

DERECHOS DE VISITA Y CONVENIO DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: LA PRÁCTICA ESPAÑOLA

Santiago Álvarez González*

Universidade de Santiago de Compostela

Abstract

The author states that the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction has a shortage concerning the right of access. Children fundamental right to keep in contact with their parents is the main factor to be considered with a view to organizing the custody right, but also in order to prevent illicit movements from one country to another. The paper recalls the difficulties encountered when interpreting art. 21 Child Abduction Convention; it also shows how restricted its efficacy is. Finally, it emphasizes the latest Spanish judicial *modus operandi*, in that they follow a wide interpretation that enables the Central Authorities to act before the courts claiming the organisation of the right of search.

Palabras clave: Derecho de visita internacional. Desplazamiento de menores. Cooperación entre autoridades. Procedimiento.

Keywords: International Access Rights. Child Abduction. Authorities Cooperation. Procedure.

Sumario: I. Introducción. II. Déficit del Convenio en la protección de los derechos de visita. 1. Planteamiento. 2. Relaciones entre derecho de guarda y derecho de visita y traslado ilícito. 3. Alcance normativo del artículo 21 del Convenio. A) Planteamiento. B) Práctica comparada. C) Práctica española. III. Conclusiones

I. Introducción

En el año 2006, y en España, los problemas planteados por los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores han trascendido claramente a los estudios de Derecho internacional privado y podría decirse

Recibido: 03/03/06. Aceptado: 10/05/06

* Catedrático de Derecho internacional privado

que constituyen la realidad de mayor visibilidad (como ahora se dice) de una disciplina sobre la que aún se proyectan los tópicos de oscuridad y complejidad. Los medios de comunicación, y no sólo las publicaciones especializadas, se han hecho eco de numerosos supuestos de traslado (ilícito), más por el morbo que suscita en qué quedará la solicitud de retorno a Irán, o a Israel, o a Ecuador de un menor que una madre española ha traído consigo a España que, naturalmente, por los aspectos estrictamente jurídicos que suscita el tema (*aunque*, o quizá *porque*, sea un tema sobre los derechos de los niños). Fueron precisamente los medios de comunicación los que en los primeros años setenta se hicieron eco del asunto *Bornes contra Fuentes Bobo*¹ que no sólo despertó la curiosidad popular sino la estrictamente jurídica.

Desde entonces el desierto panorama de Derecho positivo ha cambiado sustancialmente², sobre todo a raíz de la ratificación del Convenio de La Haya relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980³; la práctica judicial comparada es abundantísima y la literatura especializada relevante⁴. Los casos de la práctica

¹ *Sent. TS (Sala 1ª) de 8 de abril de 1975*: un español y una noruega contrajeron matrimonio civil en Oslo, del que nació un hijo. La esposa interpuso prontamente demanda de separación ante las autoridades noruegas, consiguiendo la custodia del menor. El padre se trasladó a España con el mismo, al tiempo que la madre trataba de que se reconociera en nuestro país la sentencia noruega. La petición fue denegada, pero mediante medidas provisionales se le otorgó la guarda del menor, compartida con los abuelos paternos; tales medidas fueron revocadas con atribución de la guarda al padre. En última instancia el TS declaró que el niño quedara bajo la custodia de la madre hasta alcanzar la edad de 7 años. La madre se desplazó a Noruega con su hijo y al amparo de la sentencia noruega hizo caso omiso al pronunciamiento del TS (*Jurispr. Civil*, marzo-abril, 1975, núm. 153; J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 270-273).

² Situación que resulta coherente a la luz de mandatos superiores, como los contenidos en la Convención sobre los derechos del niño; en concreto el art. 11 señala que "Los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero... Para este fin, los Estados partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos ya existentes".

³ BOE, 24 agosto 1987.

⁴ Por ceñirme exclusivamente a la española y a las obras genéricas o colectivas, por todas *vid.* el monográfico surgido de las II Jornadas de Derecho internacional privado, *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, Toledo, 1993, con aportaciones de J.M. Espinar Vicente, B. Ancel, D. P. Fernández Arroyo, C. González Beilfuss y A. Borrás Rodríguez. Además, P.P. Miralles Sangro, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989; también, con aportaciones de distinto valor, el libro

española han pasado a tener una nota de cotidianeidad que no sorprende a los profesionales ni parece que requiera una especialización profunda para abordarlos⁵, con independencia de las vicisitudes y problemas que en los últimos años han debido resolverse y que han requerido la intervención de todas las instancias, administrativas, judiciales, constitucionales e, incluso, internacionales. En un principio destacaron las dificultades de cumplimiento de los mandatos convencionales por parte de nuestras autoridades⁶. Modificada esta actitud, seguían existiendo escollos en el buen funcionamiento del Convenio de La Haya por mor de la ausencia de un desarrollo normativo o acomodación al mismo de nuestro Derecho interno; obstáculo que sólo se resolvió en parte cuando la Ley Orgánica de Protección jurídica del menor introdujo el procedimiento especial de los arts. 1901 y siguientes de la LEC 1881, aún vigentes⁷. Tales preceptos no logran esclarecer la ya entonces y todavía hoy confusa relación entre los procedimientos de retorno y el resto de los procedimientos judiciales potencialmente abiertos: el Tribunal Supremo intervino⁸; como intervino el propio Tribunal Constitucional llamado para

colectivo dirigido por M. D. Adam Muñoz y S. García Cano, *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004. Además, resulta imprescindible el Informe que acompañó al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, elaborado por E. Pérez Vera, y que puede consultarse en *Actes et documents de la Quatorzième session, tome III, Enlèvement d'enfants*, La Haya, 1982, pp. 425-473. La literatura científica extranjera es, como la práctica judicial, abrumadora. En el sitio oficial de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (www.hcch.net) puede accederse a una selección relevante. Desde este sitio se accede también a una base de datos sobre práctica judicial relativa al Convenio citado: www.incadat.com.

- ⁵ Por más que junto a supuestos típicos la realidad alerte con frecuencia de casos difíciles (S. Álvarez González, "Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles", *Cooperación jurídica internacional, Colección Escuela Diplomática*, núm. 5, (S. Álvarez González y J. R. Remacha y Tejada, ed.), Madrid, 2001, pp. 125-136.
- ⁶ La imposibilidad por parte de la Autoridad Central española de satisfacer las exigencias del descrito Convenio de La Haya creó el malestar y la protesta oficial de otros Estados parte; sobre ello *vid.* A. Borrás Rodríguez, "Comisión especial de octubre de 1989 sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", *REDI*, 1990-1, pp. 289-290 y las conclusiones sobre los puntos más importantes discutidos por la comisión especial, p. 191.
- ⁷ Al respecto, E. Rodríguez Pineau, "Sustracción internacional de menores: una tarea para el legislador", *La Ley*, 2000, D-29, pp. 1749-1758 (Diario núm. 4986, de 7 de febrero de 2000), y S. Álvarez González, "Nuevas Medidas relativas al retorno de menores en su puestos de sustracción internacional' en la Ley de Enjuiciamiento Civil", *REDI*, 1996-1, pp. 504-506.
- ⁸ Paradigmática es al respecto la *Sentencia Provincial de Almería de 27 de octubre de 1993* *REDI*, 1994-21-Pr, y mi Nota, pp. 342-345, que es recogida literalmente en una buena

tutelar al demandante en un caso directamente vinculado con la aplicación del Convenio⁹; en fin, hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegó el Convenio para condenar a España al considerar que las autoridades españolas omitieron desplegar "...los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la recurrente a la restitución de su hijo y el derecho de este último a volver con su madre, ignorando de este modo su derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8 de la Convención"¹⁰. La práctica deparada por otros países no es de menor entidad ni ha obviado la intervención de instancias de igual fuste¹¹.

Todo el arsenal normativo, jurisprudencial y su acompañamiento científico acreditan, por otro lado, un cierto clima de satisfacción a la hora de valorar la solución de los conflictos de intereses presentes en el desplazamiento ilícito de menores a través de las fronteras estatales. Es una opinión generalizada que el eje fundamental del sistema, el referido Convenio de La Haya, funciona razonablemente bien.

Sin embargo, existe un *pero* en este complaciente panorama: el aceptable funcionamiento del régimen convencional y su desarrollo legal (sus

parte de su fundamentación por la posterior *Sent. TS de 22 de junio de 1998* dictada resolviendo un recurso en interés de ley. *Vid.* al respecto mi comentario S. Álvarez González, "El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el Tribunal Supremo", *Revista Jurídica Española La Ley*, 1998, núm. 4685, de 3 de diciembre.

⁹ STC 120/2002, de 20 de mayo, que comento en mi trabajo "Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, 2002, pp. 41-63.

¹⁰ *Sent. TEDH de 29 de abril de 2003 (Iglesias Gil y A.U.A. c. España)*, comentada por E. Rodríguez Pineau, *REDI*, 2004-8-Pr, pp. 360-365.

¹¹ La citada base de datos *indacat* gestionada por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado ofrece un ingente número de resoluciones judiciales dictadas en aplicación del Convenio por las jurisdicciones de los Estados parte. Otros tribunales constitucionales han tenido que tomar partido ante problemas derivados del entramado normativo sobre desplazamiento ilícito de menores [por ejemplo, BVerfG, 2 BvR 1206/1998, de 29 de octubre de 1998; BVerfG, 2 BvQ 4/99, de 11 de marzo de 1999, y BVerfG, 2 BvR 6/1999, de 3 de mayo de 1999 (textos consultados a partir de <http://www.bverfg.de/>). El TEDH no sólo ha condenado a España en esta materia sino que, con anterioridad, por *Sent. de 25 de enero de 2000*, en el asunto *Ignaccolo-Zenide contra Rumania*, el Tribunal condenó a Rumania por violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al no haber adoptado las medidas razonablemente exigibles para hacer cumplir una resolución de retorno dictada en el contexto del Convenio de La Haya. La problemática presenta, además de sus más visibles aspectos sociológicos, una importancia jurídica de gran alcance.

desarrollos legales por cada uno de los Estados parte) sólo resuelve uno de los problemas principales del conflicto: el del retorno del menor al Estado del que fue sustraído. No se sitúa ni antes del desplazamiento, ni después de la orden de retorno o no retorno. Y esos momentos son fundamentales. El primero porque es donde (o cuando) se localiza el riesgo de traslado; el segundo, porque, tras la crisis, la situación del niño (y de los "contendientes") debe estabilizarse para evitar nuevas crisis¹². Elemento fundamental en ambos momentos es la regulación de los derechos de custodia y visita de forma satisfactoria. Antes aludí a la Convención de los Derechos del niño¹³. Si su artículo 11 se refería explícitamente al desplazamiento, su artículo 10.2 declara que "...El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres"¹⁴. Aparece en primer plano el Derecho de visita, cuya protección también resulta un objetivo del Convenio de La Haya [preámbulo, art. 1,b), art. 5...]; sin embargo, este convenio dedica un solo artículo de forma expresa a articular un mecanismo tendente a salvaguardarlo. El artículo 21, a cuyo tenor:

Una demanda que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades centrales

¹² Inciden en esta visión global y dinámica M. Freeman, A. Hutchinson y H. Stright, "Child Abduction. A Role for Mediation?", *Internacional Family Law Journal*, septiembre de 2002 (trabajo consultado en formato web, a través de la base documental *lexis nexis*, por lo que obvio la referencia a página concreta; en adelante, los trabajos consultados en la misma base se citarán de la misma forma, haciendo alusión a su origen), en el contexto de una defensa de la mediación para estos casos; mecanismos de resolución de controversias alternativos al judicial son también reclamados por C. González Beilfuss, "Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita", *Sustracción internacional de menores y adopción internacional... cit.*, p. 114, como una superación de la lógica del enfrentamiento. Fundamental en toda esta problemática es el Documento preliminar núm. 5 (julio de 2002) que incorpora el Informe Final "El derecho de visita - Derecho a tener un contacto transfronterizo y el Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", realizado por William Duncan, Secretario General adjunto, que puede consultarse en versión española en la página de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (en adelante *Informe Duncan*). El *Informe Duncan*, puntos 89-93, incide también en esta posibilidad como más ventajosa, respecto de la solución judicial. En España, un análisis global de la mediación familiar en supuestos internacionales es ofrecido por G. Palao Moreno, "La mediación familiar internacional", *Estudios sobre la Ley valenciana de mediación familiar*, Valencia, 2003, pp. 61-88.

¹³ Supra nota 2.

¹⁴ Destacando esta dimensión de derecho humanos, J. Forner Delaygua, "El acceso de los hijos a sus progenitores: el 'derecho de visita'", *Mundialización de la familia*, A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel dir., Madrid, 2001, pp. 23-50, pp. 23-24.

de los Estados Contratantes, en la misma forma que la demanda para la restitución del menor.

Las Autoridades centrales estarán vinculadas por las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el disfrute pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sometido el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

La Autoridades centrales, directamente o por conducto de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sometido el ejercicio de ese derecho.

Múltiples dudas han surgido en torno a cuándo y cómo opera el texto transcrito: ¿es necesario invocar un traslado o retención ilícitos en los términos del artículo 3 del Convenio de La Haya?; ¿se precisa que haya habido una infracción de los derechos de custodia y visita, en los términos del artículo 4?¹⁵; en caso positivo, ¿basta que el niño tuviera su residencia habitual en un Estado contratante antes del atentado al derecho de visita aunque sea el mismo donde sigue residiendo, o es preciso que se haya producido algún tipo de traslado, lícito o no?; ¿el artículo 21 del Convenio crea derechos y obligaciones para las partes o los órganos judiciales, o el legislador estatal?; ¿las obligaciones que crea *para las Autoridades Centrales*, descritas de forma tan genérica, incorporan algún tipo de obligación imperativa específica?; ¿presupone dicho precepto la existencia de un régimen de visita establecido por una autoridad?; en caso positivo, ¿ha de tratarse de una autoridad extranjera?; o, por el contrario, ¿permite la cooperación para el establecimiento de un régimen de visita articulado *ex novo*?¹⁶.

¹⁵ "El convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita"

¹⁶ Alguna de estas preguntas son respondidas partiendo de un análisis crítico de la práctica inglesa por N. Lowe, "Problems relating to access disputes under the Hague Convention on International Child Abduction", *International Journal of Law and the Family*, 1994, pp. 374- 385, p. 380. Vid. Informe Duncan, punto 29. En España, S. García Cano, *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Madrid, 2003, pp. 198-200 y 207-208, parece distinguir los supuestos de derechos ya constituidos y determinación *ex novo*, aunque no tengo muy claro si para los segundos admite el artículo 21 estudiado o se refiere, más bien, al art. 11 del Convenio del Consejo de Europa.

Demasiadas preguntas para responder sobre bases escasamente sólidas; contrariamente a los preceptos orientados al procedimiento de retorno del menor desplazado, este artículo no ha resultado ser un artículo relevante, ni en la práctica comparada¹⁷, ni en la literatura especializada. La reciente *Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 24), de 25 de abril de 2005*¹⁸ y años atrás, el *Auto Aud. Prov. de Barcelona (Sección 12) de 4 de diciembre de 2001*¹⁹ lo aplican. En las páginas siguientes me referiré sucintamente a lo que supone el derecho de visita en la economía del Convenio de La Haya (el Convenio, a partir de ahora) y a las posibilidades que abre el mencionado artículo 21 del mismo, leído a la luz de la práctica comparada y, sobre todo, de las dos resoluciones últimamente citadas. El objetivo es modesto (qué se puede hacer bajo el amparo del art. 21 del Convenio), por lo que quedan fuera de mis reflexiones otros aspectos directamente vinculados a la organización y ejercicio del derecho de visita (competencia judicial internacional, ley aplicable, reconocimiento de resoluciones extranjeras...) y la también abundante normativa que los disciplinan²⁰.

¹⁷ Salvo supuestos especiales. Estados vecinos como USA y Canadá han deparado una práctica más abundante, por la extensa frontera común que hace que el número de peticiones en torno al derecho de visita sea relevante, incluso frente a las peticiones de retorno: 43 frente a 70, según indica D. McLean, "International child abduction - some recent trends", *Child and Family Law Quarterly*, diciembre 1997, (consultado en *lexis nexis*) en nota 18, donde también pone de manifiesto lo difícil de obtener datos fiables que separen los requerimientos que afectan al derecho de visita y los que afectan al derecho de custodia, pues suelen ir de la mano en numerosos casos que la estadística no puede discernir.

¹⁸ Aranzadi Westlaw, JUR 2005\157727.

¹⁹ Aranzadi Westlaw, AC 2002\857.

²⁰ El Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable a la protección de menores; el Convenio europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo, el 20 de mayo de 1980; el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997; el Convenio relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya, el 19 de octubre de 1996 (del que España no es parte); el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000; el Convenio sobre las relaciones personales relativas a los niños, hecho en Estrasburgo, el 15 de mayo de 2003 (en el seno del Consejo de Europa y del que España no es Estado parte). Para un análisis sucinto de los mismos desde la perspectiva que ahora nos inte-

II. Déficit del Convenio en la protección de los derechos de visita

1. Planteamiento

Al hablar de un déficit del Convenio en la protección de los derechos de visita, estoy retomando unas reflexiones que, en mi caso, ya tienen más de veinte años²¹. Mi primera valoración del Convenio arrojó una visión escéptica y quizá radical en torno a las ¿virtudes? de la entonces relativamente reciente normativa internacional que disciplinaba o estaba llamada a disciplinar el tema²². El tiempo se encargó de rectificarme y el Convenio de La Haya llegó a ser un “convenio estrella” en todos los aspectos: desde el número de Estados que se obligaron por sus soluciones, hasta la riquísima problemática que ha deparado en todos ellos²³. Lo que el tiempo y la práctica internacional no ha podido rectificar han sido mis dos conclusiones fundamentales de entonces. Por un lado, me manifesté en contra de mecanismos que trataban de dar solución a un problema cuando ya se había producido; un mecanismo que contemplaba el traslado ilícito *ex post*, cuando a mi juicio la adopción de medidas *ex ante* debía presidir cualquier intento de reglamentación: el Convenio de La Haya dedica el grueso de sus esfuerzos a que el niño ilícitamente desplazado de un Estado contratante a otro sea inmediatamente retornado. Veinte años después (y sin duda no como consecuencia de mis denuncias) la Conferencia de La Haya trabaja (por fin) sobre “medidas de prevención”²⁴; sobre medidas que *eviten* el tras-

resa *vid.*, J. Forner Delaygua, *loc. cit.*, y C. González Beilfuss, “Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita”, *Sustracción internacional de menores y adopción internacional... cit.*, pp. 89-114. Más ampliamente con igual perspectiva omnicompreensiva, M. C. Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, Padua, 2005.

²¹ S. Álvarez González, “Secuestro internacional de menores (“legal kidnapping”) y cooperación internacional: la posición española ante el problema”, *Poder Judicial*, 2ª época, núm. 4, 1986, pp. 9-32.

²² España ya se había obligado en 1984 por el citado Convenio de Luxemburgo (*supra* nota 20) y un año después entraría en vigor para nuestro país el Convenio de La Haya.

²³ Gráfica C. González Beilfuss, se refiere a él como “una de las joyas de la corona” de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (“Sustracción internacional de niños...”, *loc. cit.*, p. 98).

²⁴ Resultado de la Comisión Especial de 2002; un “Document de reference” puede consultarse en www.hcch.net/\ftp/DOC\prevmeas_backf.doc.

lado. El éxito de estas medidas significaría una forma racional de firmar la defunción del propio Convenio, aunque, desgraciadamente, tal circunstancia no ocurrirá: los traslados ilícitos se seguirán produciendo y el Convenio seguirá funcionando con la actual eficacia. Me permitiré tan solo y en este momento lamentar que dichas medidas se sitúen en el plano de la disuasión, sin abordar la eliminación de la causa o las causas profundas de los desplazamientos (quizá dentro de otros 20 años...).

La segunda gran crítica que vertí sobre el mecanismo convencional hacía alusión al tema que ahora nos ocupa: el derecho de visita. Veinte años atrás denuncié lo *cutre* del Convenio de La Haya con este tema (¡un solo artículo sobre el derecho de visita!, de 45) y puse de manifiesto cómo actuar de forma satisfactoria sobre el derecho de visita podría evitar el desplazamiento ilícito: es una de las mejores medidas preventivas²⁵. El miedo a no ver más, o no ver lo suficiente, a la persona querida es un motivo más que entendible (aunque no necesariamente justificable) de actitudes como las que conducen al desplazamiento ilícito. Hoy en día, cada vez son más los casos en los que quien desplaza al niño es quien posee la custodia, con la consiguiente vulneración de los derechos de visita. Dos perspectivas distintas de una misma realidad clave en el secuestro de menores.

La Conferencia de La Haya ha tomado nota, también por fin, de la importancia de la organización de los derechos de visita y de mantener un contacto transfronterizo entre padres e hijos, como corolario necesario del derecho de guarda y como mecanismo complementario para garantizar éste²⁶.

²⁵ Que curiosamente no es contemplada como tal por el elenco de las que se disponen en el "documento de referencia" citado en la nota anterior, aunque ya en el citado Informe de la Profesora E. Pérez Vera, se contemplaba como medida preventiva (eso sí, de forma genérica y vinculada a la regulación del derecho de custodia: párrafo 17 del Informe). Sí se hace en la *Guía de buenas prácticas En virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Tercera Parte - Medidas de prevención*, La Haya, 2005; aunque su desarrollo no es, a mi juicio, suficientemente claro en orden a la prevención: el punto 2.2.1 habla de "Salvaguardar los derechos de visita del progenitor durante el establecimiento en otro país", en términos no suficientemente claros y en igualdad de rango con la salvaguarda de los derechos del progenitor que tiene la custodia cuando el menor está involucrado en visitas al extranjero. La cuestión es más simple y menos sospechosa: un correcto ejercicio del derecho de visita protege el derecho de custodia.

²⁶ La Comisión especial sobre asuntos generales y política de la Conferencia de La Haya, reunida en mayo de 2000, encargó a la Oficina Permanente preparar un informe relativo

A la espera de lo que puedan deparar los futuros trabajos, dos son los aspectos que inciden en el déficit del mecanismo convencional en relación con el derecho de visita: por un lado, impedir su ejercicio mediante un traslado del niño a través de las fronteras estatales no supone, en principio, la existencia de un traslado ilícito que pueda dar lugar a un retorno sobre la base del Convenio; en otras palabras, que el progenitor custodio (o la persona que tenga atribuida la custodia) traslade su lugar de residencia impidiendo de facto el ejercicio del derecho de visita es algo que puede resultar inocuo para el Convenio. Por otro lado, el artículo 21 del Convenio apenas sirve de excusa (basta reparar en su letra) para una actividad cooperativa de difíciles contornos; indeterminación que, cómo no, ha sido terreno abonado para una interpretación heterogénea y diversa por los tribunales de los distintos Estados contratantes. Me referiré a continuación a ambos extremos.

2. Relaciones entre derecho de guarda y derecho de visita y traslado ilícito

Respecto del primero de los aspectos ("incapacidad" del derecho de visita que se vulnera para definir la *ilicitud* de un traslado), llama la atención que siendo el derecho de visita un complemento necesario del derecho de guarda no disfrute de un nivel similar de protección en la práctica, por más que en las grandes definiciones del Convenio aparezcan juntos (ya desde el preámbulo). Lo cierto es que la definición de traslado o retención ilícitos que efectúa el artículo 3 del Convenio dificulta la calificación de traslado *ilícito* cuando ese traslado vulnera el "mero" derecho de visita²⁷. Es

a la oportunidad y utilidad de adjuntar un protocolo al Convenio que permitiese asegurar de forma más satisfactoria y detallada de lo que permite el artículo 21 el ejercicio efectivo del derecho de visita. El informe y conclusiones de la Comisión especial sobre el Convenio, celebrada entre los días 27 y 1 de octubre de 2002, señalan que aún resulta prematuro trabajar sobre un tal protocolo, pero que el tema está abierto y los trabajos sobre el mismo continúan en agenda, como demuestra el hecho de que aparece en primer lugar en la lista de tareas que se relaciona en el cuestionario enviado a los Estados sobre el funcionamiento del Convenio con vistas a la preparación de la Comisión especial de otoño de 2006. En el *Informe Duncan*, el protocolo aparecía como un "instrumento obligatorio", frente a otras medidas o "instrumento no obligatorio" como la Guía de buenas prácticas.

²⁷ "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,

verdad que existen algunas cautelas adoptadas por los jueces del Estado de origen del desplazamiento que colaboran a que se vaya abriendo una interpretación más justa para el derecho del niño a relacionarse con su padre o su madre –recordemos que *propio sensu*, el derecho de visita es un derecho del menor y no de sus padres–: en aquellos casos, cada vez más frecuentes, en los que la atribución de la guarda se acompaña de una prohibición de salida del territorio nacional (o de prohibición de salida salvo acuerdo con quien o quienes ostentan la posibilidad de visitar a los menores o autorización judicial) cabe un razonamiento, formal y sustancial a la vez, que acredita la ilicitud del traslado puesto que se habría efectuado en vulneración de un derecho de custodia judicialmente condicionado. La pura letra del Convenio, sin embargo, no facilita esta conclusión: en *Croll v. Croll*, por ejemplo, el Tribunal estadounidense consideró que el derecho de visita, aun acompañado de una orden de no salida del menor del territorio nacional, no podía considerarse derecho de custodia en los términos de los artículos 3 y 5 del Convenio; como consecuencia de ello, desestimó la pretensión de retorno del menor al país de donde había sido desplazado por quien ostentaba la custodia, en detrimento de los derechos de visita del hijo respecto del otro progenitor²⁸.

También es cierto que, sobre todo en el ámbito europeo, diversas realidades, tanto judiciales como de mera interpretación de la legislación, van haciendo que se difumine la distinción entre derecho de custodia y derecho de visita, lo que los iría equiparando en cuanto a su nivel de pro-

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..."

²⁸ Muy crítica D. M. Huynh, "Can rights of access ever merit a remedy of return under the Hague Abduction Convention?", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 26, 2001, 529-557 (consultado en *lexis nexis*). La misma diferencia formal conduce al Tribunal en *Viragh v. Foldes* a negar el derecho al retorno para garantizar el derecho de visita, aunque sí concluye que se puede condenar al progenitor que ostenta la custodia y ha trasladado al menor a compensar económicamente al otro para que pueda ejercitar el derecho de visita de forma efectiva (sobre este caso, ampliamente, E.S.Horstmeyer, "The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: an Analysis of Tahan and Viragh and their Impact on its Efficacy", *Louisville Journal of Family Law*, 33, 1994; consultado en *lexis nexis*). En *González v. Gutiérrez*, 311 F. 3d 942 (9th Cir. 2002) ni siquiera se concede que el concepto mexicano de patria potestad atribuya "derechos de custodia" en el sentido del Convenio. *Vid.*, no obstante, para la práctica inglesa, N. Lowe, *loc.cit.*, p. 376 y nota 11, la evolución hasta considerar ilícito el desplazamiento *contra orden*.

tección o, meramente, cambiaría la situación de partida que parece exigir la determinación de cuál de los dos derechos se vulnera. La anteañudida atribución de un derecho de custodia con prohibición de salida del territorio nacional, la consideración del progenitor al que se atribuye un derecho de visita como *guardian* o *co-guardian*, requiriéndose su consentimiento para el traslado del niño, la existencia de pactos entre quien ejercita la guarda y quien no la ejercita respecto de aspectos directamente entroncados con el derecho de guarda o, meramente, la constatación de la disminución de supuestos en que se atribuye la custodia a un progenitor con plenas facultades de decisión sobre la residencia del niño... son factores que conducen a una separación entre ambos aspectos (custodia y visita) menos rígida que la que el propio Convenio parece proponer²⁹. Todos estos factores, además, generan una práctica judicial internacional cada vez más abundante en la que el objeto del proceso es, precisamente, el derecho a decidir sobre la residencia del menor³⁰, con lo que la seguridad jurídica que atribuye una resolución judicial funciona en cierta medida como medida preventiva de traslados ilícitos³¹.

3. Alcance normativo del artículo 21 del Convenio

A) Planteamiento

El segundo de los aspectos aludidos se refiere específicamente al papel que el artículo 21 del Convenio puede jugar en la regulación del derecho de visita. A mis denuncias sobre su soledad (y su previsible ineficacia) el tiempo ha sumado otras que inciden en la misma idea³². A la vista de la

²⁹ Así se manifiesta, A. Dyer, "Relocation of Custodial Parents and their Children within the European Unión and Problems of Access: The Scope and Timing of Judicial Involvement", *E Pluribus Unum. Liber amicorum Georges A.L. Droz*, The Hague, Boston London, 1996, pp. 67-73, pp. 71-72. Igualmente, J. Forner Delaygua, *loc. cit.*, p. 35 y pp. 38-39. Se reconoce que la idea de "progenitor con derecho de custodia" es un concepto que ha perdido relevancia en algunos sistemas legales en *Guía de buenas prácticas...*, *op. cit.*, en el contexto de la nota 114.

³⁰ A. Dyer, "Relocation...", *loc. cit.*, p. 74, con cita de J. Grayson, "International relocation right to travel and the Hague Convention: additional rights for custodial parents", *Family Law Quarterly*, 1994, pp. 531-540.

³¹ *Vid.* el *Informe Duncan*, puntos 38-41, sobre la necesidad de diferenciar derechos de visita y de custodia en la economía del Convenio y las razones prácticas que modulan la diferencia en su aplicación práctica.

³² N. Lowe, *loc. cit.*, *passim*; A. Dyer, *loc. cit.*, p. 82; P. Steward, "Access rights: a necessary corollary to custody rights under the Hague Convention on the Civil Aspects of International

relevancia que la correcta organización y el efectivo ejercicio del derecho de visita poseen no sólo como objetivo individual del Convenio, sino como implícito mecanismo de prevención de traslados, su operatividad, la que sea, posee o debería poseer idéntica relevancia a la que se otorga al derecho de custodia. La flexibilidad de su contenido (por verlo de forma positiva) o su indeterminación (visto desde una perspectiva menos amable) han generado, sin embargo, una práctica tan heterogénea en la jurisprudencia comparada que, en ausencia de una instancia garante de una interpretación uniforme, se deja en manos de cada sistema la determinación de su verdadero alcance. Las dos resoluciones de nuestros Tribunales que cité en la introducción parecen sentar las bases de lo que puede ser el futuro de la práctica española. Antes de analizarlas, señalaré de forma somera algunas respuestas judiciales de la práctica comparada a alguno de los interrogantes que adelanté en la introducción.

B) Práctica comparada.

Un repaso a las 19 decisiones que, a 17 de mayo de 2006, aparecen recogidas bajo la rúbrica del derecho de visita en la citada base de datos *Incatat* muestra un panorama desolador, desde la perspectiva de lo que cada jurisdicción estatal entiende y resuelve. Es decir, cada Estado parte tiene su propia concepción de las posibilidades que abre (o que no abre) el susodicho artículo 21 del Convenio. En no pocos casos, la solución que se da es parecida a la que dio la sentencia de instancia revocada por la Audiencia Provincial de Madrid: que el régimen del Convenio se ha de limitar a la adopción de las medidas oportunas para la efectividad de un *régimen ya establecido*³³, y ya establecido *en el extranjero*³⁴. El particularismo en torno al tema es la nota dominante, aunque se percibe una cierta tendencia a asentar la idea de que el artículo 21 del Convenio no es base legal apropiada para una demanda tendente al establecimiento de un derecho de

Child Abduction", *Fordham International Law Journal*, 1997, pp. 308-358 (consultado en *lexis nexis*); C. González Beilfuss, *loc.cit.*, p. 94, con una crítica tibia; J. Forner Delaygua, *loc.cit.*, p. 49 habla también de "relativa crisis" del Convenio de La Haya en este marco.

³³ Por ejemplo, Family Court of Australia at Sydney, 17 de marzo de 2000 (Fuente: *Incatat*).

³⁴ Por ejemplo, Unites States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, de 15 de diciembre de 1998 y Unites States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern División, de 22 de noviembre de 2000, rechazaron la ejecución de las medidas ya adoptadas, pero por tribunales americanos (Fuente: *Incatat*).

visita³⁵; se encuentran también casos en los que se niega la aplicación del precepto en ausencia de un desplazamiento o retención ilícitas (citadas sentencias americanas, por ejemplo); pero también se encuentran casos en los que el Convenio ha sido aplicado y se ha procedido a una “modificación” del régimen de visitas establecido por la sentencia extranjera³⁶; supuestos en los que claramente se ha ido más allá de la interpretación más “generosa” del artículo 21 del Convenio y, con su solo fundamento, una sentencia extranjera sobre regulación del derecho de visita ha sido directamente reconocida sin el procedimiento previo de exequátur³⁷; casos en los que el desarrollo normativo interno permite el acogimiento de demandas de modificación de las medidas adoptadas relativas al derecho de visita o, simplemente, demandas tendentes a la organización totalmente distinta de tal derecho³⁸; y casos, en fin, como el resuelto por la *Sent. del Tribunal civil regional de Graz (Austria) de 25 de mayo de 1988*, que estableció que el artículo 21 del Convenio imponía a las Autoridades centrales la cooperación para permitir la ejecución o el ejercicio del derecho de visita, tanto en los casos en los que el derecho de visita hubiera sido previamente acordado, cuanto en los que no se hubiese aún reconocido, revocando la sentencia de instancia que no consideraba aplicable el Convenio en este segundo caso (un caso paralelo a este y también al español, pero con resultado contrario es el de la *Full Court of the Family Court of Australia at Adelaide, de 16 de mayo de 1997*, según la cual el Convenio no permitiría a la Autoridad Central solicitar el establecimiento de un derecho de visita).

C) Práctica española

La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de abril de 2005* se centra en la organización de un derecho de visita solicitado a través de la *Autoridad Central española* (demandante) por el progenitor (parece que

³⁵ Tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica, Ingleses y Alemanes inciden en esta idea. La evolución de los ingleses se recoge por N. Lowe, *loc. cit.*, passim. No obstante, una cierta apertura se ve en Court of Appeal (Inglaterra) de 28 de julio de 2005 (Fuente: Incadat).

³⁶ High Court at Auckland (Nueva Zelanda) de 6 de octubre de 1995; o Family Court of Australia at Brisbane, de 13 de julio de 1999 (Fuente: Incadat).

³⁷ Arrondissement judiciaire I Courterlary-Moutier-La Neuveville (Suiza) de 11 de octubre de 1999 (Fuente: Incadat).

³⁸ En Escocia, Outer House of the Court of Session, de 3 de marzo de 1999, ratificada por Extra División, Inner House of the Court of Session, de 6 de julio de 1999 (Fuente: Incadat).

residente en el extranjero) que no posee la guarda de su hijo residente en España; aplica ese islole en el entramado del Convenio de La Haya constituido por el artículo 21 y lo hace de manera positiva. Digo positiva desde una perspectiva que fundamento en mis anteriores consideraciones y ajeno a las concretas vicisitudes procesales que el texto que manejo me escamotea (por ejemplo, no sé qué tipo de procedimiento se ha seguido). Y digo positiva, también, dentro de un panorama comparado en el que la interpretación del artículo 21 del Convenio dista, como he señalado en el párrafo anterior, de ofrecer la necesaria homogeneidad y, en un buen número de casos, ocupa en la mente de los jueces la importancia residual que tiene en el Convenio. Digo igualmente positiva porque lo cierto es que la Audiencia rechaza la tesis restrictiva de la *Sent. Juzgado de Primera Instancia núm. 76 de Madrid, de 30 de septiembre de 2004*, según la cual el Convenio tendría como objetivo velar por que los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados contratantes, quedando limitada la pretensión a adoptar las medidas oportunas para la efectividad del régimen de visita establecido en la *Sentencia dictada por el Tribunal extranjero* (limitación que, como hemos visto, es frecuente en la práctica extranjera) y no cuando se pidiese a título principal (pro futuro) el establecimiento de dicho régimen. Y lo hace sobre la base de los objetivos del Convenio, que sitúa tanto en el retorno del menor desplazado, cuanto en la efectividad del derecho de visita. Porque, y esto vuelvo a recalcarlo, una correcta y adecuada articulación de un derecho de visita efectivo es el mejor ungüento contra el desplazamiento ilícito. Es verdad, por no ser crítico con la sentencia de instancia, que el tema no está claro (ya lo he adelantado al referirme muy sucintamente a la práctica comparada) y que la literalidad del precepto permite sin esfuerzo, dicha interpretación (sólo en cierto modo) restrictiva. E incluso habría que reconocer que la calificación de restrictiva efectuada por la Audiencia (y por mí) es menos evidente que la que hizo el Juzgado.

La decisión comentada viene pues a sumarse a las escasas de la práctica judicial comparada que consideran que los mecanismos del Convenio son perfectamente adecuados para que, al margen o con independencia de un desplazamiento ilícito, la cooperación a través de las Autoridades Centrales pueda determinar el establecimiento directo de un régimen de visitas que garantice el derecho de los menores a tener contactos con sus

padres, madres, hermanos, abuelos... La sentencia se alinea con el citado *Auto Aud. Prov. de Barcelona (Sección 12) de 4 de diciembre de 2001*, que resolvió un caso parecido en un sentido muy similar. Contra la inadmisión a trámite de la demanda del Abogado del Estado reclamando, en nombre del solicitante, el establecimiento de un régimen de visitas de su hija residente en España, deducida en expediente de jurisdicción voluntaria, la Audiencia rechaza el motivo argüido por el Juzgado, a saber, la inexistencia de resolución judicial que determinase dicho régimen. La Audiencia afirma claramente que el supuesto tutelable, "...referido al derecho de visitas, no presupone la concurrencia de resolución judicial de clase alguna para que pueda instarse la solicitud ... dado los términos del artículo 21 del Convenio de La Haya..." Además, en el Auto de la Audiencia se incide en un aspecto, también controvertido, al poner el énfasis en que

"...las Autoridades Centrales estarán vinculadas por las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el disfrute pacífico del derecho de visitas y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sometido el ejercicio de ese derecho, adoptándose cuantas medidas sean necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio del derecho de visitas, promoviendo directamente las Autoridades Centrales o por conducto de intermediarios, la incoación de procedimientos tendentes a organizar el derecho de visita y a asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sometido el ejercicio de ese derecho..."

Uno de los estudios de referencia en Europa sobre el alcance del artículo 21 del Convenio, el citado de N. Lowe, concluye que hubiese sido mejor haber *obligado* a la Autoridad Central a instar procedimientos ante los tribunales de justicia para articular el derecho de visita³⁹. Parece que la Autoridad Central española asume sin complejos esta tarea y que los Tribunales españoles la encuentran plenamente legitimada y, además, admiten una amplia interpretación de lo que puede hacer la Autoridad Central en el contexto del artículo citado⁴⁰.

³⁹ N. Lowe, *loc. cit.*, p. 383; la idea que defiende es que desde el punto de vista de la cobertura convencional el derecho de visita implique las mismas obligaciones de cooperación y la misma cobertura para el demandante (por ejemplo en cuanto a asistencia judicial) que la solicitud de retorno. Existe un trabajo reciente de este mismo autor, al que no he tenido acceso, que podría ratificar, matizar o rectificar estas ideas que son de 1994 (el trabajo es "Regulating Cross-border Access to Children", *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Giesecking, Bielefeld 2005, pp. 1153-1188).

⁴⁰ La posibilidad de articular una acción *ex novo* sobre el derecho de visita y no solamente la organización o la garantía de un derecho previamente definido ha sido también defendida en Italia por M. C. Baruffi, *op. cit.*, pp. 75-76.

Creo que esta visión, minoritaria en la práctica comparada, es realmente más respetuosa con lo que debe ser la finalidad última del Convenio. No obstante, precisa alguna matización. Hay que recordar (porque sobre este tema ya hemos expuesto la práctica comparada y coincido con la mayoritaria) que aunque no existan impedimentos para que se utilice el mecanismo convencional y aunque podamos considerar que la Autoridad Central estaría obligada a incoar, en su caso, un procedimiento judicial para declarar y organizar *ex novo* el derecho de visita (citadas resoluciones españolas) o para reorganizarlo a partir de una decisión extranjera, lo cierto es que el artículo 21 del Convenio no supone una regulación que por sí misma atribuya derechos o contenga criterios para ello: no establece criterio alguno de competencia judicial internacional, no establece criterio alguno de ley aplicable (aunque en esta materia es este un elemento casi residual en beneficio del universal principio del supremo interés del niño y de su articulación *fáctica* por los órganos judiciales) y no establece, en última instancia, ningún régimen de reconocimiento de resolución extranjera (a pesar del ejemplo citado de la práctica suiza); de igual modo que no introduce ningún procedimiento especial para garantizar el respeto a los derechos de visita⁴¹. Como subyace en un buen número de las decisiones que he citado, el artículo 21 del Convenio no es base legal para la determinación del régimen de visitas (aunque sí para que se canalice la cooperación que desencadene la misma). La Autoridad Central requerida se habrá de mover dentro de los parámetros "ordinarios" de su Derecho internacional privado, tanto en lo que atañe a la competencia judicial internacional, cuanto a la ley aplicable y, claro está, al procedimiento. La más atrás citada sentencia austriaca es buen ejemplo de este dato: admite que el Convenio sobre secuestro active el procedimiento judicial interno, pero luego decide en aplicación del Convenio de La Haya sobre competencia de autoridades y ley aplicable a la protección de menores, de 5 de octubre de 1961⁴². La sentencia española

⁴¹ Matiza esta afirmación, sobre la base de la actitud de la Autoridad Central española y su recurso al procedimiento de los arts. 1901 y ss LEC, C. González Beilfuss, *loc.cit.*, p. 96; incluso aun restringiendo el supuesto, como lo hace la autora, al respeto de los derechos de visita "conferidos en los demás Estados contratantes", creo que resulta forzada la interpretación.

⁴² Cuando M. C. Baruffi, *op. cit.*, p. 76, se refiere a la posibilidad de incoar una demanda para organizar un "...derecho de visita nuevo...", se refiere también a la intervención del Convenio de La Haya de 1961 (es decir al DIPr del foro italiano, en su caso).

de la Audiencia de Madrid también intuye este dato, al menos en cuanto a la competencia judicial internacional (con un razonamiento en términos de LOPJ y tutela judicial efectiva cuyo comentario obvio en el presente discurso). El tema de la ley aplicable no lo aborda; algo habitual en relación con la adopción de concretas medidas sobre guarda y custodia, que suelen resolverse en términos de decisión judicial al hilo de las concretas circunstancias. Pero de haberlo abordado, tampoco podría basarse en el artículo 21 del Convenio.

Si esto es así, habrá que concluir, como consecuencia de ello, que el déficit del Convenio se proyecta igualmente sobre el desarrollo del mismo por el legislador español: el procedimiento específico contemplado por los artículos 1901 a 1909 LEC de 1881, sobre medidas relativas al retorno de los menores en los supuestos de sustracción internacional no es aplicable a los casos de organización del derecho de visita⁴³. Al menos no en ausencia de traslado o retención ilícitas y solicitud de retorno (en este caso en el marco del susodicho procedimiento especial)⁴⁴.

III. Conclusiones

La modestia de la base legal sobre la que giran las presentes reflexiones, un único precepto de vagos contornos y secundario papel en el contexto

⁴³ E. Rodríguez Pineau, *loc. cit.*, pp. 1751, planteándose expresamente el tema y rechazando la aplicación del procedimiento específico de retorno. C. González Beilfuss, *loc. cit.*, pp. 95-96, se refiere a su utilización en un caso dentro de la órbita del artículo 21 del Convenio. Probablemente se refiera al *Auto del Juzgado de Primera Instancia de Hospitalet de Llobregat de 23 de noviembre de 1999* (que cita como inédito en su trabajo, "Internacional Child abduction in Spain", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2001, pp. 327-349, pp. 334-335, y nota 39).

⁴⁴ Y aún en este caso, el procedimiento se adapta mal a la organización de un derecho de visita con carácter definitivo; más allá de medidas provisionales, no es muy verosímil que en pleno debate sobre el retorno se articule un régimen de visita; máxime si tenemos en cuenta que, en una buena parte de los casos, ni siquiera el progenitor que lo reclame estará en el Estado del traslado (lo indefinido del tema es plasmado en el *Informe Duncan*, puntos 32 a 34). Lo cierto es que un desarrollo legislativo que soslaye el derecho de visita "internacional" complica igualmente (aunque quizá no sea este el caso español) la organización judicial de su ejercicio: recientemente, en *Cantor v. Cohen*, 442 F. 3d 196 (4th Cir. 2006) se deniega al peticionario la vía del artículo 21 del Convenio, en aplicación de la legislación norteamericana de desarrollo (Internacional Child Abduction Remedies Act), invitándole a que utilice las vías ordinarias del Derecho de familia estatal (aunque, a decir verdad, la práctica estadounidense sobre este tema no puede calificarse de favorable a la aplicación del Convenio en casi ningún caso, más allá del recurso o no a la normativa de desarrollo).

de un mecanismo orientado casi exclusivamente al retorno de un menor ilícitamente desplazado, convierten también en modestas las conclusiones. Se puede afirmar, con la mayoría de los estudios, que la regulación de los derechos de visita en el contexto internacional y más en concreto en el sistema del Convenio de La Haya es escasa y deficitaria. Reclamar una regulación más efectiva no es, por tanto, ninguna conclusión sino, prácticamente, una premisa obvia, que si tenía algún grado de originalidad en 1986 hoy es una evidencia. Y en lo que atañe en concreto a cuánto da de sí el artículo 21 del Convenio, lo que puede afirmarse es que la práctica española —ciertamente escasa, pero escasa es también la comparada— se orienta en una dirección que aprovecha al máximo la flexibilidad del precepto: la Autoridad Central española recibe y tramita judicialmente solicitudes de organización de los derechos de visita sobre la base del artículo 21, parece que incluso al margen de una vulneración efectiva de los derechos de custodia o visita; y los tribunales de justicia lo asumen, obviando eventuales objeciones formales que podrían derivar, por ejemplo, de una interpretación estricta del artículo 4 del Convenio.

Nada obliga a que así se haga, pero nada lo impide; o mejor, los inconvenientes han de ceder a la necesidad, cada día más acuciante, de una organización verdaderamente “internacional” del derecho de los niños a relacionarse con su padre y su madre (o sus madres, o sus padres) o con otras personas sobre las que confluían tales derechos (abuelos, hermanos...). Si ello se puede hacer bajo la cobertura de un régimen de cooperación institucional que minimiza costes y facilita la consecución de resoluciones judiciales (o acuerdos extrajudiciales), sin necesidad de costosos desplazamientos, habrá que concluir valorando positivamente la limpieza de obstáculos realizada por las decisiones judiciales españolas que nos sirven de referencia; abogando, a la espera de una respuesta internacional articulada, porque soluciones como las otorgadas por las Audiencias de Madrid y Barcelona se repitan y el legislador estatal (el español) tome nota y nos sorprenda con una iniciativa que facilite un procedimiento ágil y adaptado a la actualidad y frecuencia del problema.