

CAPÍTULO TERCERO  
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL

I. Introducción . . . . .	157
II. Aplicabilidad de los convenios . . . . .	161
1. Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores . . . . .	161
2. Convención Interamericana sobre Restitución Interna- cional de Menores . . . . .	170
3. Compatibilidad de convenios . . . . .	177
III. Competencia judicial internacional . . . . .	179
1. Regulación convencional . . . . .	179
2. Regulación autónoma . . . . .	189
IV. Derecho aplicable . . . . .	192
1. Regulación convencional . . . . .	192
2. Regulación autónoma . . . . .	193
V. Contenido convencional . . . . .	194
1. Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sus- tracción Internacional de Menores . . . . .	194
2. Convención Interamericana sobre Restitución Interna- cional de Menores . . . . .	207

## CAPÍTULO TERCERO

### RESTITUCIÓN INTERNACIONAL

#### I. INTRODUCCIÓN

Debemos comenzar señalando que México es un país *ad extra*, es decir, los menores son sustraídos desde México hacia el exterior. Lo anterior hace que surja con fuerza una preocupación sobre el aspecto que en este tercer capítulo nos ocupa. Los esfuerzos que debe realizar México no pueden ser aislados, sino que deben hacerse teniendo en cuenta la existencia de una comunidad internacional, de una cooperación internacional.<sup>327</sup> Lo anterior explica y justifica la ratificación por México de dos instrumentos internacionales que vienen a paliar, con diferentes técnicas, la aparición y auge de esta figura. Sólo desde un apoyo y coordinación internacional se puede combatir con éxito este fenómeno, que si bien no es nuevo, sí es más notorio. Como bien señala Berraz:

es en este sentido que el tema sólo puede ser resuelto a través de un impulso de la cooperación internacional en distintos frentes. En primer lugar, el pronto restablecimiento de la situación primitiva; en segundo término, la eliminación de los tradicionales criterios exorbitantes de competencia judicial internacional; y por último, la flexibilización del régimen de reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras concernientes a la patria potestad.<sup>328</sup>

En México tenemos dos instrumentos convencionales que dan una respuesta eficiente a la situación de restitución o sustracción internacio-

<sup>327</sup> Como bien señala Dreyzin de Klor, “la restitución internacional de menores atañe por una parte, de manera directa, a la protección del menor y por otra, también en forma directa, a la sociedad en su conjunto. Ello resulta fácilmente comprensible si se proyecta el efecto que las conductas que ponen en marcha el mecanismo de la restitución generan sobre el niño”; Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, cit., p. 11.

<sup>328</sup> Cfr. Berraz, C., *La protección internacional del menor...*, cit., p. 32.

nal de menores. Estos convenios son el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, del 25 de octubre de 1980, publicado en el *DOF* el 6 de marzo de 1992, mediante decreto promulgatorio.<sup>329</sup> El segundo instrumento es la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores, del 15 de julio de 1989, publicado en el *DOF*, mediante decreto promulgatorio del 18 de noviembre de 1994.<sup>330</sup> Lejos de lo que pudiera pensarse a estas alturas del partido, afirmamos que asistimos a problemas en la puesta en aplicación de estos convenios, lo cual origina situaciones que no son de antaño ni pertenecen a un lejano pasado, sino que por el contrario, son de candente actualidad.<sup>331</sup>

<sup>329</sup> El decreto por el que se aprueba la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores está publicado en el *DOF* del 14 de enero de 1991.

<sup>330</sup> El decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores está publicada en el *DOF* del 6 de julio de 1994. Esta Convención Interamericana procedente de la CIDIP IV es acompañada en su génesis por la Convención de Obligaciones de Alimentos. De esta manera, dos de las tres convenciones interamericanas aprobadas en esta CIDIP IV se refieren a la minoridad. De este hecho la doctrina ha señalado que “la circunstancia de que dos de las tres convenciones aprobadas por la CIDIP IV refieran a categorías pertenecientes al DIPr de minoridad y familia no es producto del azar. Es indudable que la progresiva internacionalización en el continente y la dispersión internacional del núcleo familiar producto de la incidencia de diversas variables que provocan desplazamientos humanos constantes, crean el campo propicio para alentar reclamaciones ante los tribunales de la región, referidas a las cuestiones en análisis. Consecuentemente, ello incide en la determinación de los tópicos que figuran en la agenda de las conferencias”. *Cfr.* Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, cit., p. 41.

<sup>331</sup> Respecto a la restitución internacional de menores, la doctrina señala un caso que nos gustaría en este momento reproducir resumidamente. Hechos: un menor de edad, residente en Massachussets fue llevado por su padre a Guerrero, México; el traslado fue con pleno consentimiento de la madre. El padre retorna al lugar de su domicilio y lo hace en ausencia del menor, quien continúa en México. Ante estos hechos, la madre acude al consulado mexicano en Massachussets para la localización y posterior restitución del menor. El Consulado recurre a la aplicación y respeto del Convenio Interamericano. Esta restitución del menor es entorpecida por los abuelos, quienes se niegan a dar al menor alegando que “la entrega del menor a las autoridades de la SRE sólo se realizaría en acatamiento de una orden del juez competente en su localidad... En vista de que las autoridades no pudieron convencer a los abuelos respecto del acatamiento a lo dispuesto por la Convención, ellos hicieron saber a la madre que no había posibilidad de que el menor regresara a Massachussets en los términos de la Convención y le sugirieron que se trasladara al Estado de Guerrero para hacerle entrega del menor y regresarlo así a su domicilio. Es evidente que la Convención Internacional sobre Restitución de Menores no fue

Es importante dar a conocer estos instrumentos, su contenido, aplicabilidad, límites y compatibilidades.<sup>332</sup> Lo anterior, por la consecución de un par de objetivos: para evitar que un mal uso o desconocimiento de las convenciones desemboque en un trato simplista de estos casos, como si se tratara de un juicio sobre tutela, pudiendo alargarse penosamente el conocimiento y resolución del mismo;<sup>333</sup> y para evitar que se produzca un “ejercicio patológico” de los derechos de custodia y visita.<sup>334</sup> Al hilo de la última afirmación, y como bien señala Dreyzin de Klor, “la restitución se funda en el estatuto jurídico del protector —guarda, custodia, tenencia u otra equivalente— pero no se trata con este instituto de hacer valer su efecto connatural —la protección en sentido global— porque en la restitución no está en juego la institución de protección toda, sino uno de sus atributos: el de ejercer y conservar la guarda o su similar”.<sup>335</sup>

Respecto al Convenio de La Haya, queremos destacar en este punto lo dispuesto en una tesis aislada de la novena época, Primera Sala, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XX, diciembre de 2004, p. 355, tesis 1a. CXXVI/2004, aislada, Constitucional, Civil. Rubro: Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Cumple con los requisitos legales y constitucionales para su validez. Texto:

aplicada en el caso, sin embargo la finalidad, que era la rápida recuperación del menor a su madre y regreso al lugar de su domicilio, se cumplió si no formalmente, sí con los presupuestos y el espíritu de la Convención” (cursivas añadidas). En este caso vemos que se justifica la inaplicabilidad de los instrumentos convencionales; sin embargo, no estamos de acuerdo con tal resignación. La aplicación del Convenio no debe ser acatada por las partes que “secuestran” a un menor. Trigueros Gaisman, L., “Algunos temas de derecho familiar”, *cit.*, p. 109.

<sup>332</sup> Como bien afirma la doctrina, “no obstante revestir cada caso connotaciones propias resulta importante el encuadramiento que se realiza de ellos, ya que es necesario efectuar una distinción entre los que quedan bajo la órbita de un tratado internacional, de aquellos casos que se producen sin que los países interesados estén vinculados convencionalmente”. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, *cit.*, p. 12.

<sup>333</sup> Pereznieta, Castro, L., “Algunos aspectos del derecho familiar en México...”, *cit.*, p. 17.

<sup>334</sup> Sabido Rodríguez, M., “Algunas cuestiones sobre el régimen legal...”, *cit.*, p. 723 al hilo del comentario del auto dictado por el juez de primera instancia de Plasencia.

<sup>335</sup> Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores. Restitución...*, *cit.*, p. 25.

De acuerdo con el artículo 76, fracción I, de la Constitución General de la República, es facultad exclusiva del Senado aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión. A su vez, el artículo 63 establece que las Cámaras Legislativas no pueden abrir sus sesiones, sin la concurrencia, en cada una de ellas, de más de la mitad del número total de sus miembros. Además, conforme al artículo 60 de Reglamento para el gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, ninguna proposición o proyecto podrá discutirse, sin que primero pase a la comisión correspondiente, y ésta haya dictaminado, lo cual es acorde con lo que al efecto señala el artículo 4o. de la Ley sobre la Celebración de Tratados. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 33 del reglamento mencionado, se presentan en sesión secreta, entre otras cuestiones, los asuntos relativos a relaciones exteriores, como lo es la aprobación de tratados o convenciones internacionales. A este respecto, la convención de mérito fue aprobada por el Senado, en sesión secreta, el trece de diciembre de mil novecientos noventa, fecha en la que el número de legisladores que integraba dicha Cámara era de sesenta y cuatro; por lo que, si dicha Convención Internacional fue aprobada por cuarenta y cinco votos, existió el quórum necesario para la validez jurídica de dicho instrumento, el cual por su naturaleza jurídica, difiere de la que corresponde a las leyes o reglamentos, en lo que ve a su proceso de formación, razón por la cual no contiene exposición de motivos, pues no se trata de una iniciativa de ley, sino que dada la naturaleza y alcances del decreto promulgatorio que la contiene y conforme al procedimiento para su aprobación, estrictamente, no necesita contener una exposición de motivos. No obstante, lo que sí es indispensable para la validez de la convención internacional es la existencia del instrumento de adhesión, expedido por el presidente de la República, quien, después de la aprobación por el Senado, en uso de la facultad que le confiere el artículo 89, fracción X, constitucional, acepta y confirma el texto aprobado del Instrumento Internacional, como ocurrió en el caso de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Tesis que se relaciona con lo dispuesto en los artículos 37, 38 y 39 del mencionado Convenio.

Antes de abordar el estudio de la regulación, convencional y autónoma mexicana, queremos lanzar un interrogante que sin duda planeará en el resto de este capítulo: ¿la restitución inmediata del menor satisface siempre y en todo caso los intereses de éste?

## II. APLICABILIDAD DE LOS CONVENIOS

### 1. *Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*

Como se señala en el Informe explicativo de la profesora Elisa Pérez Vera<sup>336</sup> (en adelante Informe explicativo) el Convenio relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores fue adoptado, en sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 1980, por el decimo-cuarto período de sesiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, por unanimidad de los Estados presentes. El 25 de octubre de 1980, los delegados firmaron el acta final del periodo de sesiones que incorpora el texto del Convenio y una recomendación que contiene un formulario modelo de las demandas de retorno de los menores desplazados o retenidos de forma ilícita.<sup>337</sup>

Sobre esta recomendación, el Informe explicativo solventa dos puntos en concreto, a saber: su valor jurídico, así como su ámbito de aplicación. Respecto al primer aspecto señala:

Ahora bien, desde este punto de vista, una recomendación es en esencia una invitación no vinculante dirigida por una organización internacional a uno, varios o todos los Estados miembros. Por consiguiente, los Estados no están obligados *stricto sensu* a utilizar el formulario modelo contenido en esa Recomendación: incluso se ha puesto gran cuidado en evitar presentarlo como anexo al Convenio.<sup>338</sup>

Respecto al segundo punto señala “el formulario propuesto se limita a ofrecer una solicitud modelo con vistas al retorno del menor”.<sup>339</sup>

<sup>336</sup> Debemos anotar aquí los dos objetivos que persigue para su autora dicho Informe explicativo “poner de manifiesto de la forma más fiel posible los principios en los que se basa el Convenio y, cuando resulte necesario, la evolución de las ideas que han llevado a consagrar ciertos principios de entre las distintas opciones existentes” y “proporcionar a quienes tengan que aplicar el Convenio un comentario detallado de sus disposiciones”. Lo anterior justifica, si es que cabía alguna duda, nuestra remisión a dicho documento. <http://hchch.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf>, párrafos 5 y 6.

<sup>337</sup> *Ibidem*, párrafo 1.

<sup>338</sup> *Ibidem*, párrafo 48.

<sup>339</sup> *Ibidem*, párrafo 49.

### A. *Ámbito de aplicación material*

Debemos comenzar señalando los objetivos primordiales de este instrumento convencional, destacamos, de conformidad con el artículo 1o. que son: 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. Para nosotros este artículo merece dos comentarios; primero, el deseo de protección de la persona del menor, a través de la férrea defensa del interés superior de éste, no siempre se refleja en una restitución inmediata del menor, lo anterior supone un examen casuístico. Segundo, este interés superior del menor sí se refleja en el hecho de otorgar facilidades en el reconocimiento de decisiones judiciales.<sup>340</sup> A nuestro juicio, el objetivo indirecto que persigue este instrumento se destina a evitar un mal uso o un uso fraudulento de los derechos de guarda, custodia y visita, estableciendo la necesaria y existente relación entre la figura de la sustracción y los derechos de visita.<sup>341</sup>

Sin más preámbulo afirmamos que sólo se aplicará este Convenio para los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Como bien afirma González Pedrouzo:

la versión castellana ha adoptado un sustantivo más neutro que el que correspondería a la traducción literal de los términos utilizados en las versiones oficiales inglesa y francesa *abduction* y *enlèvement*. En efecto, estos términos corresponden al término castellano “secuestro” que en su acepción normal tiene connotaciones penales que podrían dar lugar a equívocos, teniendo en cuenta que el Convenio se refiere a situaciones que se producen en el ámbito familiar.<sup>342</sup>

Para nosotros, el término “secuestro” no refleja con fidelidad el contenido de este Convenio desde que le imprime un carácter penal, aspecto inexistente en este Convenio; por lo anterior, mantendremos el término “sustracción”, término que nos parece más acertado que el usado en el Convenio Interamericano desde que “restitución” viene a ser la consecuencia lógica y esperada de la sustracción.

<sup>340</sup> Cfr. Vargas Gómez-Urrutia, M., “El interés del menor...”, *cit.*, p. 114.

<sup>341</sup> González Beilfuss, C., “Sustracción internacional de niños...”, *cit.*, p. 93.

<sup>342</sup> González Pedrouzo, C., “Aproximación al Convenio de La Haya...”, *cit.*, p. 13.

Para este instrumento, se considera “menor” a quien no ha cumplido la edad de dieciséis años.<sup>343</sup> Esta edad de corte establecida en el Convenio es muy importante tenerla presente desde que afirmamos que aun cuando el procedimiento de restitución se hubiere producido dentro de esta edad toda decisión que se logre tomar una vez sobrepasada no tendría posibilidad alguna en cuanto a su aplicabilidad y efectividad.<sup>344</sup> El Informe explicativo nos da un razonamiento del porqué de dicho corte: “el motivo resulta de los propios objetivos convencionales; en efecto, una persona de más de dieciséis años tiene por lo general una voluntad propia que resultará difícil de ignorar, ya sea por uno u otro de sus progenitores, ya sea por una autoridad judicial o administrativa”.<sup>345</sup>

En este sentido, debemos aclarar que si bien el menor se encuentra como un primer elemento de esta suma necesaria para la determinación de la sustracción, el otro elemento necesario es la presencia del “secuestrador o secuestradores”. En este sentido, el Informe explicativo señala que “se refiere a las personas físicas que pueden ser responsables del traslado o del no retorno de un menor”. Sobre tal cuestión, el Convenio mantiene el punto de vista adoptado por la Comisión especial de no atribuir dichas acciones exclusivamente a los progenitores. Y es que, siendo el concepto de familia más o menos amplio según las distintas concepciones culturales, es preferible atenerse a una visión amplia que permita, por ejemplo, calificar de sustracción de un menor, de acuerdo con el Convenio, los traslados realizados por un abuelo o un padre adoptivo. La segunda ob-

<sup>343</sup> En este mismo sentido y derivado de la figura del menor, se puede afirmar como lo hiciera González Pedrouzo que: “desde el punto de vista subjetivo, la cuestión del traslado y retención ilícitos de menores, se manifiesta como un triángulo, que tiene como vértice la figura del menor. En los extremos de la base se ubican, por un lado, el titular del derecho de custodia y por otra parte, la figura de quien traslada o retiene al menor”. González Pedrouzo, C., “Aproximación al Convenio de La Haya...”, *cit.*, p. 14.

<sup>344</sup> La doctrina en esta línea señala que “este criterio es estricto, al punto de que si se hubiere iniciado el procedimiento de restitución antes que el menor alcance los 16 años (en cuyo caso es aplicable la Convención), si éste llegara a dicha edad sin que se hubiera adoptado una decisión al respecto, la cláusula final del artículo 4o. impediría que esta fuera dictada”. González Pedrouzo, C., “Aproximación al Convenio de La Haya...”, *cit.*, p. 15. En esta misma línea de pensamiento encontramos a Tardif, E., “La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Mitos y Realidades”, *Responsa*, año 3, núm. 13, 1998, p. 29. Este autor señala que “aunque el niño tenga menos de dieciséis años al momento del rapto o de una detención ilegales, la Convención deja de tener efecto cuando llega a los dieciséis años”.

<sup>345</sup> <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>, párrafo 77.

servación se refiere a la posibilidad de que una “institución o cualquier otro organismo” actúe como “secuestrador”.<sup>346</sup>

La internacionalidad del supuesto de sustracción viene por la implicación de dos Estados: el de origen y el de destino del menor. Así, todas las sustracciones que no caigan en esta característica afirmamos que están fuera del ámbito de aplicación de estos convenios. La internacionalidad de este supuesto vendrá por lo que señala el Informe explicativo:

...el carácter internacional resulta de una situación de hecho, es decir, de la dispersión de los miembros de una familia por distintos países. Una situación puramente interna en el momento de su nacimiento puede por tanto caer dentro del ámbito de aplicación del Convenio por el hecho, por ejemplo, de que uno de los miembros de la familia se haya trasladado al extranjero con el menor o del deseo de ejercer un derecho de visita en otro país en el que resida la persona que pretende tener dicho derecho. Por el contrario, la diferencia de nacionalidad de las personas afectadas no implica necesariamente que se esté ante un caso internacional al que deba aplicar el Convenio aunque se trata de un indicio claro de una posible internacionalización, en el sentido en el que se ha descrito.<sup>347</sup>

Una vez más constatamos que la nacionalidad de las partes no es un criterio, sino un índice, para otorgar el carácter de internacionalidad a una sustracción. Afirmamos que la nacionalidad es un criterio rancio y en clara obsolescencia para convertir una situación jurídica en una categoría objeto de estudio del DIPr.

Una aclaración que debemos hacer en cuanto a su ámbito de aplicación material es el artículo 3o. de esta Convención, que señala cuándo el traslado o la retención del menor son considerados ilícitos.<sup>348</sup> En este sentido afirma este artículo 3o. que “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 ha-

<sup>346</sup> *Ibidem*, párrafos 81 y 82.

<sup>347</sup> *Ibidem*, párrafo 56.

<sup>348</sup> Carrillo Carrillo, B., “Doble secuestro internacional de menores...”, *cit.*, p. 231.

berse producido dicho traslado o retención”. De esta redacción podemos extraer otra nota del ámbito de aplicación material del Convenio de La Haya desde que, y como se dijera en el Informe explicativo:

sólo impone la obligación de devolver al menor cuando ha habido un traslado o un no retorno considerado como ilícitos por el Convenio. Ahora bien, al señalar los requisitos que debe cumplir una situación para que su alteración unilateral pueda ser calificada de ilícita, este artículo pone indirectamente de manifiesto las relaciones que el Convenio pretende proteger; dichas relaciones están basadas en un doble elemento: *primo*, la existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de la residencia habitual del menor; *secundo*, el ejercicio efectivo de dicha custodia, antes del traslado.<sup>349</sup>

Dos aclaraciones son importantes; primera: afirmamos que el derecho de custodia puede venir atribuido por el derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; esta frase genérica de “derecho vigente” nos induce a pensar que incluye su sistema de DIPr, es decir, su normativa conflictual.<sup>350</sup> En segundo lugar, es necesario aclarar el término de “residencia habitual” debido a su reiteración y frecuente aparición. El Convenio de La Haya, igual que mencionaremos para el Interamericano, no ofrece ninguna definición de este término. Estimamos que, al igual que en el caso interamericano, el concepto de residencia habitual se determinará conforme a la norma material del ordenamiento jurídico del Estado que en concreto se esté haciendo mención. Estamos, en ambos convenios, ante una técnica de reglamentación indirecta. Las ventajas que ofrece el punto de conexión “residencia habitual” pueden resumirse en proximidad y realismo.<sup>351</sup>

<sup>349</sup> [Http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), párrafo 64.

<sup>350</sup> Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, pp. 167 y 168.

<sup>351</sup> Como afirma la doctrina “se trata de una conexión que viene a quebrar la tradicional disyuntiva entre nacionalidad (adoptada principalmente por los países europeos) y domicilio (elegida en general por los Estados americanos)... se revela como el lugar en el que aquél se encuentra efectivamente, reflejando la realidad de su situación, que puede tener muy poco que ver con el Estado del que es nacional o aquél en el que tiene su domicilio legal (que es el de sus representantes legales)”. González Pedrouzo, C., “Aproximación al Convenio de La Haya...”, *cit.*, p. 21.

Una penúltima cuestión que queremos dejar asentada en este ámbito de aplicación es saber si este Convenio se aplica para las sustracciones simples o también para las denominadas “sustracciones internacionales dobles”. Afirmamos que se aplicará el Convenio tanto a la primera sustracción como a la segunda e incluso a ambas. La condición *sine qua non* para que se aplique a cada una o a ambas es que cumplan con los requisitos de aplicabilidad del Convenio; recordemos, el material-personal, el temporal y el espacial. Una vez cumplimentados todos y cada uno de estos requisitos afirmamos que se aplica esta Convención sin problema ni distinción alguna. Este comentario se aplica *mutatis mutandi* para la figura de la doble sustracción cuando se invocan las disposiciones del Convenio Interamericano.

Una última cuestión para dejar asentado el ámbito de aplicación material es que nos encontramos ante un Convenio de carácter unitario, es decir, sólo regula el aspecto de la cooperación entre autoridades judiciales o administrativas con el fin de lograr la localización y restitución de los menores. En este sentido y como afirma el Informe explicativo de esta Convención “el Convenio está condenado a coexistir inevitablemente con las normas relativas a la ley aplicable y al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras de cada Estado contratante, con independencia de que su origen sea interno o convencional”.<sup>352</sup> Este carácter unitario nos conduce indefectiblemente a la fragmentación de cuerpos normativos, de distinta jerarquía y de distinta época y corte, a la hora de dar una respuesta integral al supuesto de hecho de la sustracción internacional de un menor.

### B. *Ámbito de aplicación espacial*

Estamos ante un Convenio que ha sido ratificado por más de setenta Estados, lo cual da una idea del éxito de dicho instrumento. Si uno de los parámetros para medir el éxito de un Convenio es el número de Estados que han optado por adoptarlo como derecho positivo, estamos, sin duda, ante un instrumento muy exitoso. Lo anterior ha motivado que la doctrina lo califique como “una de las *joyas de la corona* de la Conferencia...”<sup>353</sup> (cursivas añadidas).

Los Estados que lo han ratificado son: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Belice, Bosnia Herzegovina, Burkina Fasso, Canadá,

<sup>352</sup> <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>, párrafo 39.

<sup>353</sup> González Beilfuss, C., “Sustracción internacional de niños...”, *cit.*, p. 98.

Chile, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Luxemburgo, Mauricio, México, Mónaco, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia, Suiza, Colombia, Chipre, Honduras, San Cristóbal, Zimbabwe, Bélgica, Belarús, Brasil, China, Costa Rica, Eslovaquia, Estonia, Turquía, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Yugoslavia, República Checa, Sri Lanka, Sudáfrica, Trinidad y Tobago, Turkmenistán, Nicaragua, Paraguay, Perú, Reino Unido, El Salvador, Fidji, Georgia, Guatemala, Honduras, Islandia, Letonia, Macedonia, Malta y Moldova. De esta larga lista destacan los diecisiete Estados latinoamericanos, lo que sin duda manifiesta y refleja la intención de proteger a los menores.

En este orden de ideas, podemos señalar una disposición que a nuestro entender aclara dicho ámbito de aplicación: el artículo 38, donde señala: “la adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión”. Este artículo declara el carácter *inter partes*.<sup>354</sup> El Informe explicativo señala al respecto que:

...sólo trata de resolver las situaciones que caigan dentro de su ámbito de aplicación y que afecten a dos o varios Estados parte. En efecto, la idea de un convenio “universalista” (es decir cuyo ámbito se extienda a cualquier caso internacional) es difícil de sostener fuera de los convenios en materia de ley aplicable. En este sentido, cabe recordar que los siste-

<sup>354</sup> Calvo Caravaca y Carrascosa González ponen de manifiesto también el carácter *inter partes* de este convenio. Véase Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Secuestro internacional de menores”, en Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. et al., *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Granada, Comares, 2000, vol. II, p. 168; Carrillo Carrillo, B., “Doble secuestro internacional de menores...”, *cit.*, p. 230; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, p. 167; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003, p. 289; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y los Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, en Adam Muñoz, M.D. y García Cano, S., *Substracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, p. 41; Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 2, 2003, p. 179.

mas previstos, ya se trate del retorno del menor o de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de visita, se basan en gran medida en una cooperación entre las Autoridades centrales que se produce a través de derechos y deberes mutuos. De la misma forma, cuando los particulares se dirigen directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, amparándose en el Convenio, la aplicación de los beneficios convencionales responde asimismo a una idea de reciprocidad que, en principio, excluye su extensión a los ciudadanos de terceros Estados.<sup>355</sup>

Por su parte, la combinación de los artículos 1.a) y 4 determinan dicho ámbito de aplicación. Si bien el artículo 4o. señala: “el Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita”, el artículo 1.a) señala “garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante”.

De lo anterior se derivan los siguientes comentarios: primero, que el Convenio se aplica sólo entre Estados parte; es decir, si el menor procede de un Estado parte, pero ha sido trasladado a un tercer Estado no parte, este Convenio no es aplicable. Tampoco se aplica si el destino del menor es un Estado parte pero procede de un Estado no parte.<sup>356</sup> Segundo, que este requisito de aplicación espacial determina al mismo tiempo la internacionalidad de la sustracción. Así, y uniéndonos a lo afirmado por la doctrina, señalamos que el Convenio se aplica únicamente cuando el menor tiene su residencia habitual en un *Estado parte* y es trasladado a *otro Estado parte* en el que no tiene dicha residencia habitual.<sup>357</sup> Los Estados

<sup>355</sup> [Http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), párrafo 37.

<sup>356</sup> Tercero que, como bien afirma González Pedrouzo, el ámbito de aplicación espacial por la conjunción de ambos artículos quedaría “el Convenio será aplicable cuando se produzca un traslado ilícito desde el Estado contratante donde el menor tenga la residencia habitual hacia otro Estado contratante, o cuando tenga lugar una retención ilícita en cualquier Estado contratante distinto al de la residencia habitual del menor”. González Pedrouzo, C., “Aproximación al Convenio de La Haya...”, *cit.*, pp. 13 y 14.

<sup>357</sup> Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, en Adam Muñoz, M. D. y García Cano, S., *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, p. 41. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 2, 2003, p. 179.

de tránsito no influyen en la suerte aplicativa de este instrumento convencional.

### C. *Ámbito de aplicación temporal*

En cuanto a su ámbito de aplicación temporal, podemos señalar que este Convenio tiene una aplicación irretroactiva, es decir, de conformidad con el artículo 35, “el presente Convenio sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados”. A diferencia de los anteriores instrumentos convencionales donde había una ausencia explícita de tal carácter, lo que nos obligaba a aplicar supletoriamente el Convenio de Viena sobre Derechos de los Tratados, en el presente estamos ante una afirmación expresa de dicho carácter.

En este punto nos limitaremos a reproducir parte del Informe explicativo respecto al artículo 35 y el ámbito de aplicación *ratione temporis* del Convenio:

En el transcurso del decimocuarto periodo de sesiones se propusieron varias soluciones a la cuestión de determinar si el Convenio debía aplicarse a las sustracciones que se hubiesen producido entre dos Estados contratantes con anterioridad a su entrada en vigor o sólo a aquellas que hubiesen tenido lugar con posterioridad a dicha fecha. La primera era sin duda la más generosa, puesto que preveía la aplicación del Convenio a cualquier “sustracción”, independientemente del momento en que se hubiera realizado. No obstante, esta decisión fue seguida más tarde de la aceptación de la posibilidad, para cualquier Estado contratante, de hacer una declaración a fin de limitar la aplicación del Convenio a las “sustracciones” que se hubieran producido con posterioridad a su entrada en vigor en ese Estado. De este modo, la situación quedaba muy abierta, a la vez que se reconocía a cada Estado la posibilidad de limitar la aplicación del Convenio, si lo estimaba necesario. Ahora bien, resulta claro que la existencia de declaraciones de este tipo en el contexto de un convenio de aplicación marcadamente bilateral planteaba problemas técnicos. Para resolverlos, la primera Comisión se pronunció finalmente a favor de la solución contraria a la adoptada en primer lugar, es decir, a favor de la solución más restrictiva.<sup>358</sup>

<sup>358</sup> <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>. párrafo 144.

Debemos preguntarnos en este momento si estamos ante una situación privada internacional que se desarrolla instantáneamente (es decir, estas situaciones se verifican en un momento concreto y en ese mismo momento agotan sus efectos jurídicos) o si por el contrario estamos ante una situación privada duradera. Lo anterior es importante dejarlo claro desde que se puede dudar sobre una interpretación amplia de este artículo 35. Sin lugar a dudas afirmamos que estamos ante una situación duradera, extendida en el tiempo. Dicho lo anterior, afirmamos que queda completamente descartada la inclusión en la protección de este Convenio de aquellas sustracciones que inician antes de la entrada en vigor del Convenio y que se extienden en el tiempo, una vez que el Convenio ya ha sido positivizado. El hecho de estar ante una situación privada duradera descarta la cobertura convencional a dichas situaciones, por estar uno de sus puntos de referencia fuera del ámbito de cobertura temporal.<sup>359</sup> Así, solo se protegen aquellas situaciones que se inician y se extienden una vez que el Convenio ha sido adoptado por el Estado como derecho positivo.

## 2. *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*<sup>360</sup>

Este instrumento es considerado por la doctrina como aquella Convención “que cumple en el ámbito continental con la exigencia resultante del mandato del texto de Naciones Unidas de concretar una regulación internacional en la materia”.<sup>361</sup> Lo anterior no viene más que a demostrar

<sup>359</sup> Tardif, E., “La Convención de La Haya...”, *cit.*, p. 29.

<sup>360</sup> Para poder conocer el anteproyecto de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores véase Álvarez Cozzi, C., *Restitución internacional de menores*, Montevideo, Editorial Universidad, 1988, pp. 29-39. Para ver el porqué de la inserción del término “restitución” y su consiguiente alejamiento respecto del término “sustracción” utilizado en el Convenio de La Haya podemos referirnos a las afirmaciones de Dreyzin de Klor, quien dispone que “el título que llevaría el convenio fue uno e los motivos que generó debate en el seno de la reunión. El término ‘protección’ que se empleó para denominar el convenio bilateral argentino-uruguayo fue considerado inadecuado para intitular la nueva convención, pues el ámbito material de ésta alcanza sólo a la restitución del menor y el instituto de la protección no se agota en ella. También se desistió de utilizar el término ‘secuestro’ o sustracción que emplea la Convención de La Haya, por las connotaciones de carácter penal que sugieren”. *Cfr.* Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, *cit.*, p. 43.

<sup>361</sup> Tellechea Bergman, E., “La Convención Interamericana de Montevideo...”, *cit.*, p. 799.

la gran interrelación de los convenios internacionales referentes a la minoridad, con independencia de su origen y foro de creación.

### A. *Ámbito de aplicación material*

En cuanto a su ámbito de aplicación material, este instrumento se aplica para aquellos supuestos de hecho que encajen dentro de la figura de restitución internacional de menores. Ahora bien, y como ocurría con el anterior instrumento convencional, se centra exclusivamente en la regulación de la esfera civil de la figura de restitución, con exclusión de los aspectos que pueda conllevar el derecho penal; lo anterior, con la pequeña matización de lo dispuesto en el artículo 26 de este instrumento convencional.

Estas afirmaciones pueden venir justificadas por la dificultad de tipificar unánimemente esta figura como delito, derivado de su proclamada ausencia de antijuridicidad. Las razones que aduce la doctrina para su difícil tipificación como delito es que no ponen “en principio en peligro al niño, un traslado realizado por parientes, por la falta de espíritu de lucro y porque aun tipificadas, en tanto las conductas punibles son realizadas por familiares, las sanciones tienden a ser mínimas y no resulta en consecuencia operable la extradición”.<sup>362</sup> Lo anterior se puede sostener si echamos un vistazo al Código Federal Penal, en concreto al capítulo II: “Corrupción de menores e incapaces. Pornografía infantil y prostitución sexual de menores” y al capítulo III: “Trata de personas y lenocinio”. En este cuerpo normativo vemos que no está como tal tipificada la figura de la restitución. Por el contrario, encontramos los artículos 171 a 173 del Código Penal para el Distrito Federal (capítulo VI Retención y sustracción de menores o incapaces) en los que se tipifica esta figura, al señalar que:

al que sin tener relación de parentesco, a que se refiere el artículo 173 de este código, o de tutela de un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días de multa. A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior los sustraiga de su

<sup>362</sup> Cfr. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, cit., p. 45 y Tellechea Bergman, E., “Las Convenciones Interamericanas...”, cit., p. 112. Tellechea Bergman, E., “La Convención Interamericana de Montevideo...”, cit., p. 801.

custodia legítima o su guarda, se le impondrá de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa.<sup>363</sup>

Quizá por esas concepciones los instrumentos convencionales, tanto el de La Haya como el Interamericano, recogen únicamente la esfera civil de esta figura, es decir, los aspectos de localización y restitución del menor.

En otro orden de ideas, afirmamos que esta Convención lejos de señalar a cada Estado como los competentes para que fijen la edad, se aventura a hacerlo y fija la edad de dieciséis años como la edad límite para la cobertura convencional.<sup>364</sup> Determinación que evita apelar a una regulación indirecta en la que se tenga que recurrir a la legislación del Estado de residencia habitual del menor para determinarla, dando pie a que esta edad pueda cambiar en función de las legislaciones nacionales implicadas.

Si bien la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimenticias señala la edad de dieciocho años, mayormente aceptada por los Estados parte, el presente incluye hasta los dieciséis, una edad que puede ser considerada como contraria al orden público de algunos Estados, al considerar la mayoría de edad a partir de los dieciocho. Problema que encontramos *mutatis mutandi* en el Convenio de La Haya inmediatamente antes referido. En este sentido Tellechea Bergman señala respecto a esta presunta contrariedad con el orden público nacional que “la solución aprobada, armoniza con los fines de certeza y celeridad perseguidos por

<sup>363</sup> Por su parte, el artículo 172 del CPDF afirma que “si la retención o sustracción se realiza en contra de una persona menor de doce años de edad, las penas previstas en el artículo anterior se incrementarán en una mitad”, el párrafo *in fine* de este artículo se refiere a la figura del tráfico. Por su parte el artículo 173 señala que “se impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días de multa, al ascendiente, descendiente, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que retenga o sustraiga a un menor o incapaz, en los siguientes casos: I. Que haya perdido la patria potestad o ejerciendo ésta se encuentre suspendido o limitado; II. No tenga la guarda y custodia provisional o definitiva o la tutela sobre él; III. No permita las convivencias decretadas por resolución judicial; o IV. Teniendo la guarda y custodia compartida, no devuelva al menor en los términos de la resolución que se haya dictado para ello. Este delito se perseguirá por querrela”.

<sup>364</sup> En un periodo anterior a la elaboración de esta Convención Interamericana la doctrina señalaba que “indudablemente que sería mejor una norma material convencional que estableciera directamente la edad del sujeto menor o por lo menos se fijara un tope erario que fuera el común denominador de los distintos Estados parte para asegurar la suscripción de la futura Convención. Claro que una definición material requiere un grado tal de integración jurídica entre los Estados que quizás todavía en América no estén dadas las condiciones para ello, por lo menos en lo atinente a este aspecto del derecho”. Álvarez Cozzi, C., *Restitución internacional de menores, cit.*, p. 16.

el Convenio y tal como se explicara en la Comisión I, la edad legislada no modifica el límite de la mayoría previsto por las legislaciones internas de los Estados parte, sino que únicamente fija el máximo de edad de quien puede estar sujeto a las hipótesis del Tratado”.<sup>365</sup>

Una idea lanzada por la doctrina y de la cual nos apartamos es la enunciada por Lucas Sosa, quien señala, al hablar de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional, que:

en cambio, media una diferencia con la edad de 16 años a que se refiere el artículo 4o. del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de La Haya, o del que establece el artículo 2o. de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV). Entendemos, con relación a estos últimos instrumentos internacionales, que en la materia debe prevalecer el criterio sentado por la citada Convención sobre los derechos del niño de 1989, no sólo por ser posterior (artículo 30, inciso 3, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), sino en razón del interés superior a tutelar.<sup>366</sup>

No compartimos esta idea desde que estimamos que ésta hubiera sido válida si no se hubiera contemplado un concepto o definición de menor en los convenios, pero al haberlo hecho, independientemente de que esta edad nos guste o no, debemos señalar que debe ser la edad a considerar para su ámbito de protección personal.

En otro orden de ideas, debemos afirmar que estamos ante una convención que presenta un carácter unitario, es decir, regula únicamente la autoridad nacional internacionalmente competente; dejando sin regulación los aspectos del derecho aplicable y de la cooperación internacional. Este aspecto lo aleja de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimenticias, que presenta un carácter tripartito, es decir, regula el sector de la competencia judicial internacional, del derecho aplicable y de la cooperación procesal internacional. Igualmente lo aleja del carácter bipartito que presenta la Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a las Adopciones Internacionales, desde que este instrumento se destina a la regulación del sector de la competencia judicial internacional y del derecho aplicable, a pesar de que el tenor literal del Convenio puede indu-

<sup>365</sup> Tellechea Bergman, E., “Las convenciones interamericanas...”, *cit.*, pp. 113 y 114.

<sup>366</sup> Lucas Sosa, G., “La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional...”, *cit.*, p. 443.

cir a pensar otra cosa. En este sentido se asemeja a la Convención Interamericana de Tráfico Internacional de Menores, instrumento que presenta un carácter unitario, desde que su contenido normativo se destina a regular únicamente el aspecto de la competencia judicial internacional. Lo anterior desemboca en que este instrumento deberá coexistir necesariamente con los cuerpos normativos autónomos para dar una respuesta integral al caso de la sustracción internacional de menores. Así, podremos acudir al Convenio Interamericano para determinar la competencia o incompetencia de los jueces mexicanos, de ahí, declarada su competencia, acudir a su norma conflictual y de reconocimiento y ejecución autónoma (artículos 13 del CCDF y 599 y ss. del CPCDF, respectivamente).

### B. *Ámbito de aplicación espacial*

En cuanto a su ámbito de aplicación espacial, podemos señalar que esta Convención la tienen firmada y ratificada diez Estados.<sup>367</sup> Si bien, como diría la doctrina mexicana, no tiene la misma cobertura que el Convenio de La Haya de sustracción, estimamos que lo anterior se debe principalmente a los foros de codificación de los que proceden estas convenciones. Mientras el foro de codificación de La Haya es universal, el foro de codificación de la CIDIP es regional.<sup>368</sup>

En otro orden de ideas, afirmamos que esta Convención requiere que el menor tenga su residencia habitual en uno de los Estados parte y que haya sido trasladado ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte o que habiendo sido trasladado legalmente hubieran sido retenidos ilegalmente.<sup>369</sup>

<sup>367</sup> La lista de Estados parte de este Convenio Interamericano son: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela (fecha de actualización el 7 de julio de 2005). Véase <http://www.sre.gob.mx> o <http://www.oea.org>.

<sup>368</sup> *Cfr.* Pereznieta Castro, L. y Silva Silva, J. A., *Derecho internacional privado...*, *cit.*, p. 187.

<sup>369</sup> Como señalara Álvarez Cozzi "...la conexión residencia habitual viene a eliminar todos los problemas derivados de los domicilios forzosos o legales... la superioridad técnica de esta conexión para regular la categoría en relación a la conexión domiciliar clásica y a la de la nacionalidad resulta evidente". Álvarez Cozzi, C., *Restitución internacional de menores*, *cit.*, pp. 17 y 18. En este sentido se pronuncia Tellechea Bergman, quien afirma que "la elección de una conexión objetiva", "la residencia habitual" permite superar los inconvenientes derivados de la participación de elementos subjetivos, "animus manendi", presentes en la concepción clásica de domicilio y que al ser irrelevantes en el

Este artículo 1o. presenta una triangulación complicada desde que parece imponer el paso del menor por tres Estados diferentes (el Estado “A” donde el menor tuviera su residencia habitual, el Estado “B” donde haya sido trasladado el menor, y el Estado “C”, el Estado de destino del menor). Sin embargo, frente a la complicada lectura del artículo 1o. de la Convención vemos que no quiere más que imponer la aplicación de este instrumento cuando el menor tuviera su residencia habitual en un Estado parte del Convenio y fuera trasladado y retenido en otro Estado parte de la Convención. Igual que afirmábamos en el Convenio de La Haya, los Estados de tránsito del menor no influyen para la aplicación o no de este instrumento convencional.

Al igual que el instrumento de La Haya, el Interamericano es también un instrumento *inter partes*, es decir, se aplicarán ambos convenios sólo entre Estados parte; o sea, si el menor procede de un Estado parte, pero ha sido trasladado a un tercer Estado no parte, este instrumento no es aplicable. Tampoco se aplica si el destino del menor es un Estado parte, pero procede de un Estado no parte.

En cuanto al concepto de “residencia habitual” nos encontramos nuevamente ante una falta de determinación conceptual, al igual que ocurrirá con el término de “urgencia” del artículo 6o. En este caso, la Convención no define un término tan importante y de vital significación. Alabamos la decisión de no incorporar una definición de residencia habitual que posiblemente hubiera dificultado las negociaciones de esta Convención; así, y ante esta falta de conceptualización, deberemos remitirnos a la normativa material del ordenamiento de cada Estado implicado para saber y fijar los límites y alcances de la residencia habitual. Estamos así ante una norma indirecta. El hecho de que aparezca la “residencia habitual” como el punto

incapaz, determinan como se indicara, que se les adjudique el domicilio de sus representantes legales. Tellechea Bergman, E., *Derecho internacional privado y derecho procesal internacional*, Montevideo, Ediciones Jurídicas, 1982, p. 199; Tellechea Bergman, E., “Las convenciones interamericanas sobre restitución...”, *cit.*, p. 113. En este sentido encontramos también a Blumkin, quien señala que “se eligió como punto de conexión la ‘residencia habitual del menor’ y no su nacionalidad, o el domicilio de sus padres o tutores porque la primera garantiza la existencia de un *vínculo efectivo* entre la persona del incapaz y el Estado cuyo ordenamiento jurídico le sea aplicable. La nacionalidad como punto de conexión no sólo no asegura la existencia de tal vínculo efectivo...; sino que además la nacionalidad puede resultar incierta: un menor puede tener doble nacionalidad.... Por eso la nacionalidad fue descartada como punto de conexión”. Blumkin, S. B., “La sustracción internacional...”, *cit.*, pp. 33 y 34.

de conexión a tener en cuenta consolida nuevamente nuestra idea de que la nacionalidad ya no es el punto de referencia ni para la aplicación espacial de los convenios ni para la aplicación de sus normas, sean éstas de competencia o derecho aplicable. Como bien señala la doctrina en este punto “la nacionalidad como punto de conexión tradicionalmente utilizado no resulta el más adecuado para la tutela de los intereses de sujetos que, generalmente, debido a los constantes desplazamientos suelen tener más vinculación con países distintos al de su nacionalidad”.<sup>370</sup>

### *C. Ámbito de aplicación temporal*

En cuanto a su ámbito de aplicación temporal, podemos señalar que esta Convención se aplica con carácter irretroactivo, es decir, se aplicará para todas aquellas restituciones o solicitudes de restitución que se presenten con posterioridad a la entrada en vigor de este instrumento para cada Estado en particular. En concreto, para la República mexicana se aplicará para todas aquellas peticiones efectuadas con posterioridad al 5 de noviembre de 1994.<sup>371</sup> Aquellas solicitudes de restitución que se produzcan con anterioridad no tendrán cobertura convencional, sino autónoma.

Por otra parte, debemos señalar los artículos 36 y 37 de esta Convención, que a la postre señalan:

la presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión... La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados parte podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados parte.

<sup>370</sup> Sabido Rodríguez, M., “Algunas cuestiones sobre el régimen legal...”, *cit.*, p. 724.

<sup>371</sup> Aun cuando el Convenio de La Haya de sustracción habla en su artículo 35 de una irretroactividad teniendo en cuenta el acto mismo del traslado o la retención ilícita, estimamos que da igual hablar de irretroactividad del acto de traslado o retención ilícita o del momento mismo de la presentación de la solicitud puesto que no creemos que el lapso que transcurre entre el acto y la presentación de la solicitud sea amplio.

Estamos en presencia de una diferencia entre la Convención Interamericana y el de La Haya, en este caso una diferencia más bien literal o de contenido que real. En este sentido, mientras la Convención Interamericana señala que regirá con carácter indefinido (artículo 37), el Convenio de La Haya determina (artículo 44) que tendrá una duración de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor, incluso para los Estados que con posterioridad lo hubieran ratificado, aceptado o adherido. Afirmábamos que la diferencia es más bien de contenido, debido a que el Convenio de La Haya a continuación afirma que “salvo denuncia, el Convenio se renovará tácitamente cada cinco años”.

### 3. *Compatibilidad de convenios*

El primer problema que se nos presenta es saber qué cuerpo normativo aplicamos cuando estamos en presencia de dos Estados que tienen firmado y ratificado tanto la Convención Interamericana de Restitución como el Convenio de La Haya de Sustracción, como es el caso de Argentina, Belice, Brasil, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Es decir, nueve de los diez Estados que tienen firmado el Convenio Interamericano tienen también firmado el instrumento de La Haya. La destacable excepción la representa Bolivia, que tienen firmado y ratificado la Convención Interamericana y no el Convenio de La Haya.

Desde la perspectiva mexicana ¿qué instrumento convencional aplicamos cuando se solapan la materia y las ratificaciones?

En principio, si la restitución involucra a México y Bolivia queda claro que aplicaremos el cuerpo interamericano; si la restitución involucra a México con un Estado distinto al boliviano, es decir, con uno de los nueve señalados anteriormente, ¿qué Convenio aplicamos? Nos enfrentamos a la determinación de la compatibilidad entre estos dos convenios, de parecido corte, pero de distinta época.

La solución a la compatibilidad entre ambos instrumentos convencionales hay que buscarla en la Convención Interamericana desde que es el último en el tiempo y tiene la posibilidad de determinar la suerte aplicativa de ambos convenios.<sup>372</sup> Así, este instrumento convencional establece en su artículo 34:

<sup>372</sup> El Convenio Interamericano es de 1994, mientras que el Convenio de La Haya es de 1980.

entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención. Sin embargo, los Estados parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980.<sup>373</sup>

A diferencia de los supuestos anteriores donde había que acudir a los principios de especialidad y posterioridad en el tiempo, emitidos por el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, para afirmar la aplicación de un instrumento u otro, en este caso de manera explícita se nos dan las instrucciones necesarias.

La Dirección General de Protección y Asuntos Consulares le da seguimiento en la actualidad a más de 500 casos de restitución de menores.<sup>374</sup> Según una información facilitada por la mencionada oficina, los casos, en su inmensa mayoría, se están llevando a cabo de conformidad con el Convenio de La Haya. Nos llama la atención, por ejemplo, que en los casos argentinos y/o venezolanos no se aplique el instrumento interamericano. En este sentido, el artículo 34 de la Convención Interamericana es claro. Si bien se alega que el motivo de aplicación del Convenio de La Haya se sustenta en el mejor conocimiento del Convenio de La Haya y por el hecho de que en la solicitud siempre se invoca dicho Convenio y no el Interamericano, queremos desde estas líneas reivindicar el uso de la Convención Interamericana cuando sea necesario de conformidad con su cláusula de compatibilidad.<sup>375</sup>

<sup>373</sup> En el caso de México, no tenemos noticias de que existan acuerdos bilaterales que alteren lo dispuesto en el artículo 34 y que hagan aplicable lo dispuesto en el 34 *in fine*.

<sup>374</sup> Según esta oficina encontramos alrededor de 510 casos con Estados Unidos, 5 con Italia, 5 con España, 5 con Canadá, 2 con Alemania, 3 con Francia, 4 con Argentina, 3 con Inglaterra, 1 con Noruega, 1 con Chile, 2 con Venezuela y 1 con Colombia.

<sup>375</sup> En 1993-1994 Trigueros Gaisman afirmaba que “La convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ha sido aplicada en varias ocasiones por los tribunales de distintas entidades federativas”. Podemos hacer un breve balance de la situación once años después. En este sentido tenemos una afirmación positiva y otra negativa. Comenzaremos por la positiva, esta en presencia de un viejo instrumento convencional hartamente conocido. La negativa, ese conocimiento unido a una cierta inercia es lo que hace que se siga alegando este Convenio por encima incluso de la Convención Interamericana cuando esta resulta aplicable. Trigueros Gaisman, L., “Restitución internacional de menores aplicación interna de una Convención”, *Alegatos*, núm. 25-26, 1993-1994, p. 43.

En este punto debemos señalar el artículo 34 *in fine* del Convenio de La Haya de Sustracción, el cual dice: “por lo demás, el presente Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita”. Como bien señala el Informe explicativo:

...el Convenio no pretende ser aplicado de forma exclusiva: desea, ante todo, el cumplimiento de los objetivos convencionales, por lo que reconoce de forma explícita la posibilidad de invocar, a la vez que el Convenio, cualquier otra norma jurídica que permita lograr el retorno de un menor trasladado o retenido de forma ilícita, o la organización de un derecho de visita.<sup>376</sup>

### III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

#### 1. *Regulación convencional*

##### A. *Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*

Debemos afirmar en este momento, aunque ya lo hemos hecho con cierta insistencia en otros apartados de este mismo trabajo, que las cuestiones de CJI y derecho aplicable relativas a las sustracciones internacionales de menores, así como el reconocimiento y ejecución de los derechos de guarda, custodia y visita, son aspectos que quedan excluidos del ámbito de aplicación material de este instrumento convencional.

En este punto queremos reproducir el artículo 16 de este Convenio:

después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3o., las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.

<sup>376</sup> <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>, párrafo 39.

Lo anterior no es más que una prolongación o reafirmación de la máxima *solve et repete* que ha sido calificada por la doctrina como “una regla de *competencia judicial internacional negativa*: impide conocer”.<sup>377</sup>

Respecto a la determinación de la CJI en el Convenio de La Haya en el contexto mexicano podemos mencionar la decisión emitida en la octava época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XIII, junio de 1994, p. 243, tesis 3a. XXXII/94, aislada, Civil. Cuyo Rubro es “Competencia para conocer de las cuestiones relacionadas con la restitución de menores derivadas de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la sustracción internacional de aquellos adoptada en la Haya. Corresponde al juez que elija el actor”. El texto de la misma señala:

la finalidad de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada en La Haya, Países Bajos, el 25 de octubre de 1980, es la de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de custodia y visita vigentes en uno de estos Estados se respeten en los demás Estados contratantes; lo cual se refleja en una protección de intereses particulares de los afectados con el traslado o la retención ilícita de menores, mientras que la designación de una autoridad encargada del cumplimiento de las obligaciones que impone la citada convención es sólo con el objeto de promover la colaboración entre las autoridades competentes, a fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y conseguir el resto de los objetivos de la propia convención, de suerte que su gestión no involucra intereses de la Federación sino que sólo interviene para la protección de intereses particulares. Consecuentemente, *se actualiza la hipótesis de competencia concurrente que contempla el artículo 104, fracción I, de la Constitución Federal, ya que en las controversias del orden civil o criminal suscitadas sobre el cumplimiento y*

<sup>377</sup> Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, p. 166; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003, p. 288; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, en Adam Muñoz, M. D. y García Cano, S., *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, p. 40; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 2, 2003, p. 177.

*aplicación de leyes federales o tratados internacionales en los que sólo se afectan intereses particulares, corresponde al actor elegir el fuero al que se somete la controversia (énfasis añadido).*

### B. *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*

Esta Convención viene a consolidar lo que la doctrina afirmaba, a saber: “el *legal Kidnapping* es una forma sofisticada de *forum shopping* y de “relatividad de soluciones”.<sup>378</sup>

### C. *Similitudes y diferencias con el instrumento de La Haya*

Aun cuando esta Convención Interamericana presenta una fuerte influencia de los trabajos realizados años antes en la Conferencia de La Haya, estimamos que la CIDIP aprovecha la experiencia de La Haya y elabora un instrumento, a nuestro parecer, más completo, desde que incluye en su texto criterios de competencia judicial internacional, lo que a nuestro juicio merece ser alabado. En este orden de ideas, las similitudes que podemos encontrar entre estos instrumentos son fundamentalmente cuatro:

1) Ambos convenios presentan como una de sus características más destacadas la materialización de la máxima *solve et repete*,<sup>379</sup> es decir, primero se retorna al menor y luego se discute, en su caso, quién ostenta legítimamente los derechos de guarda y visita y dónde y cómo pueden

<sup>378</sup> Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003, p. 278. Por su parte, Dreyzin de Klor señala que “difícilmente se podrá apelar a los derechos de los progenitores o representantes legales o a la localización de éstos para determinar la regulación. Piénsese que el progenitor que sustrae o retiene ilícitamente al menor, con frecuencia lo hace con la esperanza de obtener el acogimiento a sus pretensiones por los tribunales del país en el cual radica. Es por ello que a la hora de establecer cuál es la ley aplicable y la jurisdicción que reúne los requisitos de ser la más idónea y la que brinda mayor certeza de protección al menor, debe tenerse en cuenta que el objetivo es devolver el niño a quien ejerce y conserva su tenencia o guarda legal”. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, cit., p. 26.

<sup>379</sup> Cfr. Álvarez González, S., “Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles”, *Cooperación Jurídica Internacional, Colección Escuela Diplomática*, Madrid, núm. 5, 2001, p. 131.

ejercerse tales derechos.<sup>380</sup> En este sentido, los convenios afirman que el hecho de que se lleve a cabo la restitución del menor con uno de sus progenitores no implica un prejuicio sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda (artículos 15 de la Convención Interamericana y 16 y 19 del Convenio de La Haya).<sup>381</sup> El fin último que se persigue es que el menor regrese al Estado de su residencia habitual, siendo el juez de ese punto de conexión el competente para decidir sobre su guarda y custodia. A fin de conseguir estos objetivos, se establecen procedimientos sumarios, expeditos, los cuales no entran a prejuzgar la cuestión de la guarda y custodia. El que se diferencie entre la cuestión de localizar-restituir y la cuestión de guarda-custodia (fondo de la cuestión) no impide que se pueda iniciar la acción para la determinación de la guarda, al mismo tiempo que se recepciona la solicitud de localización y restitución; lo anterior con la exigencia de que se cumplan las condiciones exigidas para la realización de la primera cuestión, la localización y la restitución. Como señala el Informe explicativo:

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 visita... Es preciso hacer dos consideraciones: por una parte, el Convenio no trata de resolver definitivamente la custodia de los menores, lo que debilita considerablemente los argumentos favorables a la ley nacional; por otra parte, las normas convencionales descansan en gran medida en la idea subyacente de que existe una especie de competencia natural de los tribunales de la residencia habitual del menor en un litigio relativo a su custodia.<sup>382</sup>

<sup>380</sup> En el Informe explicativo de la profesora Elisa Pérez Vera se afirma “Por una parte, es claro que el Convenio no se refiere al fondo del derecho de custodia (artículo 19) pero, por otra parte, resulta asimismo evidente que el hecho de calificar de ilícito el traslado o el no retorno de un menor está condicionado por la existencia de un derecho de custodia que da un contenido jurídico a la situación modificada por las acciones que se pretenden evitar”. [Http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), párrafo 9.

<sup>381</sup> Para Berraz: “esta característica tan importante de la Convención, que marca el punto de partida hacia un futuro *Derecho procesal americano*, es original en el ámbito de las CIDIP, sienta las bases sobre las que se apoya el proceso de restitución de menores y reconoce su fuente en el artículo 16 del Convenio de La Haya”. En este sentido, continúa afirmando que: “esta misma norma suscitó discusiones en el seno de la Convención respecto de su verdadero alcance”. *Cfr. Berraz, C., La protección internacional del menor... cit.*, pp. 35 y 37.

<sup>382</sup> [Http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), párrafos 34 y 66.

En este sentido, estamos ante dos convenios de carácter fáctico.<sup>383</sup> Lo anterior se justifica por el hecho de que la localización y restitución del menor tiene un carácter o naturaleza cautelar y preventivo,<sup>384</sup> mientras que los derechos de guarda y visita presentan un carácter más estable y final.<sup>385</sup> Así, el Informe explicativo señala:

nos limitaremos a recordar de forma muy breve que las situaciones consideradas resultan del uso de vías de hecho para crear vínculos artificiales de competencia judicial internacional con vistas a obtener la custodia de un menor... La persona que traslada al menor (o que es responsable, cuando la acción material es llevada a cabo por una tercera persona) confía en lograr de las autoridades del país al que el menor ha sido llevado el derecho de custodia... Es frecuente que la persona que retiene al menor trate de conseguir que una resolución judicial o administrativa del Estado de refugio, legalice la situación de hecho que acaba de crear; no obstante, si no está segura del sentido de la resolución, es asimismo posible que opte por la inactividad, dejando así la iniciativa a la persona privada de su derecho. Ahora bien, incluso si ésta actúa rápidamente, es decir, aunque evite la consolidación en el tiempo de la situación creada por el traslado del menor, el secuestrador estará en una posición ventajosa, dado que será él quien haya elegido la jurisdicción que va a juzgar el caso, una jurisdicción que, en principio, considera la más favorable para sus pretensiones. En

<sup>383</sup> Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Secuestro internacional de menores”, en Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. *et al.*, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Granada, Comares, 2000, vol. II, p. 167. En este sentido señalan los autores que “es un convenio de carácter fáctico: no entra en el fondo jurídico de la cuestión”. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, p. 165; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003, p. 288; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, en Adam Muñoz, M. D. y García Cano, S., *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, p. 40; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 2, 2003, p. 177.

<sup>384</sup> Tellechea afirma que la acción de restitución constituye un procedimiento sumario. Tellechea Bergman, E., *Derecho internacional privado...*, *cit.*, p. 205.

<sup>385</sup> Como afirma la doctrina “cuestión de fondo que podrá deducirse concomitantemente, antes o después de la acción de restitución y cuyos jueces coincidirán o no con los de aquella”. Tellechea Bergman, E., “Las Convenciones Interamericanas...”, *cit.*, p. 122.

conclusión, se puede afirmar que el problema abordado por el Convenio... adquiere toda su importancia jurídica por la posibilidad que tienen los particulares de establecer vínculos más o menos artificiales de competencia judicial. En efecto, por esta vía, el particular puede alterar la ley aplicable y lograr una resolución judicial que le sea favorable. Ciertamente, tal resolución, sobre todo cuando coexista con otras, dictadas por otras jurisdicciones, de contenido contradictorio, tendrá una validez geográficamente limitada pero, en cualquier caso, aportará un título jurídico suficiente para “legalizar” una situación de hecho que ninguno de los sistemas jurídicos afectados deseaba.<sup>386</sup>

El criterio y requisito de no prejuzgar el fondo de los derechos de guarda y custodia es perfectamente aplicado por los jueces mexicanos, según información facilitada por la Oficina de Derechos de Familia de la Dirección General de Protección y Asuntos Consulares, de la SER. Así, los objetivos de estos convenios es el de evitar que por medio del traslado de un menor a otro país se llegue a alterar el foro predeterminado legalmente como competente para decidir sobre la guarda y custodia de dicho menor. De todo lo anterior, nos surge una pregunta: ¿el tribunal que conoce de la restitución, que no del fondo de los derechos de guarda y custodia, está en una posición de conocimiento suficiente como para decidir sobre el menor?

2) Ambos convenios presentan como objetivo central “asegurar la pronta restitución de menores..., hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares” (artículos 1o. de la Convención Interamericana y 1o. del Convenio de La Haya).

3) Los dos instrumentos convencionales presentan y regulan la figura de la autoridad central (artículos 7o. y siguientes de la Convención Interamericana y 6o. y siguientes del Convenio de La Haya).<sup>387</sup> Las funciones a

<sup>386</sup> [Http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), párrafos 11, 13, 14 y 15. En este sentido, encontramos a Sean D. Murphy., “Contemporary Practice of the United States Relating to International Law: Private International Law: Interpretation of “Rights of Custody” Under Hague Convention on Child Abduction”, *A.J.I.L.*, octubre, 2004, quien señala que los Estados están obligados a cooperar para procurar el retorno de los menores que son sustraídos ilegalmente de un Estado a otro, incluyendo los casos en que uno de los progenitores esperaba que una audiencia sobre la custodia en un segundo Estado le permitiera alcanzar y obtener una decisión de custodia más favorable.

<sup>387</sup> Como bien señala Berraz refiriéndose al Convenio Interamericano, la figura de la autoridad central no es nueva; por el contrario, aparece en la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de 1975, en la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extran-

desempeñar por estas figuras en ambos convenios son esencialmente las mismas; por ejemplo, está facultada para realizar los actos necesarios para la localización y restitución del menor o auxiliar a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el desarrollo de los procedimientos previstos por estas convenciones.<sup>388</sup> En este sentido, la doctrina ha señalado que “las funciones de la Autoridad Central se equiparan, en gran medida, a las que corresponden a los jueces del proceso, destacándose la colaboración que debe prestar para que la restitución se efectivice y obtener, de ser necesario, datos que permitan localizar al menor, a efectos de facilitar a los actores la obtención de la documentación necesaria”.<sup>389</sup> Respecto al papel y desempeño de las autoridades centrales, el Informe explicativo señala:

el artículo está estructurado en dos apartados; el primero, redactado en términos generales, establece una obligación global de cooperación mientras que el segundo enumera, de la letra *a* a la letra *i*, algunas de las principales funciones que las autoridades centrales deben cumplir. Ambos son el resultado del consenso entre, por una parte las delegaciones que deseaban autoridades centrales fuertes con competencias de acción e iniciativas amplias y, por otra parte, las delegaciones que veían esas autoridades centrales como simples mecanismo administrativos para facilitar la actuación de las partes... Como acabamos de señalar, la norma incluida en el *apartado primero* enuncia la obligación general de cooperar impuesta a las autoridades centrales, con el fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos del Convenio. Dicha cooperación debe desarrollarse a dos niveles: ante to-

jero de 1975, y en la Convención sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares de 1979. Berraz, C., *La protección internacional del menor...*, cit., p. 34.

<sup>388</sup> Respecto a la autoridad central en el Convenio de La Haya señala Vargas Gómez-Urrutia que: “la técnica del *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del 25 de octubre de 1980*, y reiterada en el *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, del 29 de mayo de 1993*, se ha revelado quizá como una «cuarta» técnica en la cual se advierte la evolución de la cooperación hacia una forma más concreta y efectiva de colaboración, técnica que se presenta particularmente idónea para la protección de los menores”. Cfr. Vargas Gómez-Urrutia, M., *La protección internacional de los derechos...*, cit., pp. 124 y 125. Dreyzin de Klor señala que “la implementación de autoridades centrales es un mecanismo de probada eficiencia ya que agiliza y facilita la cooperación internacional. Prueba de ello es la marcada preferencia que se refleja en su incorporación en diversos tratados y convenios bilaterales y multilaterales”. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, cit., p. 26.

<sup>389</sup> Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, cit., p. 48.

do las autoridades centrales deben cooperar entre ellas; pero además, deben promover la cooperación entre las autoridades competentes en la materia en sus Estados respectivos... Las funciones detalladas en el *apartado segundo* tratan de seguir, en sus grandes líneas, las distintas fases de la intervención de las autoridades centrales en un caso tipo de traslado de menores. No obstante, es obvio que esta enumeración no es exhaustiva... Por otra parte, es evidente también que las autoridades centrales no están obligadas a cumplir, en todos los supuestos, cada una de las obligaciones enumeradas en el presente artículo; en efecto, son las circunstancias del caso concreto las que determinarán los trámites a cumplir por parte de las autoridades centrales... El solicitante es libre de dirigirse a la autoridad central que estime más adecuada; no obstante, por motivos de eficacia, el texto hace una mención expresa de la autoridad central de la residencia habitual del menor, si bien dicha mención no debe ser interpretada en el sentido de que las demandas ante las demás autoridades centrales vayan a ser excepcionales.<sup>390</sup>

También respecto a estas autoridades la doctrina española ha señalado que “el buen funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 depende, en gran medida, del correcto cumplimiento de las funciones que asumen las autoridades centrales y que se recogen en los artículos 7o.y 8o”.<sup>391</sup>

4) Otro aspecto a destacar es la regulación atinente a la legitimación activa. En este caso los artículos 4o. y 5o. del instrumento interamericano establece que las personas legitimadas para instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar, son los padres, tutores o guardadores o cualquier institución. Por su parte, el Convenio de La Haya señala que están legitimados activamente, artículo 8o., toda persona, institución u organismo. Respecto a este último instrumento, el Informe explicativo señala:

Los titulares de los derechos de custodia y de visita... En relación con el derecho de visita, es evidente que, por la propia naturaleza de las cosas, sus titulares siempre serán personas físicas cuya determinación dependerá de la ley aplicable a la organización de este derecho. En principio, estas personas formarán parte del círculo familiar del menor y se tratará normalmente del padre o de la madre. En cambio, también las personas jurídicas pueden ser titulares de un derecho de custodia de acuerdo con el Convenio. A tal res-

<sup>390</sup> [Http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), párrafos 88-90 y 99.

<sup>391</sup> Herranz Ballesteros, M., “La sustracción internacional de menores...”, *cit.*, p. 758.

pecto, el artículo 3o. prevé la posibilidad de la atribución del derecho de custodia ‘a una institución o cualquier otro organismo’, utilizando conscientemente una expresión imprecisa y amplia.<sup>392</sup>

La diferencia más notable que existe entre estos dos convenios, y que ya se apuntó al inicio de este apartado, se centra en el artículo 6o. de la Convención Interamericana. Este artículo establece los foros competentes para conocer del supuesto de restitución internacional del menor, criterios de atribución de competencia que no aparecen recogidos o enumerados en el Convenio de La Haya. Así, afirmamos que conforme al instrumento interamericano:

son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención. A opción del actor y cuando existan razones de urgencia podrá presentarse la solicitud de restitución ante:

a) Las autoridades del Estado parte en cuyo territorio se encontrare o se supone que se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud;

b) Igualmente ante las autoridades del Estado Parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación (*forum loci delicti commisi*).

El hecho de promover la solicitud bajo las condiciones previstas en el párrafo anterior no conlleva modificación de las normas de competencia internacional definidas en el primer párrafo de este artículo.

Cuatro comentarios merecen ser realizados en este momento:

i) Son potencialmente tres los tribunales nacionales internacionalmente competentes (el de la residencia habitual, donde se encuentre o se supone que se encuentre y el del lugar de la comisión del acto ilícito), lo cual origina un interesante foro alternativo. Este abanico de posibilidades sin duda nos parece que busca evitar un foro de necesidad o una denegación de justicia. Mientras más foros se ofrezcan como competentes se reducen lógicamente las posibilidades de que el supuesto quede sin resolverse y derive en

<sup>392</sup> <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>, párrafos 79 y 80.

un foro de necesidad. Obviamente, este abanico de posibilidades tiene como objetivo la protección del menor como “bien jurídicamente tutelado”. Asistimos así a un reparto bilateral de la competencia judicial internacional que debe realizar cualquier convenio que sobre la materia se pronuncie.

ii) La anterior afirmación, de un interesante menú de foros, se refuerza por la ausencia de definición del concepto de “urgencia” que introduce la Convención; no sabemos qué se debe entender por “urgencia”, por lo que estamos ante un concepto jurídico indeterminado que puede ser definido en cada caso.

iii) Estos tribunales también serán competentes para conocer de la solicitud que tuviere por objeto hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita por parte de sus titulares (artículo 21).<sup>393</sup>

iv) Aparece la conexión “residencia habitual” a la que se une una cláusula temporal “inmediatamente antes de su traslado o de su retención”. Lo anterior se debe a nuestro juicio al carácter móvil y volátil que pueda tener la residencia habitual. En este sentido, la residencia habitual, igual que el concepto de domicilio, puede cambiar y fijarse en lugares diferentes, con relativa facilidad. Lo anterior posibilitaría la aparición de conflictos de jurisdicción que pudieran derivar bien en la denegación de justicia al generar un foro de necesidad o bien en la aparición de litispendencia o conexidad. De cualquier forma afirmamos que este punto de conexión supone una “solución notoriamente más adecuada y tuitiva de la protección de los niños que el domicilio legal”.<sup>394</sup> Ahora bien, el concepto de residencia habitual no está definido en el instrumento convencio-

<sup>393</sup> Como bien señala la doctrina “cuando se efectúa el traslado ilícito del menor vulnerado o imposibilitando el ejercicio del derecho de visita, tal vulneración no puede fundamentar una acción de restitución. La protección del derecho se efectuará mediante la cooperación de Autoridades Centrales que deberán adoptar todas las medidas que sean necesarias para eliminar los obstáculos que impiden el ejercicio de este derecho de visitas. Sabido Rodríguez, M., “Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica judicial”, en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, pp. 733 y 734. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, p. 169.

<sup>394</sup> Cfr. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, cit., p. 46, quien afirma que “la solución es correcta ya que de otro modo, puede ocurrir que un niño incorporado efectivamente a una sociedad en la que está formado, resulte ajeno a ella desde el punto de vista jurídico”.

nal; aspecto que no está exento de críticas doctrinales.<sup>395</sup> Lo anterior estimamos que viene a representar un reenvío al concepto que cada uno de los Estados implicados tenga de “residencia habitual”; de tal forma que estaremos a lo que cada Estado disponga para la determinación legal del concepto de residencia.

## 2. Regulación autónoma<sup>396</sup>

Debemos comenzar recordando que los instrumentos convencionales de los que disponemos como derecho positivo mexicano están firmados y ratificados por un gran número de Estados. Lo anterior reduce mucho las posibilidades de que debamos acudir al DIPr autónomo para determinar la competencia judicial internacional.

En cualquier caso, y en concreto pensando en los países islámicos, que no tienen ratificados dichos instrumentos, la determinación de la CJI se hará de conformidad con lo establecido en el artículo 156 del CPCDF.

Señala Silva que:

a pesar de que México es suscriptor de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, así como de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, prácticamente es difícil encontrar en la legislación interna alguna de las ideas establecidas en el derecho convencional. El código que más se le acerca es el de Querétaro, pues al regular la tutela contiene algunas disposiciones que, al parecer, han sido inspiradas del derecho convencional.<sup>397</sup>

<sup>395</sup> En este sentido, afirma Dreyzin de Klor que “lamentablemente, la convención no define qué debe entenderse por residencia habitual. Estimamos no equivocarnos al afirmar que el sentido que inspira la conexión es la presencia efectiva del menor en un Estado o aplicar al vocablo la definición que proporciona el convenio bilateral argentino-uruguayo, es decir, que residencia habitual se emplea en el sentido de centro de vida del menor”. Cfr. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, cit., p. 46.

<sup>396</sup> La aplicación supletoria de la normativa de derecho autónomo se establece también en el contexto argentino donde Dreyzin de Klor afirma que “frente al caso concreto, el primer interrogante a plantearse es si existe una convención sobre la materia que nos vincule con el país al cual ha sido trasladado el menor o desde el cual ha sido traído a la República. De no haber convenciones, se acude en la búsqueda de una solución al DIPr de fuente interna”, Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, cit., p. 27.

<sup>397</sup> Silva, J. A., “Panorama del derecho internacional privado mexicano...”, cit., p. 50.

Nuevamente nos encontramos con que esta materia, que sigue siendo familiar, es de competencia estatal y no federal. En este sentido, repetimos *mutatis mutandi* las afirmaciones realizadas en los dos capítulos precedentes.<sup>398</sup>

En esta nueva categoría jurídica nos encontramos un cuerpo normativo, el CPCDF, que no prevé expresamente la figura de la restitución internacional del menor como un supuesto de hecho al que se atribuya un punto de conexión a fin de delimitar la CJI de los tribunales mexicanos. No sirviendo de consuelo, la doctrina argentina señala el mismo vacío y aduce como justificación la existencia de una “laguna histórica por imprevisión”.<sup>399</sup> Parece que el modelo mexicano también se circunscribe a esa afirmación. Ahora bien, cómo actuamos ante esta laguna normativa. Una vez más, y de manera algo forzada, debemos acudir a las fracciones del artículo 156 del CPCDF, las cuales son la última posibilidad que tenemos para invocar y dar sustento a la competencia o incompetencia de los tribunales mexicanos; en concreto las fracciones IV y la IX. Opción que se determinará conforme a la existencia o inexistencia de un tutor. Lo anterior se afirma desde que se requiere por la última fracción la existencia de un tutor a fin de establecer el punto de conexión que atribuirá o no competencia judicial internacional al Poder Judicial mexicano. Ahora bien, y siguiendo las afirmaciones y propuestas de la doctrina argentina a este caso, afirmamos que “el tema hoy suficiente entidad para plantearnos la necesidad de cubrir este vacío legislativo en los supuestos que se presenten casos que nos involucren con Estados con los cuales no nos vincula convenio específico alguno”.<sup>400</sup>

<sup>398</sup> Señala Trigueros Gaisman que “su actuación se dio en relación con una materia que constitucionalmente le corresponde conocer, por ser los problemas relacionados con menores, de competencia local... De ahí la primacía de los tribunales locales para aplicar las convenciones internacionales dentro de sus territorios... El hecho de que sea el Poder Ejecutivo Federal quien esté facultado para celebrar tratados internacionales en un Estado federal, sin importar la materia sobre la que versen, no significa que tal materia, por estar contenida en el tratado entra a formar parte de la competencia de los poderes federales, no puede considerarse federalizada.... Por lo anterior, parece que debe concluirse en el sentido de que los tribunales locales son los competentes para aplicar las convenciones y los tratados internacionales cuyo objeto lo constituyan materias de competencia local”. Trigueros Gaisman, L., “Restitución internacional de menores...”, *cit.*, pp. 44, 45 y 46.

<sup>399</sup> Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, *cit.*, p. 28.

<sup>400</sup> *Ibidem*, p. 29. En este sentido, continúa afirmando, y nosotros apoyando, que “en definitiva lo que debe efectuarse, sin apartarnos por ahora de las pautas precedentemente formuladas, es una actualización de la legislación interna, incorporando una normativa

Podemos reproducir aquí un pronunciamiento judicial mexicano:

de la interpretación sistemática de los artículos 116, fracción XI, 117, párrafo primero, ambos del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz y 31, fracción I, de la abrogada Ley Orgánica del Poder Judicial para la propia entidad, del tres de abril de mil novecientos ochenta y cuatro, que en lo sustancial es similar a lo que dispone la fracción I del artículo 68 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, publicada en la Gaceta Oficial el día veintiséis de julio del año dos mil, se obtiene que fue voluntad del legislador conferir jurisdicción a los jueces de primera instancia, entre otras facultades, para conocer de las cuestiones inherentes a la familia. Luego, si los alimentos son de primer orden dentro del núcleo familiar, no hay duda en afirmar que el convenio en que se pacten éstos, así como la guarda y custodia de los menores, debe celebrarse ante los jueces de primera instancia, debido a que por ser autoridades legalmente competentes para conocer de esas cuestiones, se puede exigir el cumplimiento del convenio en el que se pacten, aun en forma coercitiva. Por otra parte, si bien es cierto que el procurador de la Defensa del Menor, de la Familia y el Indígena, como parte integrante del organismo público descentralizado denominado “Desarrollo Integral de la Familia” del Estado de Veracruz, tiene la facultad de proponer a las partes interesadas soluciones amistosas para el arreglo de sus conflictos y hacer constar los resultados en actas autorizadas, también lo es que la Ley de Asistencia Social lo crea, no establece un procedimiento coactivo para el supuesto de que alguna de las partes incumpla con las obligaciones pactadas en la solución asentada en el acta respectiva y, por ello, las medidas que se adoptaran para el cumplimiento de tales obligaciones resultarían ineficaces.<sup>401</sup>

acorde con el actual desarrollo del tráfico internacional, que contemple la restitución como medida autónoma para los casos en que se plantea con países no vinculados convencionalmente, en todo caso admitiendo que la reciprocidad asuma un papel importante”.

<sup>401</sup> *IUS189525*. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, junio de 2001, p. 663, tesis VII.3° C.9 C, aislada, Civil. Rubro: Alimentos, guarda y custodia de menores. El convenio en que se pactan debe celebrarse ante los jueces de primera instancia y no ante el procurador de la defensa del menor, de la familia y el indígena, como órgano del DIF (legislación del estado de Veracruz).

## IV. DERECHO APLICABLE

1. *Regulación convencional*A. *Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*

De manera muy breve haremos dos comentarios que a nuestro juicio amerita este epígrafe. Primero, este Convenio no recoge una respuesta al derecho aplicable como sí lo hiciera la Convención Interamericana. En este último instrumento, como se verá en líneas posteriores, se regula a través de una técnica de reglamentación indirecta el sector del derecho aplicable (normas de conflicto). El Convenio de La Haya se destina a recoger un sistema de cooperación entre autoridades para la rápida restitución de los menores. En segundo lugar, y encadenado con lo anterior, nos lleva a afirmar que este Convenio coexistirá necesariamente con lo dispuesto en los cuerpos normativos autónomos.

Lo anterior supone una reglamentación diferente entre ambos instrumentos convencionales que deriva en puntos distantes en los distintos foros de codificación.

B. *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*

Mencionábamos en apartados anteriores el carácter unitario de este instrumento convencional; así, comentábamos que el contenido de esta Convención cubre únicamente el sector de la CJI. Así, deja sin respuesta al sector del derecho aplicable y de la cooperación procesal internacional. Lo anterior desemboca en la necesaria coexistencia de este cuerpo normativo con el autónomo para dar una respuesta global al supuesto de la sustracción internacional del menor.

A pesar de lo anterior, no podemos criticar esta Convención porque se dirige exclusivamente a la regulación de un sector, aunque tampoco cabe desconocer que hubiera sido muy bueno que aprovechara para regular tanto el sector del derecho aplicable como el de la cooperación, convirtiéndose en un instrumento más ambicioso. Lo anterior no demerita en lo más mínimo su contenido. En este sentido, afirmamos que es una convención que regula muy bien el sector al que se avoca, dando una respuesta completa y atinada al primer sector del DIPr.

Afirmábamos que hubiera sido ideal que regulara también el sector del derecho aplicable por dos motivos que a continuación se señalan. El primero, por el hecho de que este segundo sector del DIPr no aparece cubierto por ningún otro Convenio al uso. Lo anterior deriva irremediablemente en un importante vacío convencional. Pero no termina aquí este panorama, el cual no mejora con la presencia de su regulación autónoma. Así, el segundo motivo se centra en que nos encontramos con que el DIPr autónomo mexicano no destina ninguna fracción del artículo 13 del CCDF de manera específica a la regulación de este supuesto de hecho y la fracción en la que se puede encuadrar para dar una respuesta no lo hace de la manera más adecuada. Aspecto que se trata a continuación.

## 2. Regulación autónoma

La regulación autónoma de esta categoría pasa por la redacción del artículo 13 del CCDF. Lo anterior, por dos motivos: primero, por ser materia estatal y no federal, y segundo, por ser el artículo que apriorísticamente regula la aplicación del derecho a un supuesto privado con elemento de internacionalidad, pudiendo ser este derecho material el *lex fori* o el derecho de otro Estado, es decir, el artículo 13 en principio determina si será la norma material extranjera o la mexicana la que dará respuesta cumplida al fondo de la pretensión.

Como ya mencionamos, no existe una fracción dedicada exclusivamente a dar respuesta al supuesto de hecho de la restitución de un menor. Lo anterior nos lleva a la fracción segunda del artículo 13, que dispone: “la determinación del derecho aplicable en el Distrito Federal se hará conforme a las siguientes reglas: II. El Estado y la capacidad de las personas se rige por las leyes aplicables en el Distrito Federal”. De esta fracción, que es en la que mejor encaje encontramos para el supuesto de restitución de menores, vemos que estamos, como ya se advertía ante un peligroso *legeforismo* desde la imposibilidad de aplicar el derecho de un tercer Estado y la imposición de aplicación de la *lex fori*. Así, el sector del derecho aplicable a la restitución internacional de un menor viene de la mano de la norma material mexicana de manera indefectible. Este punto de conexión desemboca, como ya se hiciera notar, en que los artículos 14 y 15 del CCDF queden sin sentido práctico y aplicativo. En este sentido aplicamos *mutatis mutandi* lo dispuesto en los apartados análogos anteriores.

## V. CONTENIDO CONVENCIONAL

1. *Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*

Comenzaremos por señalar un punto flaco de este Convenio, para posteriormente recrearnos en sus bondades. En este sentido, uno de los aspectos que destaca por su ausencia es la previsión en este instrumento convencional de medidas preventivas o disuasorias.<sup>402</sup> Aspecto que trasladamos *mutatis mutandi* al Convenio Interamericano; el artículo 10 señala que “el juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor”. Lo anterior supone que no son medidas preventivas, sino reparadoras de un daño ya ocasionado.

Señalado ese dato, afirmamos que este Convenio, a diferencia del Interamericano, y como ya se hizo notar, se centra en establecer un sistema de cooperación de autoridades, autoridades centrales, que funcionan como “órganos de enlace”,<sup>403</sup> y una acción para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual, velando primero por el cumplimiento de los derechos de guarda, custodia y visita decretados y, en segundo lugar, por el derecho del menor a convivir y relacionarse con ambos progenitores. Lo anterior, en aras de darle protección al interés superior del menor. Estas afirmaciones son igualmente lanzadas por la doctrina y por el Informe explicativo.<sup>404</sup> Las autoridades centrales son nombradas y designadas por cada Estado. En México la autoridad central es la SRE.<sup>405</sup>

<sup>402</sup> González Beilfuss, C., “Sustracción internacional de niños...”, *cit.*, p. 89.

<sup>403</sup> Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Secuestro internacional de menores”, en Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. *et al.*, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Granada, Comares, 2000, vol. II, p. 170. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003, p. 291.

<sup>404</sup> Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Secuestro internacional de menores”, en Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. *et al.*, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Granada, Comares, 2000, vol. II, p. 168 y <http://hchch.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf>, párrafo 35.

<sup>405</sup> Como afirma Treviño Sosa “en México es Autoridad Central la SRE, la cual ha celebrado un convenio de coordinación con el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) Nacional y Estatal”. Treviño Sosa, J. R. J., “Aplicación e interpretación...”, *cit.*, p. 12.

Aterrizando las ideas anteriores, señalamos que los objetivos convencionales se consiguen materializar a través de dichas autoridades, las cuales, de conformidad con el artículo 7o. del instrumento de La Haya, poseen de manera general dos funciones entrelazadas y genéricas: a) colaborar entre sí, y b) promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados. Más puntualmente señala este artículo un catálogo de competencias, no exclusivas sino concurrentes, y *numerus clausus*,<sup>406</sup> que pueden ser clasificadas en tres grupos: a) localizar al menor y restituirlo voluntariamente, sin ocasionarle daños y sin peligro, facilitando la apertura de un procedimiento judicial o administrativo para conseguir dichos objetivos; b) intercambiar información relativa a la situación social del menor y sobre la aplicación del Convenio; c) conceder o facilitar la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado.

En este sentido, los tribunales mexicanos han afirmado que:

en virtud de que la sociedad está interesada en proteger a los menores, independientemente de la voluntad, deseos, acuerdos o convenios de sus padres, es obligatorio que en todo proceso relativo a la restitución de un menor a su país de origen, esté asistido por un abogado, tanto el menor como la persona que represente sus intereses. Así, debe interpretarse la disposición contenida en el artículo 7o., inciso g) del decreto Promulgatorio de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, publicado en el DOF el seis de marzo de mil novecientos noventa y dos.<sup>407</sup>

En claro complemento del artículo 7o. encontramos el artículo 9o., el cual señala que la autoridad central que recibe una solicitud si tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante debe transmitir la solicitud directamente y sin demora a la autoridad central de ese Estado contratante, informando a la autoridad central requirente o, en

<sup>406</sup> Como señala Treviño Sosa "...la Convención de La Haya no otorga a las Autoridades Centrales otras funciones distintas de las expresadas en su articulado, y no altera, modifica o extingue las atribuidas por la Legislación interna a los Tribunales de Justicia, mismos que tendrán que analizar la solicitud y, en su caso, las defensas que se opongan". *Ibidem*, p. 13.

<sup>407</sup> *IUS 197606*. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VI, octubre de 1997, p. 765, tesis I.2º.C.11 C, aislada, Civil. Rubro: Menor de edad. Debe contar necesariamente con el asesoramiento de un abogado en el proceso de restitución a su país de origen.

su caso, al solicitante. En este caso el Informe explicativo da tres datos de suma importancia: a) que la redacción de este artículo es “la consecuencia directa de la libertad de la que goza el demandante de dirigirse a la autoridad central de su elección”; b) que “se trata de una función que viene a completar el cuadro esbozado en el artículo 7o., dado que tiene relación directa con la obligación de cooperar entre autoridades centrales que establece el apartado primero de dicho artículo” y c) que:

aunque el sentido del artículo 9o. es claro, su redacción no resulta muy lograda. Y es que, “La autoridad central requirente” a la que se refiere este artículo sólo existe cuando la demanda presentada de conformidad con el artículo 8o. ha sido transmitida a *otra* autoridad central en virtud del propio artículo 9o. En consecuencia, la obligación de informar a una “autoridad central requirente” sólo existe cuando la demanda ha sido transmitida a una tercera autoridad central, al no encontrarse el menor en el Estado de la segunda autoridad central implicada. En cambio, la obligación de transmitir una demanda en virtud de este artículo incumbe a *toda* autoridad central, independientemente del hecho de que sea la primera en recibir la demanda o resulte implicada por otra autoridad central, ya que esta disposición debe considerarse aplicable a las dos hipótesis que intenta cubrir.<sup>408</sup>

En otro orden de ideas, señalamos que los requisitos que debe reunir la “solicitud de repatriación del menor” son extremadamente sencillos. Se reducen, de conformidad con el artículo 8.a: a) información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor; b) la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla; c) los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor; d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor; e) una copia auténtica de toda decisión o acuerdos pertinentes; f) una certificación o declaración jurada expedida por una autoridad central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado; g) cualquier otro documento pertinente. Como señala el Informe explicativo: “se trata básicamente de los datos que permiten la identificación del menor y de las partes afectadas, así como de los que pueden contribuir a

<sup>408</sup> <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>. párrafo 102.

la localización del menor (letras *a*, *b* y *d*). En relación con la fecha de nacimiento del menor, el Convenio señala que sólo se hará constar “cuando sea posible obtenerla”. Con esta precisión, se ha pretendido favorecer la acción del demandante que ignore dicho dato; no obstante, en cualquier caso deberá facilitar indicios respecto a la edad del menor dado que, según lo dispuesto en el artículo 4o. del Convenio, tal extremo puede determinar la inadmisión de la demanda de acuerdo con el artículo 27... La exigencia de que las copias de cualquier resolución o acuerdo estén legalizadas no es contraria a lo dispuesto en el artículo 23, que establece que “no se exigirá ninguna legalización ni otras formalidades análogas, en el contexto del presente Convenio”. Se trata simplemente de comprobar copias o documentos, privados en su origen, para garantizar su conformidad con los originales y asegurar, de este modo, su libre circulación... Dado que la demanda es presentada por el titular de la custodia que ha sido desposeído, será éste quien podrá aportar dichos documentos complementarios.

Este Convenio comprende tanto las sustracciones de menores que se hayan producido con posterioridad a una decisión judicial en la que se determine la custodia del menor (*following a court order*) como aquellas sustracciones producidas antes de dictarse dicha decisión (*prior to the court order*). Infracción que se determinará conforme al derecho del Estado de origen o a un acuerdo existente entre los progenitores.<sup>409</sup>

En este punto queremos mencionar la tesis aislada de la novena época, primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XX, diciembre de 2004, p. 356, tesis 1a. CXXVII/2004, aislada, Constitucional, Civil. Rubro “Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Actos de las autoridades administrativas en su aplicación”. Texto:

<sup>409</sup> Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Secuestro internacional de menores”, en Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. *et al.*, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Granada, Comares, 2000, vol. II, p. 169; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003, p. 290; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, en Adam Muñoz, M. D. y García Cano, S., *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, p. 42; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 2, 2003, p. 181.

Si se toma en consideración que conforme a lo previsto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que la propia Ley Fundamental, las leyes que de ella emanen y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, celebrados por el presidente de la República con la aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión, orden jurídico al que deben sujetarse los Jueces de cada Estado, es indudable que los actos que las autoridades administrativas o judiciales realicen al cumplimentar las convenciones y los tratados internacionales deben estar debidamente fundados y motivados, y originarse en un procedimiento en el que se observen las formalidades esenciales que señala la propia Constitución, ya que debe considerarse como premisa insoslayable o requisito *sine qua non* el que aquéllos estén inspirados en una armónica relación y conformidad con las garantías que otorga el Ordenamiento Supremo, por lo que es claro que dichos instrumentos internacionales deben ajustarse a los procedimientos y requisitos legales y constitucionales, pues resulta absolutamente inadmisibles que una convención o un tratado internacional faculte a las autoridades a violar los preceptos de nuestra carta magna.

Para restablecer el derecho de custodia se utilizará la acción directa de retorno del menor, en principio con carácter voluntario y urgente, establecida en los artículos 8o. a 20 del Convenio. Si lo que se ha vulnerado es el derecho de visita se pondrá en funcionamiento el artículo 21 del Convenio, es decir, “las autoridades centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho” con el fin de asegurar su ejercicio pacífico.<sup>410</sup> Se puede criticar la escasa dedicación que el Convenio le otorga a la figura del derecho de visita. Cabe reconocer que dicha regulación es ciertamente mejorable.<sup>411</sup> En el caso mexicano esta deficiencia o limita-

<sup>410</sup> Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Secuestro internacional de menores”, en Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. *et al.*, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Granada, Comares, Granada, 2000, vol. II, p. 170; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003, p. 291; Calvo Caravaca, A. L. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, en Adam Muñoz, M. D. y García Cano, S., *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, p. 43; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 2, 2003, p. 182.

<sup>411</sup> González Beilfuss, C., “Sustracción internacional de niños...”, *cit.*, pp. 94-96. En este sentido señala que “la falta de concreción del precepto, que se limita a establecer

ción en la regulación del derecho de visita podría venir subsanada por el Convenio Interamericano de Restitución Internacional de Menores. Sin embargo, como será objeto de comentario en otra parte de este trabajo el citado instrumento interamericano también dedica un único artículo al derecho de visita, que coincidentemente es el artículo 21. Ante lo afirmado no nos queda más que determinar que este instrumento adolece de las mismas limitaciones que el instrumento de La Haya. Hubiera sido mejor establecer una regulación más detallada y ambiciosa al derecho de visita, que si bien es de naturaleza transitoria y temporal, también merece atención.

Respecto al derecho de visita, se ha dicho por el Poder Judicial mexicano que: “controversias familiares sobre el otorgamiento de régimen de visitas de un menor. El juez de distrito es incompetente para conocer de aquéllas, aun cuando se sustenten en leyes federales o tratados internacionales”. El simple hecho de invocar en una controversia la aplicación o cumplimiento de una ley federal o tratado internacional no es suficiente para actualizar el supuesto de la competencia concurrente establecida por la fracción I del artículo 104 constitucional, porque para que ésta se actualice es necesario primero que realmente sea aplicable la ley o tratado invocado y, segundo, que el derecho sustantivo que constituye la base de la reclamación se encuentre ampliamente regulado por dicha ley o tratado, esto es, que no solamente se tutele de manera genérica, sino que establezca los lineamientos específicos necesarios sobre la tutela de tal derecho. Por ello, es inexacto pretender que en una controversia familiar relativa al otorgamiento de un régimen de visitas, en la que se invocan como aplicables la ley (federal) para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la Convención (internacional) sobre los Derechos del Niño y la Convención (internacional) sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, se actualice la citada competencia concurrente, cuando que para resolver tal controversia ninguno de esos cuerpos normativos serán el fundamento esencial, ya que éstos sólo hacen referencia de manera genérica al derecho que tienen los niños para convivir con sus padres, pero no regulan de manera específica la forma y términos en que puede y debe otorgarse dicha medida sino que, por el contrario, remiten a las legislaciones locales para tal efecto y, por tanto, serán éstas las que deben tomarse en cuenta para determinar la compe-

obligaciones de carácter muy genérico, significa, sin embargo, que las Autoridades Centrales y tribunales de los Estados contratantes tienen un amplio margen de maniobra a la hora de aplicarlo. Ello produce como resultado que la práctica sea muy diversa”.

tencia de los tribunales, a menos de que en tal controversia se suscitara la intervención de otro Estado, con motivo de que el derecho que se pretende tutelar tiene que ejercerse en dicho Estado, porque en ese supuesto sí existe regulación específica de las citadas convenciones.<sup>412</sup>

El artículo 11 viene a consagrar el principio de celeridad en el procedimiento de restitución del menor; esta celeridad se dirige imperativamente a las autoridades administrativas o judiciales y se concreta en la determinación de una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos. De no cumplirse dicho plazo el solicitante o la autoridad central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la autoridad central del Estado requirente, tendrá derecho a pedir explicaciones por la tardanza. Si la autoridad central del Estado requerido recibe una respuesta la transmitirá a la autoridad central del Estado requirente o al solicitante. Dos comentarios se nos hace oportuno reproducir del Informe explicativo en relación con este artículo. Primero, “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 y, por otra parte, la de dar un tratamiento prioritario, en la medida de lo posible, a las demandas en cuestión”. Segundo “el *apartado segundo* establece un plazo no vinculante de seis semanas, tras el cual el demandante o la autoridad central del Estado requerido pueden solicitar una declaración sobre los motivos del retraso”.<sup>413</sup>

El artículo 12 es calificado por el Informe explicativo como “pieza fundamental del Convenio dado que en él se precisan las situaciones en las que las autoridades judiciales o administrativas del Estado en el que se encuentra el menor están obligadas a ordenar su retorno”. Este artículo dispone, como regla general, el plazo inferior a un año para ordenar la restitución inmediata del menor (párrafo 1). Como excepción el artículo continúa señalando que “después de la expiración del plazo de un año... ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente” (párrafo 2). El Informe explicativo señala que:

<sup>412</sup> Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. t. XX, octubre de 2004. Tesis: I.8o.C.261 C. p. 2323.

<sup>413</sup> <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>, párrafos 104 y 105.

el problema es importante puesto que si el retorno del menor debe decidirse en su propio interés, es cierto que cuando está integrado en un nuevo ambiente, su retorno sólo debería tener lugar tras un análisis del fondo del derecho de custodia, lo que nos situaría fuera del objetivo convencional. Ahora bien, las dificultades que encuentra cualquier intento de traducir el criterio de la integración del menor en una norma objetiva han llevado a la fijación de un plazo, tal vez arbitrario, pero que constituye la respuesta “menos mala” a las preocupaciones expresadas en este punto. Con el planteamiento adoptado, ha sido preciso afrontar una pluralidad de cuestiones: *en primer lugar*, el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo; *en segundo lugar*, la extensión del plazo y, *en tercer lugar*, el momento de expiración del plazo. En lo referente al primer punto, es decir la determinación del momento en el que empieza a correr el plazo, el artículo hace alusión al traslado o no retorno ilícitos; la concreción de la fecha decisiva en caso de retención debe ser entendida como la fecha en la que el menor hubiese tenido que ser devuelto al titular de derecho de custodia o en la que éste negó su consentimiento a una extensión de la estancia del menor en otro lugar distinto del de su residencia habitual... En tercer lugar, en lo que se refiere al *terminus ad quem*, el artículo consagra el momento de la presentación de la demanda, en lugar de la fecha de la resolución, ya que el posible retraso en la acción de las autoridades competentes no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por el Convenio.<sup>414</sup>

Respecto al segundo apartado, el Informe explicativo señala que:

la disposición no precisa en absoluto quién debe probar este extremo; no obstante, parece lógico pensar que esa tarea le corresponde al secuestrador o a la persona que se opone al retorno del menor... Tanto por estos motivos como porque el retorno tendrá lugar siempre, por la propia naturaleza de las cosas, mucho después de un año de la sustracción, el Convenio no habla en este contexto de restitución “inmediata” sino simplemente de restitución.<sup>415</sup>

Termina señalando el artículo 12 lo que el Informe explicativo califica como “una idea totalmente lógica, que responde a preocupaciones de economía procesal”,<sup>416</sup> a saber: “cuando la autoridad judicial o adminis-

<sup>414</sup> *Ibidem*, párrafos 106, 107 y 108.

<sup>415</sup> *Ibidem*, párrafo 109.

<sup>416</sup> *Ibidem*, párrafo 111.

trativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor”.

Los motivos que establece el Convenio, artículo 13, para poder denegar dicha restitución pueden dividirse en las siguientes categorías:<sup>417</sup>

a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.<sup>418</sup>

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.<sup>419</sup>

c) si la autoridad comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.<sup>420</sup> Como se reconoce en el propio Informe explicativo:

los esfuerzos hechos para ponerse de acuerdo respecto a una edad mínima a partir de la cual la opinión del niño podría ser tomada en consideración

<sup>417</sup> En este sentido, Treviño Sosa los divide por el artículo 13.1 incisos a) y b) como primera tipología y por artículo 13.2 como segunda tipología. Treviño Sosa, J. R. J., “Aplicación e interpretación...”, *cit.*, p. 15.

<sup>418</sup> Respecto a este primer apartado del artículo 13, menciona el Informe explicativo de la profesora Elisa Pérez Vera que “se trata de situaciones en las que, o las condiciones previas al traslado no comportaban alguno de los elementos esenciales de las relaciones que el Convenio pretende proteger (el del ejercicio efectivo de la custodia), o el comportamiento posterior del progenitor desposeído muestra una aceptación de la nueva situación creada, lo que la hace más difícilmente impugnable”.

<sup>419</sup> El Informe explicativo de la profesora Elisa Pérez Vera señala que “...los apartados 1 b) y 2 del mismo artículo 13 consagran excepciones que claramente se basan en la toma en consideración del interés del menor”. [Http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), párrafo 29.

<sup>420</sup> El Informe explicativo señala sobre este concreto punto que: “por esta vía, el Convenio brinda la posibilidad de convertirse en interpretes de su propio interés. Es obvio que esta disposición puede llegar a ser peligrosa si su aplicación se traduce en interrogatorios directos a jóvenes que pueden, ciertamente, tener conciencia clara de la situación pero que pueden asimismo sufrir daños psíquicos graves si piensan que se les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores. No obstante, una disposición de esa naturaleza era indispensable dado que el ámbito de aplicación del Convenio *ratione materiae* se extiende a los menores hasta el decimosexto cumpleaños; y es que, hay que reconocer que sería difícilmente aceptable el retorno de un joven, por ejemplo de quince, contra su voluntad”. [Http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), párrafo 30.

han fracasado, ya que todas las cifras tenían un cierto carácter artificial, por no decir, arbitrario; en consecuencia, se ha entendido que era preferible dejar la aplicación de esta cláusula al mejor juicio de las autoridades competentes.<sup>421</sup>

d) cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Como afirma el Informe explicativo “estamos ante una disposición poco habitual en los convenios en materias de derecho internacional privado y cuyo alcance exacto es difícil de determinar... Esta norma es el resultado de un compromiso entre delegaciones favorables y delegaciones contrarias a la inclusión en el Convenio de una cláusula de carácter público”.<sup>422</sup>

Respecto a este artículo, el Poder Judicial mexicano ha señalado que:

en los casos a que se refiere el Decreto Promulgatorio de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, publicado en el DOF el seis de marzo de mil novecientos noventa y dos, el juicio de garantías contra la orden de restitución de menores a su país de origen puede promoverse en cualquier tiempo y sin exigir formalidad alguna, según lo dispuesto en el artículo 22, fracción II, de la Ley de Amparo, en virtud de que dicha orden de restitución constituye una virtual deportación. *IUS 197610*. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VI, octubre de 1997, p. 767, tesis I.2°. C.9 C, aislada, Civil. Rubro: “Menores. Término para promover amparo contra la orden de restitución a su país de origen.

Los causales de denegación recogidos deben demostrarse mediante audiencias, y como señala el Informe explicativo “no son de aplicación automática en el sentido de que no determinan forzosamente el no retorno del menor; por el contrario, la naturaleza misma de estas excepciones estriba en dar a los jueces la posibilidad —no de imponerles la obligación— de denegar dicho retorno en ciertas circunstancias”.<sup>423</sup> En este

<sup>421</sup> [Http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), párrafo 30 *in fine*.

<sup>422</sup> *Ibidem*, párrafo 31.

<sup>423</sup> *Ibidem*, párrafo 113. Respecto a estas excepciones, Vargas Gómez-Urrutia señala que “deben ser apreciadas por la autoridad o autoridades competentes, pero correspondiendo la carga de la prueba a quien alega la aplicación de la excepción, en este caso ‘el secuestrador’ o la persona, institución u organismo que se oponga al retorno. En cuanto a la valoración de esta prueba cabe destacar el amplio margen de discrecionalidad que el

mismo sentido continúa señalando que “esto implica ante todo que deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado”.<sup>424</sup>

Respecto a este particular, el Poder Judicial mexicano ha señalado que:

en el procedimiento relativo a la restitución de un menor a su país de origen, debe otorgarse la posibilidad de defensa, tanto al menor como a la persona que represente sus intereses, para darles oportunidad de acreditar con los elementos de convicción conducentes: 1) las razones por las cuales puede ser perjudicial la reintegración del menor; 2) que la oposición a la restitución es legal; o bien 3) que se actualizan alguno o algunos de los supuestos de no restitución, contenidos en el artículo 13 del Decreto Promulgatorio de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, publicado en el *DOF* el seis de marzo de mil novecientos noventa y dos. *IUS 197607*. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VI, octubre de 1997, p. 765, tesis I.2º.C.10 C, aislada, Civil. Rubro: “Menor de edad. En el proceso relativo a la restitución a su país de origen, debe respetarse la garantía de audiencia previa”.

Por su parte, el artículo 14 señala que:

para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del artículo 3o., las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación

convenio otorga a las autoridades cuando se trate de aplicar algunas de las excepciones al retorno. De ahí que su carácter excepcional debería llevar consigo la interpretación y aplicación restrictiva, y jugar solamente en *interés del menor*”. *Cfr.* Vargas Gómez-Urrutia, M., “El interés del menor...”, *cit.*, p. 117. En este sentido se pronuncia Treviño Sosa, quien señala “las excepciones para negar la restitución de un menor y que se encuentran contenidas en la Convención de La Haya, se estima que deben ser apreciadas por la Autoridad Judicial competente, pero correspondiendo la carga de la prueba a quien alega su existencia, en este caso quien sustrajo o retiene al menor que se opone al retorno; en cuanto a la valoración de la prueba o pruebas correspondientes, se estima que debe aplicarse supletoriamente la Legislación Procesal Civil”. Treviño Sosa, J. R. J., “Aplicación e interpretación...”, *cit.*, p. 15. En este mismo sentido encontramos las afirmaciones de Blumkin, S. B., “La sustracción internacional de menores”, *cit.*, p. 41.

<sup>424</sup> [Http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), párrafo 34.

o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

Este artículo se explica por el Informe de la siguiente manera: “dado que el Convenio hace depender el carácter ilícito de un traslado de menores de que se haya producido violando el ejercicio efectivo de un derecho de custodia atribuido por el derecho de la residencia habitual del menor en cuestión, es obvio que las autoridades del Estado requerido deberán tener en cuenta dicho derecho para decidir sobre su retorno”.<sup>425</sup>

Por lo que respecta a las disposiciones generales de este Convenio, debemos comenzar con aquella que se refiere a la figura de la *cautio iudicatum solvi* (artículo 22). Este artículo dispone: “no podrá exigirse fianza ni depósito alguno, cualquiera que sea la denominación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio”. Dos datos importantes se lanzan desde el Informe explicativo: a) “en un afán de coherencia, el artículo precisa que la norma se aplica sólo en relación con los “procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio”. Evitando una fórmula más amplia que hubiese podido ser interpretada como aplicable, por ejemplo, a los juicios directamente relacionados con la determinación de fondo del derecho de custodia”; b) “se deduce claramente de cuanto antecede que el Convenio no prohíbe que se exijan otras fianzas o depósitos posibles, especialmente las fianzas impuestas con vistas a garantizar el ejercicio correcto de un derecho de visita”.<sup>426</sup>

De un rápido recorrido observamos que el artículo 23 se refiere a la exención de legalización, y el artículo 24 a la traducción de los documentos. El artículo 25, a la asistencia judicial y asesoramiento jurídico en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado. El artículo 26, a la cobertura de los gastos respecto a las autoridades centrales. La doctrina ha señalado respecto a la fracción tercera de este artículo que su “reserva prevista en el artículo 26.3 con relación a la no asunción de gasto en materia de asistencia jurídica, viene implicando un serio obstáculo en su correcto funcionamiento”.<sup>427</sup>

<sup>425</sup> *Ibidem*, párrafo 119.

<sup>426</sup> *Ibidem*, párrafo 130.

<sup>427</sup> García Cano, S., “Globalización, multiculturalismo y protección internacional...”, *cit.*, p. 26. Este autor señala que esta reserva se ha traducido en “un serio obs-

El artículo 27, a la posibilidad de que una autoridad central rechace las solicitudes cuando “se sitúen fuera del ámbito de aplicación del Convenio o carezcan claramente de fundamento”.<sup>428</sup> “En este caso, la autoridad central informará inmediatamente de sus motivos al solicitante o a la autoridad central por cuyo conducto se haya presentado la solicitud, según el caso”. De este artículo el Poder Judicial mexicano ha afirmado que:

en la solicitud de restitución de un menor a su país de origen, el juez que intervenga en la atención de una carta rogatoria de restitución de un menor extranjero a su país de origen, deberá cuidar que el acto procesal encomendado se encuentre debidamente fundamentado y se lleve a cabo de acuerdo a las leyes procesales vigentes en territorio nacional, considerando que a toda persona que se encuentre en territorio mexicano la protegen las leyes nacionales, atento lo preceptuado por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los dispuesto en el artículo 27 del Decreto Promulgatorio de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, publicado en el *DOF* el seis de marzo de mil novecientos noventa y dos. *IUS 196610*. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VII, marzo de 1998, p. 8000, tesis I.2º.C.12 C, aislada, Civil. Rubro: “Menores extranjeros. Carta rogatoria. El juez de origen debe analizar su procedencia legal”.

El artículo 28 se refiere a la posibilidad de que la autoridad central solicite un poder para actuar por cuenta del solicitante. El artículo 29 se refiere a la posibilidad de reclamo directo a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante. El artículo 30 trata sobre la admisibilidad de los documentos. Los artículos 31 a 33, sobre la aplicación de este instrumento cuando estamos en presencia de un Estado plurilegislativo. El artículo 36 que trata sobre la posibilidad de que dos o más Estados contratantes acuerden la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio que restringen la restitución del menor.

La doctrina ha sugerido la implementación de seis medidas, ciertamente sencillas y al alcance de cualquier Estado, para una mayor eficacia en la aplicación de los convenios. En este sentido, afirma como primera

táculo a la efectividad del Convenio en aquellos supuestos en que el Estado requerido coincide con países que no disponen de un sistema de asistencia jurídica, como Estados Unidos o Canadá”.

<sup>428</sup> <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>. párrafo 137.

medida “promover ante los Estados parte que aun no lo hubieren hecho, la urgente creación y puesta en funcionamiento de las autoridades centrales”; como segunda medida prevé “organizar un “banco computarizado de datos” referido a la normatividad convencional y de fuente nacional vigente en cada Estado parte en materia de reintegro internacional de menores”, etcétera; como tercera medida prevé “elaborar un “formulario tipo de solicitud de reintegro internacional de menores”; cuarta medida: propuesta de “promover seminarios y talleres con participación de especialistas, destinados a la formación teórico-práctica de los operadores de la Convención”; como quinta medida destaca “recabar y sistematizar la normativa sobre sistemas de asistencia jurídica gratuita vigente en los Estados parte”, y como última medida: “requerir de las Autoridades Centrales ya organizadas, información estadística anual acerca de la aplicación de la Convención”.<sup>429</sup>

## 2. *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*

El artículo 4o., en combinación con el 5o. y el 11 de la Convención Interamericana, determinan quiénes son los legitimados activamente para la puesta en marcha de la acción de restitución. En este sentido, el artículo 5o. señala que “podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar, las personas e instituciones designadas en el artículo 4o.”. Por su parte, el artículo 4o. señala a “...los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución”. Por lo que se refiere al artículo 11 en conjunción con los dos anteriores, viene a añadir un requisito, a saber: que los titulares de la solicitud o demanda de restitución *ejercieran efectivamente* su derecho al momento del traslado o de la retención y no hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención.<sup>430</sup>

<sup>429</sup> Tellechea Bergman, E., “La Convención Interamericana de Montevideo...”, *cit.*, pp. 802 y 803.

<sup>430</sup> Como señala la doctrina, “exigencia destinada a evitar que la acción de restitución... resulte abusivamente empleada en calidad de vía oblicua para la obtención de ésta, por padres, etcétera. Que no ejerciendo realmente la guarda apelan al procedimiento sumario y más sencillo reglado por la Convención a los solos efectos de devolver al menor a su centro de vida, para la obtención de aquélla”. Tellechea Bergman, E., “Las Convenciones Interamericanas...”, *cit.*, p. 114. En este mismo sentido encamina sus afirma-

Como bien señala la doctrina con esta exigencia se pretende evitar que “a través de una medida procesal, se beneficien con la obtención de una cuestión de fondo”.<sup>431</sup>

El artículo 9.1 de la Convención Interamericana establece cuál debe ser el contenido de la solicitud de restitución: a) antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible la persona a quien se imputa el traslado o la retención; b) la información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y c) los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor). Contenido que guarda gran similitud con lo requerido por la Convención de La Haya en su artículo 8o.

Por su parte, el artículo 10, primer párrafo, señala que “el juez exhorta, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor”. La pregunta que nos asalta es: ¿qué se debe entender por “cuando sea pertinente”? y ¿por “todas las medidas que sean adecuadas”? ¿El simple acto de dar a conocer la existencia de estos instrumentos convencionales es suficiente? La doctrina afirma que “se entendió que el mero acto de hacer conocer al eventual detentador ilegal del niño la existencia de una Convención vigente que asegura su devolución, podría ser suficiente para el logro del fin perseguido”.<sup>432</sup> Afirmación que esperamos sea tomada como una declaración de mínimos.

Continúa señalando el artículo 10 que:

si la devolución no se obtuviere en forma voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos

ciones Dreyzin de Klor, quien afirma que “es necesario que los titulares de la acción se hallen en ejercicio efectivo de su derecho al producirse el desplazamiento o la retención. Es evidente que la *ratio* de la norma (artículo 11) apunta a evitar que quienes estén legitimados para interponer la restitución se valgan de esta vía rápida y sencilla para obtener la guarda en el estado de la residencia habitual del menor. En cierta forma, se pretende impedir que a través de una medida procesal se beneficie con la obtención de una cuestión de fondo”. *Cfr.* Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, *cit.*, p. 46.

<sup>431</sup> *Cfr.* Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, *cit.*, p. 46.

<sup>432</sup> Tellechea Bergman, E., “Las Convenciones Interamericanas...”, *cit.*, p. 116.

exigidos por el artículo 9o. y sin más trámite, tomarán conocimiento personal del menor, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución... Asimismo, mientras se resuelve la petición de restitución, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción.

Esta última frase se encamina a evitar que se pueda frustrar con la salida del menor el proceso de restitución de éste. Sin embargo, y al margen de la buena voluntad mostrada en la redacción de este artículo, en plena consonancia con el principio del *favor filii* se entiende que hubiera sido aconsejable que se hubiera incluido un catálogo *numerus apertus* de lo que se puede considerar como “medidas necesarias”. Somos conscientes de que la anterior propuesta o idea hubiera dificultado posiblemente las negociaciones y hubiera condicionado el éxito de este instrumento.

El artículo 11 establece de manera taxativa los causales por los que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estaría obligada a ordenar la restitución del menor al Estado requirente. Consideramos que la enumeración es cerrada, es decir, *numerus clausus*, y que su alegación es a instancia de parte, no de oficio, y, debe estar fundada (artículo 12). Los causales pueden ser clasificados atendiendo a razones que descansan en los solicitantes o en los menores. Como ejemplo del primero destacamos el hecho de que se demuestre que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención (falta de legitimación procesal para solicitar la restitución),<sup>433</sup> o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención. Como ejemplo de causal imputable a los menores destacamos la posibilidad de que exista un riesgo grave de que la restitución del menor pudiera exponerlo a un

<sup>433</sup> Respecto este causal, Tellechea Bergman señala que “posee especial relevancia práctica la primera hipótesis expuesta, en tanto se constatan casos en que padres u otros familiares carentes de la guarda efectiva de los menores intentan lograr ésta mediante una torcida invocación a la Convención, a efectos de lograr en función de procedimientos de urgencia previstos por ella, hacerse de una situación que no detentaban y que por no referir a la cuestión específica de la devolución del menor es ajena al tratado, que expresamente busca evitar toda confusión entre el procedimiento de restitución y el de guarda, artículo 15”. *Ibidem*, p. 117.

peligro físico<sup>434</sup> o psíquico<sup>435</sup> y cuando éste se opone a regresar y a juicio de la autoridad, la edad, la madurez del menor justifique tener en cuenta su opinión. Dos comentarios merecen ser realizados. Primero: estamos ante un artículo completamente preventivo desde que trata el posible daño “que pudiera exponerle” a un menor con la restitución. Segundo: se trata de una potestad otorgada al órgano que conoce.<sup>436</sup>

Esta oposición ejercida a instancia de parte debe presentarse, de conformidad con el artículo 12 convencional, “dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciera saber a quien lo retiene” y “dentro de los sesenta días de calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente”.

Para el artículo 14 de la Convención:

los procedimientos previstos en esta Convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente. Respecto de menores cuyo paradero se desconozca el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados. Por excepción el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, al menos que se demostre que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.<sup>437</sup>

<sup>434</sup> La doctrina señala que “el riesgo de peligro físico capaz de producir el rechazo a la devolución del menor, debe ser ‘grave’, es decir, serio y de probable acaecimiento a consecuencia de la devolución del niño a su anterior centro de vida. El peligro comprende no sólo situaciones que planteen el riesgo cierto de que el menor contraiga una dolencia de cuidado... o de que se agrave una enfermedad ya existente... sino también aquellas que generen el fundado temor de que el incapaz quede expuesto a situaciones de desamparo o negligencia en su cuidado, abuso sexual, etcétera”. *Ibidem*, p. 118.

<sup>435</sup> Definido el peligro psíquico por la doctrina como aquel término que “engloba todas aquellas situaciones capaces de afectar de modo importante la correcta formación emocional e intelectual del niño”. *Idem*.

<sup>436</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>437</sup> En el mismo sentido que afirma la doctrina que sobre este punto se pronuncia, no creemos que estos plazos “consagren una especie de prescripción para demandar la restitución de menores, sino que después de dichos plazos la restitución no se entenderá automática, pues será discernida y ordenada por el juez o autoridad requeridos, atendiendo a las circunstancias de cada caso”. *Cfr.* García Moreno, V. C., “Consideraciones sobre la

Dos comentarios podemos establecer respecto a este artículo. El primero es que tenemos como regla general la aplicación del plazo de un año, el cual puede ser contado bien a partir del acto ilícito de la restitución, bien a partir de que se conozca, *precisa y efectivamente*, dicho paradero. El segundo redacta, después de la excepción de este primer plazo (que no estimamos que en esta ocasión sea de caducidad), otro plazo indefinido para la restitución. Lo anterior, con un límite, a saber: que esta devolución del menor no le cause un nuevo desarraigo. En este sentido y al hilo del comentario al Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina, afirma Tellechea que: "...transcurrido el plazo establecido, la residencia habitual en tanto que conexión fáctica, dejaba de estar en el antiguo centro de vida, razón por la que no correspondía plantear la acción de restitución, sino la cuestión de fondo relativa a la guarda".<sup>438</sup> Según la Oficina de Derechos de Familia de la Dirección General de Protección y Asuntos Consulares, aun cuando haya transcurrido un año de la restitución es posible que se produzca la misma. En este sentido, se nos comunicaba que los procedimientos podían oscilar desde dos semanas a cinco años.

Por lo que respecta al artículo 17 convencional, éste señala que "las disposiciones anteriores que sean pertinentes no limitan el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento". Este artículo viene a posibilitar, ni más ni menos, que la autoridad ordene sin límite de tiempo la restitución del menor. Estamos en presencia de una interesante excepción que prevé la respuesta a casos

conveniencia de que México ratifique la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores", *Revista de Derecho Privado*, México, año 6, núm. 16, 1995, p. 125. En este sentido, Berraz declara que: "la presencia del artículo 14 tiene una razón de ser que resulta congruente con el espíritu general de la Convención: el interés del menor. Si quien detenta la legitimación activa no ejercita la acción dentro del plazo de un año, no se dará curso a la solicitud efectuada. Por un lado, se castiga la inacción de quien pudiendo (y debiendo) ejercitar un derecho no lo asume debidamente. Por el otro, se trata de proteger en última instancia al menor que, durante dicho lapso, se ha integrado a la persona o personas que conforman su nuevo núcleo 'familiar'. Cfr. Berraz, C., *La protección internacional del menor...*, cit., p. 36. Por último, mencionar a Álvarez Cozzi, quien en el año 1988 señalaba que "deberá recibirse este criterio (la flexibilización del plazo) en una Convención Interamericana, quizás acotado, exigiéndose que la resolución judicial deba ser fundada en todos los casos cuando se hace lugar a la restitución luego del plazo del año". Álvarez Cozzi, C., *Restitución internacional de menores*, cit., p. 19.

<sup>438</sup> Tellechea Bergman, E., *Derecho internacional privado...*, cit., p. 205, y Tellechea Bergman, E., "Las convenciones interamericanas...", cit., p. 121.

especiales donde urge la restitución del menor. Es un artículo muy abierto que consideramos debe entenderse sólo para dar respuesta a situaciones que revistan elevado grado de gravedad. De un vistazo general a las disposiciones 8 a 17 se puede ver el establecimiento de un procedimiento caracterizado por su celeridad, sumariedad y flexibilidad, notas que destaca la doctrina.<sup>439</sup>

Por su parte, la localización de los menores está prevista en tres artículos, a saber: los artículos 18, 19 y 20. Por lo que se refiere al artículo 18, señala:

la autoridad central, o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado parte, a solicitud de cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 5o. así como éstas directamente, podrán requerir de las autoridades competentes de otro Estado parte la localización de menores que tengan la residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en el territorio del otro Estado.

De este artículo se extraen los siguientes comentarios: a) la facultad para la puesta en marcha de la localización descansa bien en las autoridades o bien en los padres, tutores o guardadores o cualquier institución, siendo estos últimos los legitimados para solicitar la restitución; b) el requisito es que el menor tuviera su residencia habitual en el Estado que solicita la localización y que éste se encuentre ilegalmente en el Estado al que se solicita dicha localización.

El contenido de la solicitud vuelve a ser ciertamente sencillo desde que requiere “toda la información que suministre el solicitante o recabe la autoridad requirente, concerniente a la localización del menor y a la identidad de la persona con la cual se presume se encuentra aquél” artículo 18 *in fine*.

El artículo 20 señala que:

si la restitución no fuere solicitada dentro del plazo de sesenta días calendario, contados a partir de la comunicación de la localización del menor a las autoridades del Estado requirente, las medidas adoptadas en virtud del artículo 19 podrán quedar sin efecto. El levantamiento de las medidas no impedirá el ejercicio del derecho a solicitar la restitución, de acuerdo con los procedimientos y plazos establecidos en esta Convención.

<sup>439</sup> Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, cit., p. 49.

Respecto a este artículo, la doctrina ha señalado que “cabe precisar que las decisiones que las autoridades del Estado de localización pueden dejar sin efecto, son únicamente las asegurativas del incapaz a su jurisdicción, pero no las tuitivas de su persona, que responden, según se viera, no a un deber de auxilio frente a autoridades extranjeras, sino a la obligación de protección a todo menor que se encuentre bajo la jurisdicción del órgano actuante”.<sup>440</sup>

Finalmente, y como lo hiciera el artículo 21 del Convenio de La Haya, la Convención Interamericana recoge en un solo artículo el derecho de visita. Lo anterior supone que el especial trato que se daba a este derecho en el Convenio de La Haya se sigue fielmente en la Convención Interamericana. En este caso las autoridades competentes para la localización coinciden con las autoridades competentes para conocer de la restitución, habiendo una remisión por referencia al contenido de lo dispuesto en el artículo 60. convencional. Misma reflexión que hacemos para ambos procedimientos que serán sustanciados de la misma forma.

En cuanto a las disposiciones generales contempladas en este Convenio, podemos señalar dos artículos que nos parecen troncales. El primero es el artículo 25, donde se recoge el orden público. El segundo, el artículo 27, donde se contempla una especie de autoridad central supranacional, el IIN.<sup>441</sup>

En este sentido, y en cuanto al primer artículo mencionado, afirmamos que la excepción de orden público aparece mejorada respecto a CIDIPs pasadas al utilizarse la expresión “principios fundamentales”. Si bien la doctrina habla de una “cláusula tipo” en las convenciones de la CIDIP a la hora de tratar estos temas, hace una excepción en cuanto se trata el orden público en esta Convención.<sup>442</sup> En este sentido, afirma la doctrina que “la referencia al orden público internacional del Estado requerido contenida en su artículo 25, presenta una redacción más específica que la tradicional fórmula genérica incluida en el proyecto preparado por el CJI para esa ocasión”.<sup>443</sup> El artículo 25 afirma que “la restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea

<sup>440</sup> Tellechea Bergman, E., “Las convenciones interamericanas...”, *cit.*, p. 123.

<sup>441</sup> Para mayores comentarios sobre este Instituto puede verse Vargas, Gómez-Urrutia, M., *La protección internacional de los derechos del niño*, *cit.*, pp. 82-85.

<sup>442</sup> Fernández Arroyo, D. P., *La codificación del derecho internacional privado...*, *cit.*, pp. 189 y 190.

<sup>443</sup> Fernández Arroyo, D. P. *ibidem*, pp. 189 y 190. De esta idea es también Berraz, C., *La protección internacional del menor...*, *cit.*, p. 38.

manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño”.

Por otra parte, y respecto al segundo artículo referido, el artículo 27 señala que: “El IIN tendrá a su cargo, como Organismo Especializado de la OEA, coordinar las actividades de las Autoridades Centrales en el ámbito de esta Convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados parte de esta Convención derivada de la aplicación de la misma. Igualmente tendrá a su cargo la tarea de cooperación con otros organismos internacionales competentes en la materia”.

Como ya es habitual en los instrumentos que comentamos, el artículo 23 determina que “la tramitación de los exhortos o solicitudes contemplados en la presente Convención y las medidas a que diere lugar, serán gratuitas y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, depósito o caución, cualquiera que sea su denominación”. Lo anterior, con dos salvedades: a) cuando los interesados “hubieren designado apoderado en el foro requerido”, y b) cuando las autoridades competentes “atendiendo a las circunstancias del caso” dispongan que tales gastos deben ser sufragados por la “persona que trasladó o retuvo ilegalmente al menor”. Estamos por tanto en la misma línea convencional, y además podemos señalar que se contempla la gratuidad como regla general así como la *cautio idicatum solvi*.

El artículo 26 de esta Convención señala que “la presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito”. Respecto a este artículo, la doctrina ha señalado que estamos ante una norma de derecho penal, lo cual constituye una inclusión no muy generalizada en las convenciones procedentes de la CIDIP.<sup>444</sup> A pesar de que la inclusión de aspectos penales no es una tendencia muy común en las CIDIPs, vemos que no está completamente descartada; si bien este Convenio pudo suponer un punto de partida, encontramos la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores que continúa con esta tendencia. Como cierre mencionamos el artículo 33 del instrumento interamericano, que recoge la “cláusula tipo”

<sup>444</sup> Cfr. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, cit., p. 44. Esta autora señala que “su inclusión (artículo 26) motivó una reserva efectuada por la delegación panameña que visualizó en esta incorporación un límite a la competencia de las autoridades del Estado requerido, al considerar contradicho el espíritu de la convención de limitarse a los aspectos civiles de la restitución internacional de menores”.

denominada cláusula federal o plurilegislativa.<sup>445</sup> En este sentido, afirma la mencionada disposición que:

respecto a un Estado que tenga en materia de guarda de menores dos o más sistemas de derecho aplicable en unidades territoriales diferentes: a. cualquier referencia a la residencia habitual en ese Estado contempla la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado; b. cualquier referencia a la ley del Estado de la residencia habitual contempla la ley de la unidad territorial en la que el menor tiene su residencia habitual.<sup>446</sup>

<sup>445</sup> Fernández Arroyo, D. P., *La codificación del derecho internacional privado...*, *cit.*, p. 191.

<sup>446</sup> *Ibidem*, p. 190.

denominada cláusula federal o plurilegislativa.<sup>445</sup> En este sentido, afirma la mencionada disposición que:

respecto a un Estado que tenga en materia de guarda de menores dos o más sistemas de derecho aplicable en unidades territoriales diferentes: a. cualquier referencia a la residencia habitual en ese Estado contempla la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado; b. cualquier referencia a la ley del Estado de la residencia habitual contempla la ley de la unidad territorial en la que el menor tiene su residencia habitual.<sup>446</sup>

<sup>445</sup> Fernández Arroyo, D. P., *La codificación del derecho internacional privado...*, *cit.*, p. 191.

<sup>446</sup> *Ibidem*, p. 190.