.

### c. Participación de las partes en el proceso

84. Uno de los aspectos fundamentales de la gestión efectiva de los casos es asegurar la equidad, de modo que todas las partes, independientemente de su representación legal, puedan participar plenamente y aportar toda la información/prueba de manera eficaz sin causar retrasos indebidos. Tan pronto como sea posible, y cuando resulte apropiado, de conformidad con las leyes y los procedimientos correspondientes, el tribunal debería, en particular:

- comprobar si el padre o madre privado del niño ha sido informado acerca de la naturaleza de las alegaciones de grave riesgo, sea a través de las presentaciones de la parte que se opone a la restitución o a través del asesor jurídico o bien la

---

<sup>121</sup> 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 condiciones. En España, por ejemplo, de conformidad con la Ley Orgánica 1/2004, la mediación está vedada en los casos en que se alega 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 (*op. cit.*, nota al pie 39), sección 19.4. Véase, asimismo, la Guía de Buenas Prácticas de Mediación (*op. cit.*, nota al pie 119), Capítulo 10, párr. 266.

<sup>122</sup> Véase la Guía de Buenas Prácticas de Mediación (*ibid.*), sección 2.1. Véanse, asimismo, las "Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (22-28 de marzo de 2001)", C&R N.º 1.11 en la que se establece que "llas 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 para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y la Implementación Práctica del *Convenio de la Haya 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (30 de octubre-9 de noviembre de 2006)", C&R N.º 1.3.1. Todas las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del Convenio de 1980 se encuentran disponibles en el sitio web de la HCCH (ruta indicada en la nota al pie 17).



Autoridad Central, si corresponde y si puede participar en el proceso de la forma que determine el tribunal<sup>123</sup>;

- comprobar si el padre o madre privado del niño comparecerá en persona y/o será representado por un asesor jurídico, especialmente si el solicitante es la Autoridad Central o, cuando corresponda, el fiscal;
  - determinar el procedimiento mediante el cual las partes verán, intercambiarán y notificarán documentos, de ser apropiado, si éste no ha sido ya dispuesto en la legislación.
85. La representación legal, especialmente de abogados especializados, siempre es útil, pero dependerá de la legislación y las prácticas nacionales vigentes determinar si las partes del proceso de restitución deben tener representación legal y si la asistencia judicial o la representación *ad honorem* están disponibles<sup>124</sup>.

#### d. Participación del niño en el proceso

86. Desde la adopción del Convenio, los marcos jurídicos internacionales han cambiado. Por ejemplo, a nivel mundial, la adopción de la CDN ha tenido implicancias en la participación de los niños en los procesos de restitución en virtud del Convenio de 1980 en las jurisdicciones que también son parte en la CDN, en particular, cuando se opone la excepción del artículo 13(1)(b)<sup>125</sup>.
87. Si se le da al niño la oportunidad de ser oído, la forma en que se lo oye y la manera en la que se obtiene su opinión y esta es presentada ante el tribunal varían de acuerdo con las prácticas y los procedimientos nacionales de las Partes contratantes. En algunos Estados, el tribunal oye al niño directamente, y, en otros, el niño es entrevistado por un experto quien luego informa la opinión del niño al tribunal. En dichos casos, la persona que escucha o entrevista al niño debe ser idónea para realizar esta tarea y debe poseer conocimientos específicos sobre el Convenio de

---

<sup>123</sup> Existen ventajas en que ambas partes estén presentes; de no ser posible, algunos países permiten el empleo de otros medios de comunicación, tales como la videoconferencia, con sujeción a las leyes y los procedimientos correspondientes de los Estados involucrados.

<sup>124</sup> Véase el art. 26, así como la tabla de estado actual para ver los Estados que han realizado reservas a este artículo, de conformidad con el art. 42 y, por consiguiente, no están obligados a brindar asistencia jurídica gratuita con excepción de aquella brindada por su sistema interno de asistencia jurídica gratuita. 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". Para más información, véase, p. ej., la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (*op. cit.*, nota al pie 7), sección 4.13. 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. En los Perfiles de País se incluye información sobre la representación y la asistencia legal en relación a las solicitudes de restitución (*op. cit.*, nota al pie 39), sección 8.

<sup>125</sup> Véase, p. ej., el art. 12 de la CDN. A nivel regional, la adopción del Reglamento Bruselas II bis<sup>125</sup> en el marco de la Unión Europea (UE) estableció cómo deben tramitar los procesos de restitución en Estados miembros de la UE en los que el Reglamento es aplicable (Véase: Reglamento del Consejo (CE) N.º 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.º 1347/2000. Véase, en particular, el art. 11 del Reglamento. El Reglamento Bruselas II bis es aplicable directamente en todos los Estados miembros de la Unión Europea, a excepción de Dinamarca. Se ha revisado y reemplazado el Reglamento por el Reglamento (UE) 2019/1111 el 25 de julio de 2019 (véase la nota al pie 64, *supra*). Este nuevo Reglamento refuerza aún más el derecho que tienen los niños a tener la oportunidad de expresar su opinión.

1980, el proceso de restitución y el alcance limitado de la excepción del artículo 13(1)(b)<sup>126</sup>.

88. Como parte de una gestión efectiva de los casos, el tribunal debe, cuando resulte apropiado, de conformidad con las leyes y los procedimientos correspondientes:
- considerar la designación de un representante independiente para el niño<sup>127</sup>, cuando esté disponible y resulte apropiada;
  - informar o alentar a las partes, al representante independiente del niño o al perito designado a que informen al niño sobre el procedimiento en curso y sus posibles consecuencias, de manera apropiada y oportuna, habida cuenta de la edad y del nivel de madurez del niño;
  - en cuanto a la obtención de la opinión del niño, considerar herramientas tales como los informes familiares (diseñados en virtud del alcance limitado de los procesos de restitución) elaborados por expertos idóneos para asistir al tribunal en la determinación de la importancia que debe atribuirse a la opinión del niño;
  - cuando se toma la decisión de obtener la opinión del niño, garantizar que el proceso se realice de forma tal que no cause demoras indebidas en el examen del caso llevado a cabo en el proceso de restitución, fijando para ello plazos estrictos.

#### e. Pruebas

89. Uno de los objetivos generales de la gestión efectiva de los casos es que el tribunal solo acepte pruebas relevantes, al igual que la obtención de información y la presentación de la prueba no causen demoras indebidas. Las buenas prácticas previstas en esta sección tienen por objeto cooperar con el tribunal para que pueda alcanzar estos objetivos.

#### f. Pruebas periciales

90. En cuanto a las pruebas periciales en particular, su uso debe ser limitado para ser coherente con la naturaleza y el alcance restringido de la excepción de grave riesgo. Como parte de las buenas prácticas en materia de gestión de casos, el tribunal debe, cuando resulte apropiado de conformidad con las leyes y los procedimientos correspondientes, como así también el caso en cuestión:

---

<sup>126</sup> Véanse, asimismo, las "Conclusiones y Recomendaciones de la Sexta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños" (ruta indicada en la nota al pie 17).

<sup>127</sup> En los Países Bajos, la práctica vigente, basada en la sección 250 del Libro 1 del Código Civil, es que se designe un "tutor *ad litem*" en todos los casos en los que se aplica el Convenio de la HCCH que involucren a niños desde los tres años de edad. Este tutor *ad litem*, generalmente un psicólogo infantil y/o un mediador registrado, representa al niño durante el proceso (primera instancia y apelación) al expresar la opinión del niño, evaluar su madurez y la medida en la que se siente libre para expresarse. En Alemania, se utiliza el mismo método: se designa un "*Verfahrensbeistand*" (tutor *ad litem*) de manera regular en los procesos judiciales tramitados en virtud del Convenio de 1980, según el artículo 158 de la Ley Procesal en Materia de Familia y en Materia de Competencia No Contenciosa.

- considerar la conveniencia de establecer una lista de expertos idóneos con conocimiento sobre el Convenio, los procesos de restitución y la naturaleza específica de la excepción de grave riesgo, que pudieran estar disponibles con poca anticipación;
- cuando ambas partes pretendan presentar prueba pericial, alentar la designación de un experto debidamente calificado por acuerdo de partes o designado por el tribunal según corresponda, en lugar de que cada parte presente a su propio experto;
- evaluar/considerar, junto a las partes y lo más pronto posible, si una cuestión relativa a las alegaciones de grave riesgo requiere un dictamen/prueba pericial. Si se estima que el dictamen de un experto es necesario:
  - identificar las cuestiones específicas por las que se necesita prueba pericial, por ejemplo, mediante una carta de instrucciones, una resolución judicial o la provisión de información;
  - recordar a las partes y al experto el alcance limitado de los procesos de restitución y el enfoque acotado de la excepción de grave riesgo, además de la necesidad de limitar estrictamente las cuestiones sobre las que desean presentar un dictamen/prueba pericial;
  - establecer la fecha límite para la presentación de la prueba pericial ante el tribunal y/o las partes, según corresponda, de forma oral o escrita para garantizar que no se produzcan demoras indebidas;
  - si el tribunal tiene la potestad de designar al experto, seleccionar uno apropiado y garantizar que se le proporcione la información relevante; y
  - establecer una fecha para continuar con la audiencia del caso y garantizar que el experto se encuentre disponible ese día para poder proporcionar las pruebas y brindar información en caso de ser necesario;
- considerar la posibilidad de que el experto informe oralmente en persona o por medio de sistemas de audio o audiovisuales en lugar de por escrito para evitar causar demoras indebidas en el proceso.

#### **g. Asistencia de las Autoridades Centrales y comunicaciones judiciales directas**

- g1. En concordancia con las leyes y los procedimientos correspondientes, y cuando se considere apropiado para evaluar las alegaciones de grave riesgo, los tribunales podrán pedir información adicional a través de las Autoridades Centrales con el fin de comprender mejor el marco jurídico o el sistema de protección de niños que se encuentre en vigor en el Estado de residencia habitual, o para aclarar ciertas alegaciones de hechos<sup>128</sup>. Los tribunales también podrán solicitar concretamente, a

---

<sup>128</sup> Véase, p. ej.: *Kovacs v. Kovacs* (2002), 59 O.R. (3d) 671 (Sup. Ct.), 23 de abril de 2002, *Ontario Superior Court of Justice* (Canadá) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 760] donde el tribunal ordenó a los abogados de las partes que realizaran una solicitud conjunta a la Autoridad Central Federal de Canadá a fin de que tomara las medidas más efectivas disponibles en el Estado de residencia habitual para determinar si el solicitante había sido condenado y sentenciado como se alegaba, y si la sentencia respecto a la condena era auténtica. Véase, asimismo: *M.G. v. R.F.*, 2002 R.J.Q. 2132, 23 de agosto de 2002, *Quebec Court of Appeal* (Canadá) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 762], donde el abogado que representaba a la Autoridad Central del Estado requerido le hizo saber al tribunal que la asistencia económica que pagaba el Estado requerido continuaría estando disponible para la madre sustractora, incluso si la madre sustractora estuviera fuera de la jurisdicción por un período máximo de seis meses, a pesar de que dicha parte alegaba que carecía de recursos financieros y de otro tipo.

través de las Autoridades Centrales, la información disponible sobre la situación social del niño. Sin embargo, deben evitar pedir a las Autoridades Centrales que lleven a cabo consultas o investigaciones que excedan sus funciones y facultades (véase la sección IV).

92. Los tribunales también podrán obtener información relevante al entablar comunicaciones judiciales directas mediante el contacto con otros jueces dentro de sus jurisdicciones o con jueces de otras Partes contratantes. En este último caso, el tribunal puede recurrir a la RIJLH, red compuesta de uno o más miembros del poder judicial de las Partes contratantes. La RIJLH facilita las comunicaciones y la cooperación entre los jueces a nivel internacional, para asistir en la implementación efectiva del Convenio. Los jueces pueden verificar en el sitio web de la HCCH si en su jurisdicción se ha designado un juez para la RIJLH<sup>129</sup>. De ser así, los jueces deben contactar a su miembro de la RIJLH para entablar comunicaciones judiciales directas mediante la red y/u obtener apoyo para llevar a cabo esta acción. Se invita a los jueces que deseen iniciar comunicaciones judiciales directas a que consulten el documento "Lineamientos Emergentes y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales" publicado por la HCCH<sup>130</sup>. Si las leyes y los procedimientos correspondientes lo permiten, las Autoridades Centrales también pueden ayudar a facilitar las comunicaciones judiciales directas.

---

<sup>129</sup> Véase la Lista de los miembros de la RIJLH, disponible en el sitio web de la HCCH (ruta indicada en la nota al pie 34).

<sup>130</sup> Véanse los Lineamientos Emergentes relativos a las Comunicaciones Judiciales (*op. cit.*, nota al pie 2).





# IV

**Buenas prácticas  
para las autoridades  
centrales en  
los casos en que  
se invoca  
el artículo 13(1)(b)**



93. Las buenas prácticas compartidas en esta sección deberían tenerse en cuenta únicamente si las leyes y los procedimientos correspondientes del Estado contratante en cuestión lo permiten. Por otra parte, no deberá entenderse que las buenas prácticas compartidas en esta sección imponen a las Autoridades Centrales de los Estados Contratantes alguna obligación más allá de las dispuestas en el Convenio (art. 7).

## 1. Obligaciones generales de las Autoridades Centrales: colaboración y provisión de información

94. Una de las funciones primordiales de la Autoridad Central es la de tomar todas las medidas correspondientes para facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo con el objeto de conseguir la restitución del niño sin peligro (art. 7(2)(f) y (h)). La manera en la que la Autoridad Central da cumplimiento a su obligación varía en cada Estado contratante de conformidad con el rol que se le atribuye dentro de él, al igual que con las funciones y facultades que le otorga el derecho interno en virtud del cual ha sido establecida. Una de las diferencias más notorias radica en que, en algunos Estados, el proceso de restitución es iniciado por la Autoridad Central o un fiscal presentando la solicitud ante el tribunal, mientras que, en otros Estados, el padre o madre privado del niño es quien presenta la solicitud ante el tribunal.
95. Como parte de sus responsabilidades, las Autoridades Centrales también tienen la obligación de colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades nacionales con el fin de garantizar la restitución inmediata del niño (art. 7(1)). En los casos en los que se invoca la excepción del artículo 13(1)(b), dicha colaboración puede permitir a las Autoridades Centrales brindar una respuesta rápida a las solicitudes del tribunal de proporcionar información acerca de la disponibilidad de medidas de protección para resguardar al niño del grave riesgo, de conformidad con la legislación correspondiente. Cuando se estime pertinente, apropiado y legítimo conforme a las leyes, las Autoridades Centrales también pueden intercambiar información sobre la situación social del niño (art. 7(2)(d)).

## 2. El rol limitado de las Autoridades Centrales con respecto a la excepción de grave riesgo

96. 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 que decide sobre la solicitud de restitución<sup>131</sup>. Este punto es importante para

---

<sup>131</sup> Véase la "Tabla de Conclusiones y Recomendaciones de las Reuniones anteriores de la Comisión Especial (CE) sobre el Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Niños y el Convenio de 1996 sobre Protección de Niños (1989 (1ª CE), 1993 (2ª CE), 1997 (3ª CE), 2001 (4ª CE), 2002 (continuación CE), 2006 (5ª CE), 2011-2012 (6ª CE)", Doc. Prel. N° 6 de julio 2017 para los concurrentes a la Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Niños y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños (octubre de 2017), ítem N.º 38, "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; (b) [...]"; *conf.* 2011 CE C&R N.º 13 & 2006 CE C&R N.º 1.1.3 (disponible en el sitio web de la HCCH, ruta indicada en la nota al pie 17).



definir el alcance del rol de la Autoridad Central: no es responsabilidad de la Autoridad Central evaluar las alegaciones en las que se invoca el artículo 13(1)(b) ni actuar tras cualquier evaluación de dichas alegaciones<sup>132</sup>. Por lo tanto, la Autoridad Central debe ser cuidadosa de no demorar el proceso al tomar iniciativas que no son necesarias, particularmente en Estados en los que la misma Autoridad Central o un representante son los que están a cargo de iniciar el proceso ante el tribunal. Sin embargo, si se encuentra dentro de sus funciones y facultades, y sin retrasar el comienzo del procedimiento judicial, la Autoridad Central debería tomar medidas de forma temprana en el proceso de restitución para recabar información que probablemente se necesitará o será requerida, de manera de asistir al tribunal de manera oportuna y evitar que se postergue el proceso para recabar dicha información.

### 3. Buenas prácticas para la Autoridad Central del Estado requirente

97. Como parte de las buenas prácticas, cuando se requiera y cuando sea apropiado de conformidad con las leyes y los procedimientos correspondientes, la Autoridad Central del Estado requirente debe estar preparada para hacer lo siguiente:
- brindar información acerca de las leyes y los procedimientos de su jurisdicción;
  - proporcionar un informe acerca de la situación social del niño, siempre que sea pertinente, apropiado y legítimo compartir esa información conforme a su legislación;
  - brindar información fáctica sobre las circunstancias particulares del Estado requirente cuando sea requerida y sea pertinente, apropiado y legítimo conforme a su legislación;
  - brindar información y facilitar la adopción de las medidas administrativas que sean necesarias y apropiadas para garantizar la restitución segura del niño;
  - actuar dentro del menor tiempo posible y adoptar todas las medidas necesarias para respetar los plazos identificados por el tribunal de modo de evitar causar retrasos indebidos; si se requiere, brindar información a las autoridades del Estado requirente para facilitar, en la medida de lo posible, la efectividad de las medidas de protección, como la notificación de la llegada inminente del niño a las autoridades de asistencia social competentes, a fin de que adopten las medidas necesarias para abordar el grave riesgo.

### 4. Buenas prácticas para la Autoridad Central del Estado requerido

98. Como parte de las buenas prácticas, cuando sea apropiado de conformidad con las leyes y los procedimientos correspondientes, la Autoridad Central del Estado requerido debe estar preparada para hacer lo siguiente:
- informar inmediatamente a la Autoridad Central del Estado requirente sobre cualquier requerimiento de información del tribunal y el plazo que este establezca para que se proporcione dicha información;

---

<sup>132</sup> El art. 27 del Convenio otorga a la Autoridad Central una facultad discrecional muy restringida para no aceptar una solicitud de restitución. No debe interpretarse que esta facultad permite a la Autoridad Central rechazar una solicitud de restitución sobre la base de una alegación de grave riesgo.

- informar a la Autoridad Central del Estado requirente de forma periódica y cuando sea necesario acerca de las cuestiones relevantes, entre ellas, el progreso y los resultados del caso, como también cualquier requerimiento del tribunal en relación con la orden de restitución del niño, órdenes espejo u otras órdenes destinadas a proteger al niño de un grave riesgo y para facilitar su restitución segura;
- actuar dentro del menor tiempo posible y adoptar todas las medidas necesarias para respetar los plazos identificados por el tribunal de modo de evitar causar retrasos indebidos.





**V**

**Recursos útiles**



99. A continuación, se detalla una serie de recursos que pueden resultar de utilidad para que los tribunales, las Autoridades Centrales y otras personas interesadas adquieran y afiancen sus conocimientos y comprensión sobre la interpretación y aplicación del artículo 13(1)(b).

### 1. Informe Explicativo del Convenio de 1980

100. El Informe Explicativo del Convenio<sup>133</sup> que, entre otras cosas, proporciona información sobre los trabajos preparatorios del Convenio y las circunstancias de su celebración, puede ser utilizado como medio de interpretación complementario del Convenio<sup>134</sup>.

### 2. Actas y Documentos de la Decimocuarta Sesión (1980)

101. Las *Actas y Documentos de la Decimocuarta Sesión*<sup>135</sup>, que incluyen el Informe Explicativo, también incluyen todos los trabajos preparatorios para la adopción del texto del Convenio, tales como los Documentos Preliminares, los Documentos de Trabajo preparados por las delegaciones que concurrieron a la Sesión y las actas de las reuniones de la Sesión. Estos documentos pueden ser utilizados como medios de interpretación complementarios del Convenio<sup>136</sup>.

### 3. La Base de Datos sobre la Sustracción Internacional de Niños (INCADAT)

102. INCADAT<sup>137</sup> se estableció para facilitar el entendimiento mutuo y una interpretación más uniforme del Convenio. Se encuentra disponible en línea, sin cargo, en español, francés e inglés. INCADAT contiene sumarios y los textos completos de sentencias relevantes en materia de sustracción internacional de niños de todo el mundo. Asimismo, ofrece recopilaciones de análisis jurídico conciso sobre cuestiones que suelen ser objeto de litigio e interpretación judicial en los procesos de restitución, entre ellas, el artículo 13(1)(b)<sup>138</sup>.

---

<sup>133</sup> *Op. cit.*, nota al pie 10.

<sup>134</sup> Véase el art. 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969*.

<sup>135</sup> *Op. cit.*, nota al pie 10.

<sup>136</sup> Véase el art. 32 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969*.

<sup>137</sup> Disponible en: < [www.incadat.com](http://www.incadat.com) >.

<sup>138</sup> Para un análisis del art. 13(1)(b), véase el sitio web de la HCCH en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > en la sección "Sustracción de niños", luego "El Convenio" luego "Análisis de jurisprudencia", luego "Excepciones a la restitución" y luego "Grave Riesgo de daño".

#### 4. Guías de Buenas Prácticas publicadas por la HCCH

103. Además de la presente Guía, la HCCH ha publicado otras Guías de Buenas Prácticas<sup>139</sup> relativas al Convenio, que pueden resultar de utilidad para los tribunales, las Autoridades Centrales y otros operadores del Convenio al momento de interpretar y aplicar el artículo 13(1)(b):
- Primera Parte – Práctica de las Autoridades Centrales;
  - Segunda Parte – Medidas de Aplicación;
  - Tercera Parte – Medidas de Prevención;
  - Cuarta Parte – Ejecución
  - Quinta Parte – Mediación; y
  - Contacto Transfronterizo relativo a los Niños – Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas.

#### 5. Red Internacional de Jueces de La Haya (RIJLH)

104. La creación de la RIJLH especializada en cuestiones de familia se propuso por primera vez en el Seminario para Jueces sobre protección internacional de niños realizado en 1998 en De Ruwenberg. Se recomendó que las autoridades relevantes de las diferentes jurisdicciones (por ejemplo, los presidentes de tribunales u otros funcionarios, según sea apropiado en cada tradición jurídica) designaran a uno o más miembros del poder judicial para actuar como canal de comunicación y enlace entre las Autoridades Centrales nacionales, otros jueces dentro de su jurisdicción y los jueces de otras Partes contratantes, por lo menos, inicialmente, acerca de cuestiones relevantes a efectos del Convenio de 1980. La RIJLH facilita las comunicaciones y la cooperación entre jueces a nivel internacional con vistas a garantizar el funcionamiento efectivo del Convenio. Se insta a los jueces a consultar la Lista de Miembros de la RIJLH, que se encuentra disponible en el sitio web de la HCCH<sup>140</sup>.

#### 6. Boletín de los Jueces sobre Protección Internacional del Niño

105. El *Boletín de los Jueces* garantiza la circulación de información relativa a la colaboración judicial en el ámbito de la protección internacional de niños. Fue publicado por primera vez en 1999 por la HCCH. Actualmente, se publica dos veces por año<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Todas estas publicaciones se encuentran disponibles en el sitio web de la HCCH en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > en la sección "Publicaciones" luego "Guías de Buenas Prácticas".

<sup>140</sup> Véase la Lista de los Miembros de la RIJLH, disponible en el sitio web de la HCCH (ruta indicada en la nota al pie 34).

<sup>141</sup> Todos los volúmenes del Boletín de los Jueces están disponibles en inglés y en francés y algunos volúmenes en español, en el sitio web de la HCCH (véase la ruta indicada en la nota al pie 118). El vol. V del Boletín de los Jueces tuvo como tema principal el art. 13(1)(b).

## 7. Documentos preparados por autoridades nacionales

106. A lo largo de los años, las autoridades judiciales nacionales han publicado manuales prácticos y documentos similares para asistir a los tribunales que tratan estos casos complejos, por ejemplo:
- manual práctico en formato electrónico publicado por el Instituto Judicial Nacional (*National Judicial Institute*) de Canadá<sup>142</sup>;
  - Manual Práctico Nacional sobre Violencia Doméstica y Familiar (*National Domestic and Family Violence Bench Book*) de Australia<sup>143</sup>;
  - Protocolo argentino de actuación para el funcionamiento de los convenios sobre sustracción internacional de niños<sup>144</sup>;
  - Guía electrónica publicada por la Procuraduría General de Brasil<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> La guía para jueces titulada *The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, National Judicial Institute Electronic Bench Book*, publicada por el *National Judicial Institute*, actualizada en mayo de 2018.

<sup>143</sup> Este manual práctico se encuentra disponible en: < <https://aija.org.au/publications/national-domestic-and-family-violence-bench-book/> > (consultado por última vez el 5 de febrero de 2020).

<sup>144</sup> Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños, aprobado el 28 de abril de 2017. Este protocolo se encuentra disponible en el sitio web de la Corte Suprema de Argentina en < <http://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.305074001493756538.pdf> > (consultado por última vez el 5 de febrero de 2020).

<sup>145</sup> Esta guía se encuentra disponible en < [http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/157035](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/157035) > (consultado por última vez el 5 de febrero de 2020).







# Índice de jurisprudencia citada



## ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA

Todas las decisiones citadas en esta Guía y referenciadas a continuación se encuentran disponibles en INCADAT<sup>146</sup> con un texto completo de la decisión en su idioma original y un sumario en español, francés o inglés, una combinación de dos de estos idiomas o en los tres idiomas. Cada Número de Referencia en INCADAT indicado entre corchetes permite un fácil acceso a la decisión al ingresar el número en el campo de búsqueda pertinente.

Los números indican el número de página.

### Alemania

12 UF 532/16, 6 de julio de 2016, <i>Oberlandesgericht München Senat für Familiensachen</i> (Alemania) [Referencia en INCADAT: HC/E/DE 1405] -----	15
17 UF 56/16, 4 de mayo de 2016, <i>Oberlandesgericht Stuttgart Senat für Familiensachen</i> (Alemania) [Referencia en INCADAT: HC/E/DE 1406] -----	22
7 UF 660/17, 5 de julio de 2017, <i>Oberlandesgericht Nürnberg Senat für Familiensachen</i> (Alemania) [Referencia en INCADAT: HC/E/DE 1409] -----	25

### Argentina

A. v. A., 5 de octubre de 2001, Juzgado de Primera Instancia de Buenos Aires (Argentina) [Referencia en INCADAT: HC/E/AR 487] -----	23
E.S. s/ <i>Reintegro de hijo</i> , 11 de junio de 2013, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) [Referencia en INCADAT: HC/E/AR 1305] -----	16
G., P. C. c. H., S. M. s/ <i>reintegro de hijos</i> , 22 de agosto de 2012, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) [Referencia en INCADAT: HC/E/AR 1315] -----	22, 28

### Australia

<i>Director General, Department of Community Services Central Authority v. J.C. and J.C. and T.C.</i> , 11 de julio de 1996, <i>Full Court of the Family Court of Australia at Sydney</i> (Australia) [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 68] -----	28
<i>Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs</i> , 24 de septiembre de 1999, <i>Family Court of Australia at Brisbane</i> (Australia) [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 294] -----	28
<i>Director-General, Department of Families v. R.S.P.</i> [2003] FamCA 623, 26 de agosto de 2003, <i>Full Court of the Family Court of Australia</i> (Australia) [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 544] -----	27
<i>DP v. Commonwealth Central Authority</i> , [2001] HC 39, (2001) 180 ALR 402 (Australia) [Referencia en INCADAT HC/E/AU 346] -----	24
<i>Gsponer v. Johnson</i> , 23 de diciembre de 1988, <i>Full Court of the Family Court of Australia at Melbourne</i> (Australia) [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 255] -----	16
<i>H.Z. v. State Central Authority</i> , 6 de julio de 2006, <i>Full Court of the Family Court of Australia at Melbourne</i> (Australia) [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 876] -----	15

---

<sup>146</sup> Véase la sección V de esta Guía.

<i>Police Commissioner of South Australia v. H.</i> , 6 de agosto de 1993, <i>Family Court of Australia at Adelaide</i> (Australia) [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 260] -----	22
<i>State Central Authority v. Maynard</i> , 9 de marzo de 2003, <i>Family Court of Australia</i> (Australia) [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 541] -----	24
<i>State Central Authority, Secretary to the Department of Human Services v. Mander</i> , de septiembre de 2003, <i>Family Court of Australia</i> (Australia) [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 574] -----	21

## Austria

2Ob90/10i, 8 de julio de 2010, <i>Oberster Gerichtshof</i> (Austria) [Referencia en INCADAT: HC/E/AT 1047] -----	26
--	----

## Bélgica

No 03/3585/A, 17 de abril de 2003, <i>Tribunal de première instance de Bruxelles</i> (Bélgica) [Referencia en INCADAT: HC/E/BE 547] -----	23
<i>No de rôle: 07/78/C</i> , 25 de enero de 2007, <i>Tribunal de première instance de Bruxelles</i> (Bélgica) [Referencia en INCADAT: HC/E/BE 857] -----	24

## Canadá

<i>Achakzad v. Zetaryalai</i> [2011] W.D.F.L. 2, 20 de julio de 2010, <i>Ontario Court of Justice</i> (Canadá) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 1115] -----	22
<i>Chalkley v. Chalkley</i> (1995) ORFL (4th) 422, 13 de enero de 1995, <i>Court of Appeal of Manitoba</i> (Canadá) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 14] -----	29
<i>J.D. v. P.D.</i> , (2010) ONCJ 410, 9 de septiembre de 2010, <i>Ontario Court of Justice</i> (Canadá) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 1421] -----	18
<i>Kovacs v. Kovacs</i> (2002), 59 O.R. (3d) 671 (Sup. Ct.), 23 de abril de 2002, <i>Ontario Superior Court of Justice</i> (Canadá) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 760] -----	34
<i>M.G. v. R.F.</i> , 2002 R.J.Q. 2132, 23 de agosto de 2002, <i>Quebec Court of Appeal</i> (Canadá) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 762] -----	34
<i>Mbuyi v. Ngalula</i> , (2018) MBQB 176, 8 de noviembre de 2018, <i>Court of Queen's Bench of Manitoba</i> (Canadá) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 1416] -----	18, 21
<i>Office of the Children's Lawyer v. Balev</i> , 2018 SCC 16, <i>Supreme Court of Canada</i> (Canadá) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 1389] -----	9
<i>Thomson v. Thomson</i> , [1994] 3 SCR 551, 20 de octubre de 1994, <i>Supreme Court of Canada</i> (Canadá) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 11] -----	15
<i>Solis v. Tibbo Lenoski</i> , 2015 BCCA 508 (CanLII) (Canadá) [Referencia en INCADAT HC/E/CA 1403] -----	24
<i>Y.D. v. J.B.</i> , [1996] R.D.F. 753, 17 de mayo de 1996, <i>Superior Court of Quebec</i> (Canadá) [Referencia en INCADAT: HC/E/CA 369] -----	22

## Chile

<i>N. R. c. J. M. A. V. s/ reintegro de hijo</i> , 28 de febrero de 2013, <i>Corte Suprema</i> (Chile) [Referencia en INCADAT: HC/E/CL 1318] -----	23
--	----

## China

<i>EW v. LP</i> , HCMP1605/2011, 31 de enero de 2013, <i>High Court of the Special Administrative Region of Hong Kong</i> (China) [Referencia en INCADAT: HC/E/CNh 1408] -----	15
<i>LPQ v. LYW</i> [2014] HKCU 2976, 15 de diciembre de 2014, <i>High Court of the Special Administrative Region of Hong Kong</i> (China) [Referencia en INCADAT: HC/E/CNh 1302] -----	27
<b>Dinamarca</b>	
B-2939-01, 11 de enero de 2002, <i>Vestre Landsret</i> (Dinamarca) [Referencia en INCADAT: HC/E/DK 519] -----	23
V.L. B-1572-09, 23 de septiembre de 2009, <i>Vestre Landsret</i> (Dinamarca) [Referencia en INCADAT: HC/E/DK 1101] -----	24
<b>Estados Unidos de América</b>	
<i>Abbott v. Abbott</i> , 130 S. Ct. 1983 (2010), 17 de mayo de 2010, <i>Supreme Court</i> (Estados Unidos); [Referencia en INCADAT: HC/E/USf 1029] -----	11
<i>Escaf v. Rodriguez</i> , 200 F. Supp. 2d 603 (E.D. Va. 2002), 6 de mayo de 2002, <i>United States District Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division</i> (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/USf 798] -----	23
<i>Freier v. Freier</i> , 969 F. Supp. 436 (E.D. Mich. 1996), 4 de octubre de 1996, <i>United States District Court for the Eastern District of Michigan, Southern Division</i> (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/USf 133] -----	23
<i>Gomez v. Fuenmayor</i> , No. 15-12075, 5 de febrero de 2016, <i>United States Court of Appeals (11<sup>th</sup> Circuit)</i> , (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/US 1407] -----	20
<i>In the Matter of L.L. (Children)</i> , 22 de mayo de 2000, <i>Family Court of New York</i> (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/USs 273] -----	28
<i>Miltiadous v. Tetervak</i> , 686 F. Supp. 2d 544 (E.D. Pa. 2010), 19 de febrero de 2010, <i>United States District Court, Eastern Division Pennsylvania</i> (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/US 1144] -----	20
<i>Ostevoll v. Ostevoll</i> , 2000 WL 1611123 (S.D. Ohio 2000), 16 de agosto de 2000, <i>United States District Court in Ohio</i> (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/US 1145] -----	22
<i>Pliego v. Hayes</i> , 843 F.3d 226 (6th Cir. 2016), 5 de diciembre de 2016, <i>Court of Appeals for the Sixth Circuit</i> (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/US 1386] -----	27
<i>Sabogal v. Velarde</i> , 106 F. Supp. 3d 689 (2015), 20 de mayo de 2015, <i>United States District Court for the District of Maryland</i> (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/USf 1383] -----	18, 26
<i>Souratgar v. Fair</i> , 720 F.3d 96 (2 <sup>nd</sup> Cir. 2013), 13 de junio de 2013, <i>United States Court of Appeals for the Second Circuit</i> (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/US 1240] -----	21
<i>Tabacchi v. Harrison</i> , 2000 WL 190576 (N.D.Ill.), 2 de agosto de 2000, <i>United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division</i> (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/USf 465] -----	21
<i>Taylor v. Taylor</i> , 502 Fed.Appx. 854, 2012 WL 6631395 (C.A.11 (Fla.)) (11th Cir. 2012), 20 de diciembre de 2012, <i>United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit</i> (Estados Unidos) [Referencia en INCADAT: HC/E/US 1184] -----	20
<b>Francia</b>	
<i>No de pourvoi</i> 08-18126, 25 de febrero de 2009, <i>Cour de cassation</i> (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1013] -----	22

<i>No de pourvoi</i> 14-17.493, 19 de noviembre de 2014, <i>Cour de cassation</i> (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1309] -----	23
<i>No de pourvoi</i> 17-11031, 4 de mayo de 2017, <i>Cour de cassation</i> (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1346] -----	24
No de RG 06/00395, 30 de mayo de 2006, <i>Cour d'appel de Paris</i> (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1010] -----	21
No de RG 08/04984, 18 de febrero de 2009, <i>Cour d'appel de Nîmes</i> (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1135] -----	23
No de RG 11/01062, 28 de junio de 2011, <i>Cour d'appel de Bordeaux</i> (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1128] -----	22
No de RG 11/01437, 1 de diciembre de 2011, <i>Cour d'appel d'Agen</i> (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1172] -----	25
No de RG 11/02685, 28 de junio de 2011, <i>Cour d'appel de Rennes</i> (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1129] -----	23, 27
No de RG 11/02919, 19 de septiembre de 2011, <i>Cour d'appel de Lyon</i> (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1168] -----	22
No de RG 12-19382, 20 de marzo de 2013, <i>Cour de cassation</i> (Francia) [Referencia en INCADAT: HC/E/FR 1213] -----	23

## Irlanda

<i>A.S. v. P.S. (Child Abduction)</i> [1998] 2 IR 244, 26 de marzo de 1998, <i>Supreme Court</i> (Irlanda) [Referencia en INCADAT: HC/E/IE 389] -----	22
--	----

## Israel

<i>DZ v. YVAMVD</i> , RFAmA 2270, 30 de mayo de 2013, <i>Supreme Court of Israel</i> (Israel) [Referencia en INCADAT: HC/E/IL/1211] -----	29
<i>LM v. MM Nevo</i> , RFAmA 2338/09, 3 de junio de 2009, <i>Supreme Court of Israel</i> (Israel) [Referencia en INCADAT: HC/E/IL 1037] -----	29
<i>Motion for Leave to Appeal (Family Matters)</i> 5690/10, 10 de agosto de 2010, <i>Supreme Court of Israel</i> (Israel) [Referencia en INCADAT: HC/E/1290] -----	26

## México

Procedimiento de Restitución Internacional de Menores, Caso N.º 2926/2008, 16 de febrero de 2009, Tercera Sala Familiar del Honorable Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (México) [Referencia en INCADAT: HC/E/MX 1038] -----	23
---	----

## Nueva Zelanda

<i>H. v. H.</i> [1995] 12 FRNZ 498, 4 de diciembre de 1995, <i>High Court at Wellington</i> (Nueva Zelanda) [Referencia en INCADAT: HC/E/NZ 30] -----	26
<i>K.M.A. v. Secretary for Justice</i> [2007] NZFLR 891, 5 de junio de 2007, <i>Court of Appeal of New Zealand</i> (Nueva Zelanda) [Referencia en INCADAT: HC/E/NZ 1118] -----	22, 29
<i>Secretary for Justice v. N., ex parte C.</i> , 4 de marzo de 2001, <i>High Court at Wellington</i> (Nueva Zelanda) [Referencia en INCADAT: HC/E/NZ 501] -----	27

## Países Bajos

*X. (the mother) against Y. (the father)*, 22 de febrero de 2018, *Rechtbank 's-Gravenhage* (Países Bajos) [Referencia en INCADAT: HC/E/NL 1391] ----- 21

### Reino Unido

*F. v. M. (Abduction: Grave Risk of Harm)* [2008] 2 FLR 1263, 6 de febrero de 2008, *Family Division of the High Court of England and Wales* (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 1116] ----- 21, 27

*O. v. O.* 2002 SC 430, 3 de mayo de 2002, *Outer House of the Court of Session of Scotland* (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKs 507] ----- 28

*Re A. (Minors) (Abduction: Custody Rights)* [1992] Fam 106, 12 de febrero de 1992, *Court of Appeal* (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 48] ----- 23

*Re C. (Abduction: Grave Risk of Psychological Harm)* [1999] 1 FLR 1145, 2 de diciembre de 1999, *Court of Appeal of England and Wales* (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 269] ----- 28

*Re D.*; [2006] 3 WLR 0989, 16 de noviembre de 2006, *United Kingdom House of Lords* (Inglaterra y Gales) (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 880] ----- 15

*Re D. (Article 13b: Non-return)* [2006] EWCA Civ 146, 25 de enero de 2006, *Court of Appeal of England and Wales* (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 818] ----- 24

*Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* [2011] UKSC 27, [2012] 1 A.C. 144, 10 de junio de 2011, *United Kingdom Supreme Court* (Inglaterra y Gales) (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 1068] ----- 14, 15, 15, 18, 22, 27

*Re G. (Abduction: Withdrawal of Proceedings, Acquiescence, Habitual Residence)* [2007] EWHC 2807 (Fam), 30 de noviembre de 2007, *Family Division of the High Court of England and Wales* (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 966] ----- 25

*Re M. and J. (Abduction) (International Judicial Collaboration)* [1999] 3 FCR 721, 16 de agosto de 1999, *High Court of England and Wales* (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 266] ----- 26

*Re S. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2012] UKSC 10, [2012] 2 A.C. 257, 14 de marzo de 2012, *United Kingdom Supreme Court* (Inglaterra y Gales) (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 1147] ----- 27

*Re T. (Abduction: Child's Objections to Return)* [2000] 2 F.L.R. 192, 18 de abril de 2000, *Court of Appeal of England and Wales* (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 270] ----- 28

*Re W. (A Child)* [2004] EWCA Civ 1366 (Reino Unido) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 771] ----- 20

### Suiza

5A\_285/2007/frs, 16 August 2007, *Tribunal fédéral, IIè cour de droit civil* (Suiza) [Referencia en INCADAT: HC/E/CH 955] ----- 23

### Zimbabwe

*Secretary for Justice v. Parker*, 1999 (2) ZLR 400 (H), 30 de noviembre de 1999, *High Court* (Zimbabwe) [Referencia en INCADAT: HC/E/ZW 340] ----- 21



**Conférence de La Haye de Droit International Privé - HCCH**  
**Bureau Permanent**

Churchillplein 6b  
2517 JW La Haye  
Pays-Bas

Téléphone : +31 70 363 3303  
Fax : +31 70 360 4867  
secretariat@hcch.net  
www.hcch.net



**HCCH**

Connecter Protéger Coopérer Depuis 1893  
Connecting Protecting Cooperating Since 1893

