

## CAPÍTULO SEXTO

### MARCO NORMATIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

#### I. EL CONVENIO DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES<sup>969</sup>

Son varias las aproximaciones que a modo de introducción amerita hacerse de los dos instrumentos convencionales que *ratione materiae* se dedican a la sustracción internacional de menores en la realidad mexicana.

La primera afirmación que debemos hacer es que los dos convenios internacionales cuya temática versa sobre la sustracción, representan en la actualidad la vía más eficiente para afrontar los procesos restitutorios.<sup>970</sup> Como se afirma,

la prueba más palpable de ello se encuentra precisamente en las dificultades que surgen para el retorno del menor cuando la sustracción se produce hacia terceros Estados con los que no se encuentra vigente ningún instrumento convencional, supuestos en los que resulta necesario acudir a las vías diplomáticas y consulares con escasas garantías de éxito para obtener la restitución del menor.<sup>971</sup>

Además de ser la vía más extendida de armonización y unificación de criterios para los procesos restitutorios, ambos instrumentos han demostrado, de forma palpable, su eficacia a la hora de resolver normativamente las

<sup>969</sup> El análisis de este instrumento convencional también puede encontrarse en González Martín, N., *Familia internacional en México: adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*, México, Porrúa-UNAM, 2009.

<sup>970</sup> Calvo Caravaca, A. L. *et al.*, *Derecho de familia internacional*, *cit.*, p. 359; Benavides Santos, D. y Ramírez Solano, A., “La ilicitud en el traslado del menor de edad”, *cit.*, p. 79. Ahora bien, como venimos mencionando en claro apoyo a estos instrumentos convencionales tenemos la reciente Ley Modelo sobre normas procesales que sin duda conseguirá ser una eficiente herramienta en la medida en que los Estados decidan incorporarla en sus ordenamientos.

<sup>971</sup> Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, *cit.*, pp. 12-18.

situaciones de los menores sustraídos. Una eficacia que se potencia por dos motivos:

El primero por el número de Estados parte que en la actualidad se han comprometido por su contenido, incorporándolo a sus respectivos ordenamientos jurídicos. De manera constante venimos señalando que uno de los parámetros para ver el éxito de un instrumento convencional es el número de Estados que lo tienen integrado en sus ordenamientos jurídicos. Este criterio numérico refleja el impacto de estos instrumentos en los Estados. Si revisamos este parámetro de “eficacia-impacto” en el Convenio de La Haya nos damos cuenta de que es un instrumento que tiene un elevado número de Estados parte, y por ello un gran impacto en la práctica de los procesos resarcitorios; como señala la *Guía de buenas prácticas* —tercera parte, “Medidas de prevención”, página 5, párrafo 1.1.1.1—:

Actualmente el Convenio funciona en todos los continentes y en muy diversos sistemas legales. Hay 75 Estados parte en el Convenio en el momento de redacción de este documento. Si el Convenio se implementa con éxito, y se aplica con efectividad, se puede disuadir a alguien que pretenda la sustracción entre dos Estados contratantes. Al respecto, cuantos más Estados ratifiquen o se adhieran al Convenio, mayor será el efecto disuasorio. Así pues, los Estados contratantes deberían animar a otros Estados a ratificar o adherirse al Convenio.

Sin duda el proceder de un foro de codificación de corte universal, La Haya, facilita elevar su acogida, y por ende su impacto y eficacia, mejorando todo pronóstico. Estamos ante un Convenio que ha sido ratificado por más de 70 Estados, lo cual da una idea del éxito de dicho instrumento.<sup>972</sup> Así, derivado de este criterio, podemos afirmar que aun cuando no es el único instrumento convencional que aborda esta materia, es el más conocido y,

<sup>972</sup> Los Estados que lo han ratificado son: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Belice, Bosnia Herzegovina, Burkina Faso, Canadá, 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, Fiji, Georgia, Guatemala, Islandia, Letonia, Macedonia, Malta y Moldova. De esta larga lista destacan los 17 Estados latinoamericanos, lo que sin duda manifiesta y refleja la intención de proteger a los menores.

por ende, el más utilizado en la práctica.<sup>973</sup> Ello ha motivado que se califique como “una de las joyas de la corona de la Conferencia”.<sup>974</sup> Lo anterior no quiere decir que el Convenio Interamericano, con 14 Estados parte,<sup>975</sup> sea un Convenio de bajo perfil y poco impacto. Al contrario, debemos tener como necesario referente que este instrumento internacional procede del foro de codificación de la CIDIP (OEA), foro de codificación regional, por lo que el número de Estados participantes necesariamente es inferior. En definitiva, el número de Estados parte debe contextualizarse por el foro del que procede cada instrumento para poder determinar su éxito en términos de impacto. Un dato importante para ver que la aplicación de la Convención Interamericana no es marginal, lo ofrecen las estadísticas de la autoridad central argentina al señalar que

del análisis general de las peticiones de retorno y visitas enviadas y recibidas por nuestro país, entre los años 1999 y 2009 han tramitado ante esta autoridad central 1,016 casos de restitución y visitas internacionales. De ellos, el 71.36% lo hizo a través del Convenio de La Haya, haciéndolo el 28.64% restante a través de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.<sup>976</sup>

El segundo motivo que funge como justificante del “impacto-eficacia” de ambos convenios, deriva de la orientación que toma su contenido; ambos instrumentos están enfocados principalmente a la cooperación internacional entre Estados. Una cooperación que se establece a través de las autoridades centrales teniendo como norte aplicativo el principio de aplicación progresiva, el cual ha sido señalado por la *Guía de buenas prácticas* —par-

<sup>973</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., p. 39.

<sup>974</sup> González Beilfuss, C., “Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita”, en Adam Muñoz, M. D. y García Cano, S., *Colex, Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, España, 2004, p. 98. En este sentido, la *Guía de buenas prácticas*, segunda parte, “Medidas de aplicación”, párrafo 8.2, páginas 48 y 49, menciona que esta tipología de instrumentos convencionales “plantean desafíos considerables para ser interpretados con coherencia. El Convenio funciona en un amplio abanico de sistemas legales dotados de culturas jurídicas diferentes y con variedad de enfoques en la práctica legal y en los procedimientos”; afirmaciones que se repiten en parecidos términos en la *Guía de buenas prácticas*, tercera parte, “Medidas de prevención”, introducción.

<sup>975</sup> La lista de Estados parte de este Convenio Interamericano son: Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Véase [www.sre.gob.mx](http://www.sre.gob.mx) o [www.oea.org](http://www.oea.org) (consultada el 27 de julio de 2010).

<sup>976</sup> Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, cit., p. 184.

te primera, práctica de las autoridades centrales, página 22, párrafo 1.7—: “Reconocer la aplicación progresiva como un principio clave de funcionamiento garantiza que todas las Autoridades centrales, tanto las ya establecidas como las nuevas, así como los Estados parte, den los pasos necesarios para mejorar el funcionamiento del Convenio en sus respectivos países”. Lo anterior se reitera en la *Guía de buenas prácticas* —segunda parte, medidas de aplicación, página 12, párrafo 1.7—.

Consideramos que la importancia de este cuarto sector constitutivo del contenido del DIPr<sup>977</sup> no debe ser minimizada en ningún momento y debemos hacer énfasis en él a la hora de normar este tipo de problemáticas sociales;<sup>978</sup> sin duda la previsión de autoridades centrales constituye el mecanismo más óptimo para agilizar los procesos restitutorios en la esfera internacional. Así, dentro de la temática que representa la sustracción es fundamental establecer las vías y mecanismos de cooperación interestatal que ayuden a dar el impulso necesario que agilice la localización y restitución de los menores.<sup>979</sup> Esta cooperación entendemos que no tendría pleno sentido si no se complementara con tres aristas interconectadas:

a) el establecimiento de vías rápidas para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en los Estados requeridos en dos temáticas procesales diferentes: 1) en lo referente a las órdenes sobre custodia y derechos de visita, con fines de prevenir la sustracción. En este sentido se pronuncia la *Guía de buenas prácticas* —tercera parte, “Medidas de prevención”, párrafo 2.3— así como la *Guía de buenas prácticas* relativas al contacto transfronterizo —página XII, párrafo 3.4.1— donde se afirma que

<sup>977</sup> Recordemos que los sectores constitutivos del DIPr., siguiendo una teoría intermedia, son tres, a saber, la competencia judicial internacional, el derecho aplicable y la cooperación procesal internacional con la arista incluida del reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras. Véase Rodríguez Jiménez, S., *Competencia judicial civil internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 13 y ss.

<sup>978</sup> Se afirma que “se estima como único mecanismo de solución, la existencia de relaciones de cooperación judicial y administrativa entre Estados, pilar fundamental de los convenios que contemplan la posible eficacia extraterritorial de los derechos de guarda y visita internacional”, Lucero, M. D. y Echegaray de Maussion, C. E., “El derecho de custodia (artículo 5o. CH de 1980)”, *cit.*, p. 104.

<sup>979</sup> Como bien señala Dreyzin de Klor, la cooperación jurisdiccional internacional influye en la eficacia de las sentencias extranjeras, y es la vía por la que se canaliza el diálogo y el intercambio, véase Dreyzin de Klor, A., “La influencia de la universalización de los derechos humanos en la sustracción internacional de niños”, *cit.*, p. 21. En este sentido afirma que “no negamos entidad a la determinación del derecho aplicable que resulta fundamental en los conflictos iusprivatistas internacionales y de hecho constituye uno de los objetivos que hacen a la materia... empero lo que nos interesa es destacar que el DIPr funciona en la medida que se avanza en la circulación de los pronunciamientos entre los Estados”.

El reconocimiento y la ejecución deberían producirse con rapidez. Un elemento esencial de la cooperación internacional es un sistema que estipule el reconocimiento y la ejecución entre Estados de decisiones en materia de contacto y de custodia que hayan sido emitidas con base en los criterios de competencia convenidos o aprobados. Los procedimientos de reconocimiento y ejecución deben ser simples, económicos y rápidos.

Afirmaciones que se reiteran en la *Guía de buenas prácticas* relativa al contacto transfronterizo (página 29, párrafo 5.2. 2) en lo referente a decisiones de retorno de menores.

En ambas aristas creemos que la piedra angular pasaría por el establecimiento de un principio de “confianza competencial directa”, siendo procesos sin formulismos ni formalidades enredadas; en definitiva, de forma más general, establecer un proceso restitutorio rápido que ayude a asegurar el cumplimiento de las metas convencionales.

Para ello, como venimos anunciando contamos con una reciente herramienta que es la Ley Modelo sobre normas procesales, la cual sin duda prevé plazos breves para la toma de decisiones que reducirían considerablemente los tiempos procesales previstos en la actualidad en cada ley procesal. En este sentido no cabe confundir rapidez con la toma de decisiones “al vapor”, esto es, la rapidez no debe corresponderse con la improvisación o la toma de decisiones sin meditar; el proceso, aunque sea rápido, debe seguir contando con el respeto a todas las garantías del debido proceso. En este sentido los principios procesales que se recogen en la Ley Modelo se resumen en: a) celeridad; b) intermediación; c) concentración; d) contradicción, y e) especialización;<sup>980</sup>

b) directamente derivado de la anterior, la necesaria supresión de los foros competenciales exorbitantes y, en consecuencia, la implementación de

<sup>980</sup> En este sentido cabe destacar el artículo 3o. de la Ley Modelo —competencia— al señalar que “se determinará conforme a las normas generales, con especial aplicación de los principios de concentración y especialización, tanto en primera instancia como en apelación”. Pérez Manrique en este rubro señala que “el principio de *concentración procesal* para los casos de sustracción responde a la propuesta de la Conferencia de La Haya de concentrar la jurisdicción para entender en los procesos de restitución en determinados tribunales de cada país. Si bien es de utilidad y de aplicación el principio de concentración procesal en los convenios, a él se le añade la propuesta novedosa de concentración de jurisdicción: sólo atiende casos de sustracción un número limitado de tribunales. Estos tribunales deberán responder al *principio de especialización*, es decir, tener una preparación especial para intervenir en este tipo de asuntos con sus particularidades”, Pérez Manrique, R. C., “Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños”, *cit.*, p. 201.

foros competencialmente orientados a la protección de la parte débil de la relación jurídica (los denominados “foros de protección”),<sup>981</sup> y

c) el establecimiento de vías rápidas para la adopción (o en su caso reconocimiento) de medidas cautelares (sean éstas declarativas o ejecutivas) así como para la realización de pruebas.

Dos autoridades centrales se contemplan en los artículos 6o., 7o., 9o., 10 y 11 del Convenio de La Haya, así como en el artículo 7 del Convenio Interamericano, cuyo desempeño resulta fundamental y donde su accionar “no se reduce a la simple transmisión de los pedidos de cooperación como si esas autoridades fueran solamente ‘buzones o simples correos que transmiten papeles’, criterio que aún hoy en día, en algunos ámbitos, mantienen esa creencia”.<sup>982</sup> Por ello, las autoridades centrales son pieza clave en la cooperación.

Es por la suma de las anteriores afirmaciones (aceptación estatal y vocación de cooperación) que sostenemos que estamos ante dos excelentes instrumentos.<sup>983</sup> Respecto al Convenio de La Haya entendemos que la necesidad de buscar una solución eficaz a la sustracción de menores

se traduce en un esfuerzo internacional en el que se implican gran número de países para lograr un progresivo marco de cooperación entre ellos con el que, sino se impiden este tipo de conductas, que es la labor privativa de cada Estado a través de su ordenamiento interno, al menos se intente darles solución una vez producidas.<sup>984</sup>

Afirmaciones que deben tener perfecto eco cuando nos referimos a la Convención Interamericana.

Como último apunte queremos dejar sentado que la idea primigenia que subyace en el espíritu de estos instrumentos convencionales parte de reconocer que los derechos de los padres sobre un menor no son ilimitados, infinitos. Es por ello que, cuando esta idea no se tiene clara por parte de quienes cuidan a los menores, la norma nacional como la internacional legitima la actuación y la intervención protectora del Estado; es por ello que, partiendo

<sup>981</sup> González Campos, J. D. *et al.*, *Derecho internacional privado, parte especial, cit.*, p. 134.

<sup>982</sup> Véase Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, pp. 157 y 158. Esta autora, y nosotros con ella, está convencida de que las autoridades centrales han favorecido la eliminación de obstáculos y ha proporcionado celeridad, eficacia y garantías en la aplicación de los tratados en vigor.

<sup>983</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980, cit.*, p. 17.

<sup>984</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres, cit.*, p. 45.

de que la familia a veces sufre interferencias externas en su normal desarrollo, se justifica la intervención de los poderes públicos quienes deben asegurar que la familia sea el medio idóneo de desenvolvimiento y crecimiento de todos sus miembros y, principalmente, de los menores. Así las cosas, también es adecuado reconocer que la actuación e intervención protectora de los poderes públicos debe estar encuadrada en los términos delineados en la Convención sobre los Derechos de los Niños, principalmente en el principio de convivencia armoniosa, de reintegración e integración familiar.<sup>985</sup>

### 1. *Objetivo convencional*

El punto de partida para entender este instrumento es el Informe Explicativo de la profesora Elisa Pérez Vera,<sup>986</sup> un Informe que se redacta con la finalidad de aclarar los términos y el alcance de las condiciones establecidas en el contenido de este instrumento.

Se afirma que este Convenio fue adoptado, en sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 1980, por el decimocuarto periodo 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>987</sup> Respecto a esta recomendación, el Informe Explicativo aclara dos puntos en concreto, a saber, su valor jurídico así como su ámbito de aplicación. Respecto al primer aspecto señala que:

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

<sup>985</sup> Miranda Estrampes, M., “La Convención frente al desamparo del menor”, *cit.*, p. 112.

<sup>986</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. [www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), pfs. 5 y 6.

<sup>987</sup> Véase [www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), pfo. 1.

modelo contenido en esa recomendación: incluso se ha puesto gran cuidado en evitar presentarlo como anexo al Convenio.<sup>988</sup>

Respecto al segundo punto señala: “el formulario propuesto se limita a ofrecer una solicitud modelo con vistas al retorno del menor”.<sup>989</sup>

Destacamos, de conformidad con el artículo 1o. del Convenio de La Haya, que los objetivos trazados 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”. Un artículo que coincide con el artículo 1o. de la Convención Interamericana, el cual a la letra dice que

la presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.<sup>990</sup>

Estos objetivos convencionales se encuentran íntimamente relacionados, como no podría ser de otra forma, con los objetivos que persigue la Ley Modelo sobre normas procesales; en su artículo 1 dispone, en su primera parte, de forma más amplia que:

[O]bjeto. Será objeto del proceso regulado en la presente Ley, determinar si ha existido traslado y/o retención ilícitos de un niño, toda vez que se haya verificado en violación a un derecho de guarda o de custodia y a preservar el derecho de visita. Asimismo asegurar el tratamiento conforme a los principios de los convenios citados, la resolución de los casos en forma rápida y en caso de accederse a la restitución, que la misma se realice en forma segura para el niño.<sup>991</sup>

<sup>988</sup> [www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), pfo. 48.

<sup>989</sup> [www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), pfo. 49.

<sup>990</sup> Perezniето Castro, L. y Silva Silva J. A., *Derecho internacional privado, parte especial, cit.*, p. 187; González Campos, J. D. *et al.*, *Derecho internacional privado, parte especial, cit.*, p. 135.

<sup>991</sup> Pérez Manrique señala que “el objeto del proceso comprende: 1) la determinación si existe traslado o retención ilícitos, 2) si el mismo se produjo en violación de un derecho de guarda o custodia; 3) la protección del derecho de visita transfronterizo”; Pérez Manrique, R. C., “Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños”, *cit.*, p. 197.



Unos objetivos convencionales que merecen dos comentarios:

Por un lado, sostenemos que el principal deseo de ambos instrumentos es proteger a la persona del menor, una protección que se lleva a cabo a través de la férrea defensa del “interés superior” de éste. Esta protección convencional, en un plano idealista, debería marcarse tanto *ex ante*, *durante* como *ex post* a la sustracción.

La fase de protección *ex ante* está cubierta por el Convenio de La Haya, como lo recuerda la *Guía de buenas prácticas* —tercera parte, “Medidas de prevención”, página 5, párrafo 1.1.1.1— al mencionar:

Queda claro del Informe Explicativo que no se previó que el Convenio fuese exclusivamente un instrumento de reacción, proporcionando una solución cuando se produce una sustracción, sino también, y quizás de forma predominante, la existencia del Convenio se dirigía a prevenir la sustracción. Ciertamente, las respuestas al cuestionario indican que la existencia del mismo Convenio es una buena medida de prevención.<sup>992</sup>

Ahora bien, hay quien sostiene que ambos instrumentos no previenen este tipo de conductas (esfera *ex ante*) sino que, una vez que se han producido, ofrecen y facilitan los mecanismos para que se pueda llevar a cabo una adecuada y rápida respuesta en función de la localización y restitución de un menor al Estado de su última residencia habitual. Es por ello que algunos autores no proclaman de estos instrumentos un carácter preventivo en la comisión o en la tentativa de comisión de estas conductas en el nivel internacional, sino que presentan un carácter meramente reparador e integrador de las situaciones al estado inmediatamente anterior a su producción.<sup>993</sup> No cabe desconocer que la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya ha elaborado *Guías de buenas prácticas* para la aplicación y funcionamiento del Convenio de La Haya al tiempo que ha tratado sobre las medidas de

<sup>992</sup> Como bien señala la *Guía de buenas prácticas* —tercera parte, medidas preventivas— en su introducción: “La prevención de la sustracción es una aspiración clave del Convenio de 1980 y es ampliamente conocido que es mejor prevenir la sustracción que tener que solicitar la restitución del niño tras la sustracción”.

<sup>993</sup> González Campos, J. D. *et al.*, *Derecho internacional privado, parte especial, cit.*, p. 135. Estos autores mencionan que “su eficacia pretende instrumentalizarse en la aludida cooperación administrativa, manifestada en un doble momento: cuando el menor ha sido ya desplazado y antes de que produzca el desplazamiento ‘en la medida en que se trata de garantizar el goce efectivo de los derechos de guarda y visita, haciendo desaparecer una de las causas más frecuentes del desplazamiento de niños’. Esta declaración de intenciones, que puede leerse en los trabajos preparatorios no se vio reflejada en el texto del Convenio, el cual centra todos sus esfuerzos no en la prevención, sino en el restablecimiento de la situación anterior al secuestro ya producido”.

prevención para evitar casos de sustracción así como de un documento sobre principios generales y *Guía de buenas prácticas* para el contacto transfronterizo relativo a los niños.<sup>994</sup> Por lo que hace a la fase *durante*, el Convenio también se presenta como un buen instrumento desde que lo menciona la *Guía de buenas prácticas* —tercera parte, página 5, párrafo 1.1.1.1—:

El Convenio establece procedimientos para asegurar que, en caso de desplazamiento o retención ilegal, el menor sea retornado con rapidez para permitir a las autoridades de la residencia habitual del menor decidir las cuestiones relativas a la custodia, derechos de visita o de contacto y, en algunos Estados, al cambio de residencia.

Igualmente en esta tercera *Guía* se afirma que:

Disposiciones para proteger a los menores durante los procedimientos judiciales: por ejemplo, puede ser posible para el tribunal, a solicitud de cualquiera de los progenitores, emitir una orden que impida temporalmente el desplazamiento del menor de la jurisdicción mientras dure el proceso. También puede ser posible ordenar que se retengan los pasaportes mientras dure el proceso. Además, cuando en un Estado, se emite un decreto en un divorcio, es una disposición normal que no se desplace al menor de la jurisdicción.

El único punto que creemos que podría mejorarse en el contenido de los instrumentos es la previsión de un mecanismo de seguimiento *post-restitución*, en este sentido se advierte que “no existe en el Convenio ninguna disposición dirigida a regular la situación derivada del post-retorno del menor (si la decisión adoptada ha sido la restitución) o la situación derivada de la permanencia del menor en el Estado de la sustracción (si la decisión adoptada ha sido el rechazo a dicha restitución)”.<sup>995</sup>

<sup>994</sup> Véase Capuñay, L. M., “Los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *cit.*, p. 3. Sobre estas guías de buenas prácticas encontramos cuatro partes: a) la primera se refiere a la práctica de las autoridades centrales (2003); b) la segunda se refiere a las medidas de aplicación (2003); c) la tercera se refiere a las medidas de prevención (2005), y d) la que se refiere a la ejecución (2010). Véase [www.hcch.net](http://www.hcch.net) (consultada el 12 de julio de 2011).

<sup>995</sup> Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, *cit.*, pp. 13 y 19. Afirma que “la ausencia de “preocupación” que muestra el CH 1980 por el *post* retorno en muchas ocasiones no concuerda con las realidades que ‘provocan’ el traslado ilícito, que impiden regresar a la situación anterior y que reclaman un replanteamiento de los derechos de custodia”.

Por otro lado, el segundo objetivo convencional implica que los derechos de familia vigentes en un Estado parte se respeten en los demás Estados.<sup>996</sup> Ambos propósitos a pesar de estar íntimamente relacionados presentan un carácter autónomo.<sup>997</sup> Este segundo objetivo requiere que la discontinuidad en el espacio que caracteriza a las relaciones jurídicas privadas internacionales quede reducida a su mínima expresión. Así, los pronunciamientos judiciales (definitivos o provisionales) que son emitidos en un determinado Estado sobre la determinación de los derechos de familia, deben ser respetados en terceros Estados, haciendo que sean efectivos.<sup>998</sup> De ser posible, en tanto no se contraponen, sería ciertamente beneficioso que dicha efectividad sea reconocida a través de procesos rápidos, como ya hemos reclamado en líneas anteriores. Notas de rapidez y positividad en el reconocimiento de estos derechos decretados desde que “el respeto a los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes por parte del resto constituye un presupuesto de la restitución”.<sup>999</sup> Derivado de este segundo objetivo se pretende eliminar el mal uso o el uso fraudulento derivado de la atribución de los derechos de guarda/custodia y visita/contacto/convivencia.<sup>1000</sup>

En definitiva, “se limita a regular la acción directa de restitución como instrumento para garantizar la tutela del interés del menor y el ejercicio efectivo del derecho de custodia”.<sup>1001</sup>

De los dos objetivos convencionales manifiestamente expuestos derivan otros que mencionamos brevemente:

<sup>996</sup> Cfr., Vargas Gómez-Urrutia, M., “El interés del menor como principio inspirados en el derecho convencional de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 10, núm. 28, 1999, p. 114.

<sup>997</sup> Benavides Santos, D. y Ramírez Solano, A., “La ilicitud en el traslado del menor de edad”, *cit.*, p. 92. Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, *cit.*, p. 40. Como bien escribe la autora: “no es posible establecer una jerarquía entre dos objetivos que, como acabamos de ver, son complementarios, ya que facilitar el retorno de un menor desplazado viene a ser lo mismo que tomar las medidas adecuadas para evitar el incumplimiento de los derechos de guarda que lleva a su desplazamiento”.

<sup>998</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, *cit.*, p. 41.

<sup>999</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>1000</sup> González Beilfuss, C., “Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita”, *cit.*, p. 93.

<sup>1001</sup> Véase Capuñay, L. M., “Los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *cit.*, p. 3.

1. El mantenimiento del *status quo* anterior, esto es, una vuelta al estado inmediatamente previo de las cosas, el cual implica, entre otras aristas, la declaración competencial.

Es necesario mantener el debido respeto a la competencia que determinó los derechos de familia antes de producirse la sustracción. Es así que partimos de la regla de la “inalterabilidad de las normas de competencia judicial por el hecho de la sustracción internacional: los criterios de competencia que eran operativos antes del traslado ilícito deben seguir siéndolo a pesar de que éste se haya producido”.<sup>1002</sup> Se garantiza que el foro de la residencia habitual del menor se establezca como el juez “natural” para examinar las cuestiones relativas a los derechos de familia. Es así que este Convenio pretende impedir que el sustractor

obtenga beneficios derivados de la sustracción a través de dos vías diferentes, ya sea alterando el juego normal de la “residencia habitual” cuando se produce una situación de sustracción o evitando que los tribunales del Estado de la sustracción “legalicen” la situación a través de una decisión sobre el fondo.<sup>1003</sup>

Otra arista del *status quo* anterior radica en el respeto a los derechos de guarda/custodia, visita/convivencia prestablecidos, bien en una orden judicial emitida por el tribunal de la última residencia habitual del menor, o bien en un acuerdo. Se trata de evitar que uno de los progenitores, llevado por una tentación meramente emocional, traslade al menor a un Estado distinto de aquel en el que tiene la residencia habitual, buscando una jurisdicción más favorable a sus intereses. Lo anterior auspiciado por el indeseado “nacionalismo judicial” que pueda estar presente en el Estado de traslado. Se trata de no alterar el tribunal competente para conocer del fondo de los derechos de familia, acudiendo a los tribunales de su nacionalidad al presuponerse de ellos “una actitud «nacionalista»”.<sup>1004</sup> En esta misma línea el Informe Explicativo llama la atención sobre la creación de “vínculos artificiales de competencia judicial internacional” cuyo propósito es obtener ventaja a la hora de determinar la custodia del menor, legalizando la situación de he-

<sup>1002</sup> Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, cit., pp. 12-18.

<sup>1003</sup> *Idem*.

<sup>1004</sup> *Idem*. En parecidos términos se expresan Benavides Santos, D. y Ramírez Solano, A., “La ilicitud en el traslado del menor de edad”, cit., p. 93. Ambos autores señalan que “se trata así de privar de efectos prácticos y jurídicos a la acción del sustractor, tratando de disuadirle, ya que lo que pretende es que su acción sea legalizada por las autoridades del Estado refugio”.

cho que se crea, al obtener un título jurídico suficiente para “legalizar” una situación de hecho no deseada.<sup>1005</sup>

La tercera arista del *status quo* anterior la ciframos en el mantenimiento de una igualdad procesal entre las partes implicadas en un supuesto de sustracción. Una igualdad que entendemos se consigue al impedir que el progenitor cuyo derecho tuitivo ha sido vulnerado quede en situación de desventaja. Así, se afirma que un objetivo del Convenio es el restablecimiento del *statu quo* del menor alterado a partir de la sustracción o retención ilícitas, mediante la restitución inmediata puesto que “se trata así de privar de efectos prácticos y jurídicos a la acción del sustractor, tratando de disuadirle, ya que lo que pretende es que su acción sea legalizada por las autoridades del Estado de refugio”.<sup>1006</sup>

## 2. Desincentivar las sustracciones como segundo objetivo subyacente.

Lo anterior se consigue, por ejemplo, al garantizar procesos rápidos (tanto restitutorios, cualquiera que sea su suerte final, tanto para la adopción de medidas cautelares como para el reconocimiento de los derechos tuitivos emitidos en un tercer Estado y la realización de pruebas); al garantizar, primero, un proceso donde el menor sea considerado parte del mismo, por ejemplo, al ser escuchado<sup>1007</sup> y, segundo, un proceso donde la autoridad cen-

<sup>1005</sup> [www.hcc.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf](http://www.hcc.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf), pfos. 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 de 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>1006</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980...*, *cit.*, p. 40. Como bien destaca la autora: “no es posible establecer una jerarquía entre dos objetivos que, como acabamos de ver, son complementarios, ya que facilitar el retorno de un menor desplazado viene a ser lo mismo que tomar las medidas adecuadas para evitar el incumplimiento de los derechos de guarda que lleva a su desplazamiento”.

<sup>1007</sup> Cervera señala que “en ese proceso, el menor no es considerado parte; prácticamente carece de representación legal, ya que al sostener los padres intereses opuestos, derivados del conflicto que enfrentan, no existe persona alguna que hable en interés del menor y todo ello lo coloca en una situación de aparente invisibilidad durante el proceso, llegando a recibir un trato similar a un objeto, lo que desde cualquier punto de vista es reprobable, en razón de que se deja de respetar su dignidad humana y sus derechos fundamentales son prácticamente eliminados, para el efecto del trámite de la solicitud de restitución”, Cervera Rivero, Ó., “Los menores como titulares de la acción”, *cit.*, pp. 48, 62, 64, 71 y 75. Entendemos que la Ley

tral esté dotada de medios suficientes (personales y materiales) y tenga una posición de garante privilegiada.<sup>1008</sup>

Situación que vuelve a despertar nuestra curiosidad principal: ¿establecer la figura del derecho civil de la sustracción en los distintos códigos penales desincentiva la comisión (o tentativa de comisión) de estas conductas por uno de los progenitores?, ¿hace más visible esta problemática social y por ende reduce el número de casos?, ¿el padre que va a cometer el acto de sustraer al menor deja de hacerlo por el hecho de que esté tipificado en el Código Penal?, ¿estamos mandando un mensaje correcto a la sociedad con la incorporación de estas conductas de derecho civil en los códigos penales? O, por el contrario, ¿se considera un obstáculo para la restitución del menor por parte de las autoridades del Estado de refugio? ¿se considera un problema a la hora de determinar los derechos de familia por las autoridades competentes? ¿interrumpe el normal desenvolvimiento de los derechos tuitivos una vez decretados, si el progenitor está en la cárcel?

Entendemos que realmente se desincentiva y previene la comisión de esta conducta con la adopción de simples medidas que requieren organización y comunicación debida entre autoridades, por ejemplo, entre las autoridades judiciales, las migratorias y diplomáticas o consulares, a la hora de verificar el documento de viaje de un menor (pasaporte, salvoconducto,<sup>1009</sup> etcétera), en el resguardo de los documentos que permitan la salida del menor, principalmente en un proceso del que pueda derivarse esta figura, en el otorgamiento de visas humanitarias que posibiliten al padre asistir a buscar al menor, o en la rápida transmisión de una orden judicial que impida al padre salir del país a las autoridades migratorias que pongan en conocimiento de sus agentes dicha orden, comunicación de cierre de fronteras, etcétera.

Se desincentiva y previene esta conducta con campañas de información en los medios de comunicación que hagan ver, de modo simple pero con-

Modelo sobre Normas Procesales viene a corregir esta deficiencia en su artículo 6o. (asistencia o representación del niño). De conformidad con las leyes de protección vigentes, se podrá designar un abogado defensor al niño, que lo asista y represente según la evolución de sus facultades, apreciado a criterio del tribunal que entiende en la causa". Derivado de lo anterior, Pérez Manrique afirma que "el menor es un verdadero sujeto procesal... su participación debe ser amplia y tener intervención en los actos procesales", Pérez Manrique, R. C., "Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños", *cit.*, p. 203.

<sup>1008</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, *cit.*, p. 78.

<sup>1009</sup> Como señala la *Guía de buenas prácticas*, cuarta parte, "Ejecución", página 24, párrafo 4.6: "Las autoridades de los Estados interesados deberán tener la posibilidad de emitir un salvoconducto provisional (*laissez-passer*), que se utilizará por única vez y permitirá que el niño salga del país y sea restituido al Estado de residencia habitual".

tudente, las implicaciones de la sustracción en el conjunto de la familia, a nivel jurídico, social y personal.

Se desincentiva la comisión de esta figura con una resolución adecuada emitidas en las *relocation disputes*, ya que esto puede evitar un traslado ilícito (*ex ante*) por parte del progenitor que considere que sus intereses no han sido adecuadamente satisfechos,<sup>1010</sup> o bien, *ex post*, esto es, “durante el procedimiento posterior a la sustracción como tras el retorno del niño”.<sup>1011</sup> Por lo que hace a la *Guía de buenas prácticas* —tercera parte, “Medidas de prevención”, páginas 18 y 19, párrafo 2.2— se afirma que:

Un enfoque restrictivo a los asuntos de establecimiento en otro país puede tener un efecto negativo en el funcionamiento del Convenio de 1980 y puede fomentar la sustracción. Cuando un progenitor con el derecho de custodia se establece en otro Estado con el menor, el otro progenitor puede desear que se tomen medidas para proteger sus derechos de visita. De igual modo, si un progenitor con derechos de visita se establece al extranjero, el progenitor con derecho de custodia puede desear tomar medidas para protegerse de una eventual retención ilícita del menor por el progenitor con derechos de visita cuando el menor debe realizar su visita en el extranjero. Los Estados enfocan de maneras diferentes la cuestión de los establecimientos en otro país. En algunos Estados normalmente se exige el consentimiento de todas las personas con derechos de custodia antes de aprobar una orden para permitir el establecimiento de un menor en otro país. Puede exigirse, además, el consentimiento del progenitor con derechos de visita. En algunos Estados corresponde a los tribunales decidir sobre las cuestiones de establecimiento en el extranjero, mientras que en otros, esta decisión corresponde a los progenitores y no a los tribunales. También puede ser un requisito conforme al derecho interno, que el progenitor con el derecho de custodia dé aviso de cualquier intención de cambio del lugar de residencia. Al decidir sobre cuestiones de establecimiento en otro país, los tribunales pueden incluir condiciones a las órdenes incluyendo la necesidad de garantizar que las órdenes relativas a los derechos de visita de otro progenitor puedan reconocerse en ese segundo Estado. Los tribunales también pueden exigir un determinado periodo de aviso para la propuesta de establecimiento en otro país para dar al progenitor que se queda la oportunidad de combatir la solicitud si lo desea. Varias respuestas al cuestionario indicaron que cuando algún progenitor no está satisfecho con la decisión sobre el establecimiento en otro país puede haber un elevado riesgo de sustracción. El progenitor al que no se le permite el derecho a trasladarse puede, en consecuencia, intentar la sustracción; y el progenitor que permanece en el

<sup>1010</sup> González Beilfuss, C., “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, *cit.*, p. 54.

<sup>1011</sup> *Ibidem*, p. 57.

Estado y no está conforme con las disposiciones para proteger sus derechos de visita, puede intentar retener al menor en una visita posterior.

## 2. *Ámbitos de aplicación*

Una vez más recordamos que los convenios presentan tres ámbitos de aplicación: material-personal, temporal y espacial. El análisis de estos tres ámbitos y su perfecto acoplamiento al supuesto de hecho concreto determina su aplicación. A *contrario sensu*, si los ámbitos de aplicación no encajan perfectamente respecto al caso concreto, éste vendrá solucionado por la normativa de origen autónomo, interno. Lo anterior deriva necesariamente de la relación de “jerarquía aplicativa” existente entre ambos instrumentos normativos y el consecuente desplazamiento y destierro de una relación basada en la “derogación-validez”.

### A. *Ámbito de aplicación material*

A) Este instrumento convencional se aplica, con carácter exclusivo, a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Es por ello que afirmamos, a *contrario sensu*, que este instrumento no cubre la arista penal que pueda estar presente en la figura de la sustracción. Del propio título del Convenio se extrae la idea de que se cubre únicamente los aspectos civiles, entendiendo por ellos alcanzar la restitución inmediata del menor trasladado (lícita o ilícitamente) y/o retenido de manera ilícita, al tiempo que busca velar por que los derechos de familia vigentes en uno de los Estados contratantes sean respetados en el resto de Estados (artículo 1o.). Un límite y un objetivo que coincide, en todos sus términos, con el establecido en el artículo 1o. de la Convención Interamericana.<sup>1012</sup>

Lo anterior nos lleva a afirmar que el propósito de ambos instrumentos no es el de establecer un tabulador de penas que pretenda sancionar al progenitor sustractor. Ahora bien, la exclusión convencional de los aspectos penales no impide una relatividad de soluciones a la hora de que se permite implícitamente que cada Estado pueda configurar en sus códigos penales

<sup>1012</sup> Artículo 1o.: “La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares”.



esta conducta.<sup>1013</sup> En este rubro incluimos a la Convención Interamericana a pesar de que tiene un artículo que hace referencia breve a la arista penal. Nos estamos refiriendo al artículo 26 el cual 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”.

Una vez más recordamos que en el Convenio de La Haya

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 corresponderían al término castellano de “secuestro”, término que en su acepción normal tiene connotaciones indiscutiblemente penales, las cuales podrían dar lugar a equívocos, teniendo en cuenta que el Convenio se refiere a situaciones que se producen en el ámbito familiar.<sup>1014</sup>

Es así que a la hora de aplicar estos instrumentos convencionales debe dejarse de lado la utilización del término “secuestro” desde que éste no refleja con fidelidad el contenido de este Convenio al conllevar una innegable carga penal de la cual prescinde en todo punto este instrumento normativo.

B) Como segunda idea dentro de este ámbito de aplicación señalamos que para que pueda ponerse en marcha este instrumento debe alegarse (condición *sine qua non*) que el menor ha sido trasladado y/o retenido de manera ilícita.<sup>1015</sup> El traslado de la residencia habitual no debe sorprendernos en el contexto de la sociedad contemporánea desde que éstos pueden obedecer a causas ciertamente variadas y que son alentadas por los modernos medios de transporte, y que sin duda ayudan a consolidar el derecho a la libertad de movimiento que todos poseemos. Ahora bien, lo que debe constituir una anomalía en este contexto es que el traslado se haga de manera ilícita, esto es, sin el consentimiento de quien ejerce alguna tipología de derechos tuitivos sobre un menor. Para conceptualizar de “ilícito” tanto el traslado como la retención debemos acudir al artículo 3o. de este Convenio,<sup>1016</sup> el cual

<sup>1013</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., pp. 115-118.

<sup>1014</sup> González Pedrouzo, C., “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, cit., p. 13.

<sup>1015</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., p. 43.

<sup>1016</sup> Artículo 3o.: “El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjunta-

utiliza una técnica de reglamentación directa, reduciendo así la relatividad de soluciones a la hora de diseñarlo. Cuando se menciona este artículo es necesario recurrir al Informe Explicativo, el cual dispone que

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; *segundo*, el ejercicio efectivo de dicha custodia, antes del traslado.<sup>1017</sup>

Como señala Montón García respecto a la resolución judicial decretando los derechos de guarda/custodia-visita/convivencia se acudirá a las previsiones del Convenio de La Haya “si se utiliza simplemente como elemento fáctico-jurídico para determinar la ilicitud del desplazamiento y, sobre su base, solicitar su retorno inmediato”.<sup>1018</sup>

En parecidos términos encontramos el artículo 4o. de la Convención Interamericana.<sup>1019</sup> De conformidad con ambos instrumentos convencionales el traslado o retención debe ser ilícito al vulnerar el derecho de familia atribuido, “*título legal de custodia*”,<sup>1020</sup> por el derecho del Estado en el que el menor residía habitualmente antes de su traslado o retención, incluyendo esta “ley” el conjunto de normas referidas al DIPr.

Por lo que se refiere a la Ley Modelo sobre Normas Procesales se afirma, en su artículo 1o. —objeto— que “el niño, en consecuencia, debe haber sido desplazado ilícitamente de su centro habitual de vida, encontrándose en otro Estado”.

mente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y *b*) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en *a*) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado”.

<sup>1017</sup> [www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), pfo. 64.

<sup>1018</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., p. 53.

<sup>1019</sup> Artículo 4o.: “Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor”.

<sup>1020</sup> Véase Calvo Caravaca *et al.*, *Derecho internacional privado*, cit., p. 169.

En este punto es necesario recordar la figura de las *relocation disputes* por la estrecha relación que guarda con los traslados de los menores, desde que una correcta o incorrecta determinación de la reubicación del menor puede hacer que el traslado tome un carácter lícito o ilícito. González Beilfuss menciona que

se plantean típicamente cuando es el progenitor que tiene a su cargo a los niños quien desea trasladarse al extranjero, pues al afectar dicho traslado a los menores que lo acompañarían, no es infrecuente que el ordenamiento jurídico subordine dicho cambio de domicilio, a la previa obtención de la autorización o consentimiento del otro progenitor. De prescindirse de dicho consentimiento, el traslado se considera ilícito desencadenando la aplicación de los instrumentos relativos a los aspectos civiles de la sustracción de menores y la sanción penal.<sup>1021</sup>

C) Otra nota consiste en saber si este Convenio se aplica únicamente para las sustracciones simples o también cubre las denominadas “sustracciones internacionales dobles”. Afirmamos que el Convenio da cobertura tanto a la primera como a la segunda sustracción que pueda cometerse en la persona de un NNA. La condición *sine qua non* para que se aplique a una o a ambas es que cumplan con los requisitos de aplicabilidad del Convenio. Afirmación que aplicamos *mutatis mutandi* al Convenio Interamericano.

D) Por último, queremos mencionar que el Convenio regula el aspecto de la cooperación “mixta”<sup>1022</sup> entre autoridades (judiciales o administrativas) con el fin de lograr la localización y restitución de los menores.<sup>1023</sup> Lo anterior se desprende del artículo 29 de esta Convención: “el presente Convenio no excluirá... reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante”.

<sup>1021</sup> González Beilfuss, C., “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*”, *cit.*, pp. 52 y 53.

<sup>1022</sup> Véase Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, p. 159. Esta autora afirma que “se sostuvo la necesidad de mantener una cooperación mixta, no sólo basada en las autoridades centrales sino también en las autoridades judiciales y administrativa. Ello ha quedado confirmado en el texto de la Convención cuando dispone que el progenitor que solicita la restitución de su hijo pueda hacerlo ante la autoridad judicial o administrativa del Estado de refugio, en donde se encontraría el niño retenido o trasladado ilícitamente”.

<sup>1023</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, *cit.*, p. 41. Como señala Capuñay: “el Convenio al prescribir sobre el traslado o retención ilícita y sobre el derecho de visita, requiere para su operatividad de la cooperación interestatal entre jueces y entre las autoridades centrales a fin de lograr el entendimiento adecuado y la confianza necesaria”, Capuñay, L. M., “Los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *cit.*, p. 3.

Si bien, como afirma el Informe Explicativo, “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>1024</sup>

Lo anterior da como resultado inevitable una fragmentación de cuerpos normativos a la hora de resolver de forma general un supuesto de sustracción desde que presenta

una naturaleza *sui generis* que escapa a calificaciones rígidas. No se trata de un convenio sobre “derecho aplicable” a la relación jurídica que le sirve de objeto (aunque tal dimensión pueda ser tenida en cuenta para apreciar la existencia de un desplazamiento o retención ilícitos), ni tampoco de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Posee un carácter autónomo tendente a resolver eficazmente el problema del traslado ilícito de menores, sobre la base del exclusivo interés del menor y de la cooperación entre autoridades.<sup>1025</sup>

### B. *Ámbito de aplicación personal*

A) Cubre a todo aquel “menor” que ha sido sustraído o retenido ilícitamente, considerando menor a toda persona que no alcanza la edad de 16 años (artículo 4o.). El Informe Explicativo nos da un razonamiento del porqué de dicha edad de corte: “el motivo resulta de los propios objetivos convencionales; en efecto, una persona de más de 16 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>1026</sup>

Esta misma edad se recoge en el instrumento interamericano, el cual establece en el artículo 2o. que “para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido 16 años de edad” y se mantiene invariable en la Ley Modelo sobre Normas Procesales (artículo 1o. —objeto— “se considera niño a efectos de este proceso, toda persona que no haya cumplido los 16 años de edad. Tal expresión comprende ambos géneros”).

B) Derivado de este criterio nos preguntamos qué ocurre si el menor cumple los 16 años en pleno proceso recuperatorio. El anterior interrogante

<sup>1024</sup> [www.hcc.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf](http://www.hcc.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf), pfo. 39.

<sup>1025</sup> González Campos, J. D. et al., *Derecho internacional privado, parte especial, cit.*, p. 135.

<sup>1026</sup> [www.hcc.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf](http://www.hcc.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf), pfo. 77. De exacta opinión encontramos a Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980, cit.*, p. 43.

surge de la redacción del artículo 4o. *in fine* del Convenio de La Haya, el cual dispone que “el Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años”. En este sentido se afirma que

en cuanto a que el menor pudiera cumplir los 16 años una vez iniciado un procedimiento recuperatorio, no hay una solución general al respecto en los convenios, pudiendo optarse o por su suspensión al faltar uno de sus presupuestos esenciales como parece hacerse en algunos Estados; o continuar con su tramitación pero contando entonces necesariamente con la opinión del menor.<sup>1027</sup>

Una solución pasaría por considerar 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 ésta fuera dictada.<sup>1028</sup>

En esta misma línea de pensamiento encontramos la afirmación de que “aunque el niño tenga menos de 16 años al momento del rapto o de una detención ilegales, la Convención deja de tener efecto cuando llega a los 16 años”.<sup>1029</sup>

Nuestra postura, sin ser tan tajante en la edad de corte, se inclina por ponderar una vez más el “interés superior” y su inherente “derecho a ser escuchado”; por ello creemos que debe tenerse en cuenta criterios sociales/personales, alejándonos de criterios y apegos estrictamente jurídicos. Quizá la solución jurídica pase por preguntarnos si estamos ante una situación privada internacional que se desarrolla instantáneamente (es decir, ante una situación que se verifica en un momento concreto y en ese mismo momento agota sus efectos jurídicos) o, si por el contrario, estamos ante una situación privada duradera. Afirmamos que se trata de una situación duradera la cual se extiende necesariamente en el tiempo. Ahora bien, estimamos que no quedarían en automático excluidas las sustracciones en las que el menor supera la edad de 16 años de edad en pleno proceso restitutorio a pesar de estar uno de sus puntos de referencia fuera del ámbito de cobertura personal. En

<sup>1027</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., p. 64.

<sup>1028</sup> González Pedrouzo, C., “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, cit., p. 15.

<sup>1029</sup> Tardif, E., “La Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: mitos y realidades”, cit., p. 29.

este supuesto y, debido a la madurez del menor, debe tener peso específico las declaraciones y opiniones vertidas por el menor.

C) En otro orden de ideas afirmamos que si bien el menor se encuentra en un extremo de esta operación, el otro extremo necesario es la presencia del “sustractor”. Un “sustractor” que a efectos de estas líneas está restringido a la figura de los padres, pero que acalaramos puede ser más extenso. 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 observación se refiere a la posibilidad de que una “institución o cualquier otro organismo” actúe como “secuestrador”.<sup>1030</sup>

### C. *Ámbito de aplicación espacial*

El Convenio exige que el menor tenga su residencia habitual, inmediatamente antes del traslado y/o retención ilícita, en alguno de los Estados parte del Convenio.<sup>1031</sup> El artículo 4 de este instrumento señala que “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”. A pesar de la simplicidad de la redacción de este artículo, no cabe desconocer que “en la sustracción internacional hay por lo menos dos países: el país de origen del menor, que es el de su residencia habitual, y el país al cual es llevado ese menor, conocido como país de destino”.<sup>1032</sup>

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

<sup>1030</sup> [www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), pfos. 81 y 82.

<sup>1031</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., p. 43; González Campos, J. D. et al., *Derecho internacional privado, parte especial*, cit., p. 135.

<sup>1032</sup> Pereznieta Castro, L. y Silva Silva, J. A., *Derecho internacional privado, parte especial*, cit., p. 189.

Estado parte pero procede de un Estado no parte.<sup>1033</sup> Segundo, este requisito determina al mismo tiempo la internacionalidad de la sustracción. Así, 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. Tercero que, como bien afirma González Pedrouzo, el ámbito de aplicación espacial por la conjunción de ambos artículos sería que el Convenio fuera “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”.<sup>1034</sup> Los Estados de tránsito no influyen en la suerte aplicativa de este instrumento convencional. Ahora bien,

el problema se mantiene, sin embargo, cuando el desplazamiento sea entre Estado que no sean parte de ninguno de aquellos convenios. Y es que en estos supuestos sí que se ha acudido a las vías penales, pues aunque no parece que sea el camino más adecuado, puede ser el único que quede abierto para dar solución al conflicto... Fuera de la solución penal, *generalmente rechazada*, comienza a propiciarse la vía de la cooperación jurídica internacional, mediante el uso de las “comisiones rogatorias” dirigidas por la autoridad judicial del Estado requirente a la del Estado en que el menor se encontrara secuestrado, con la finalidad de lograr su devolución por esta vía.<sup>1035</sup>

En este rubro hay que destacar que la doctrina es unánime a la hora de determinar que estamos ante un convenio de carácter *inter partes*.<sup>1036</sup> El Informe Explicativo señala al respecto que

<sup>1033</sup> González Pedrouzo, C., “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *cit.*, pp. 13 y 14.

<sup>1034</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*, *cit.*, p. 41; 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*, *cit.*, p. 179.

<sup>1035</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, *cit.*, pp. 46 y 47.

<sup>1036</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. *et. al.*, *Derecho internacional privado*, *cit.*, 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 interna-*

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 sistemas 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>1037</sup>

Esta nota la comparte el instrumento interamericano en su artículo 1o.

Por otro lado, el criterio de conexión a tener en cuenta para la internacionalidad de la relación es el cambio de la residencia habitual del menor, dejando explícitamente de lado la nacionalidad. Así, el Informe Explicativo afirma que

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>1038</sup>

*cionales, cit.*, p. 167; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho de familia internacional, cit.*, p. 289; 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, cit.*, p. 41; 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, cit.*, p. 179.

<sup>1037</sup> [www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), pfo. 37.

<sup>1038</sup> [www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), pfo. 56.



Como venimos afirmando en esta y otras situaciones, “la nacionalidad es un criterio rancio y en clara obsolescencia para convertir una situación jurídica en una categoría objeto de estudio del DIPr”.<sup>1039</sup>

Por último, señalamos que se trata de un *convenio semi-abierto*,<sup>1040</sup> desde que cualquier Estado puede suscribirlo, sin necesidad de formar parte de la Conferencia de La Haya; ahora bien, su adhesión surtirá efecto únicamente entre el Estado adherido y los que hayan aceptado su adhesión. Una disposición que aclara este ámbito de aplicación es el artículo 38, el cual señala que: “la adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión”.

#### D. *Ámbito de aplicación temporal*<sup>1041</sup>

El Convenio tiene una aplicación irretroactiva de conformidad con el artículo 35: “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”. El Informe Explicativo afirma que:

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

<sup>1039</sup> Rodríguez Jiménez, S., *La protección del menor en el derecho internacional privado mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 158.

<sup>1040</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, *cit.*, pp. 48 y 49; Véase Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, pp. 158 y 159.

<sup>1041</sup> El Convenio se firma en La Haya el 25 de octubre de 1980, con entrada en vigor internacional de 1o. de diciembre de 1983, México lo aprueba senatorialmente el 13 de diciembre de 1990, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación el 14 de enero de 1991, la vinculación de México se produce por adhesión el 20 de junio de 1991, entra en vigor para México el 1o. de septiembre de 1991 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 6 de marzo de 1992.

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>1042</sup>

Con el apartado de las disposiciones finales se completa este ámbito de aplicación al disponer, artículo 43, que:

El Convenio entrará en vigor el día uno del tercer mes siguiente al depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a que se hace referencia en los artículos 37 y 38. Después, el Convenio entrará en vigor: 1. Para cada Estado que lo ratifique, acepte, apruebe o se adhiera con posterioridad, el día uno del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión; 2. Para los territorios o unidades territoriales a los que se haya extendido el Convenio de conformidad con el artículo 39 ó 40, el día uno del tercer mes siguiente a la notificación a que se hace referencia en esos artículos...

En el artículo 44, el cual marcando una gran diferencia respecto al Convenio Interamericano, dispone que:

El Convenio tendrá una duración de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 43, incluso para los Estados que con posterioridad lo hubieran ratificado, aceptado, aprobado o adherido. Salvo denuncia, el Convenio se renovará tácitamente cada cinco años. Toda denuncia será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, por lo menos seis meses antes de la expiración del plazo de cinco años. La denuncia podrá limitarse a determinados territorios o unidades territoriales a los que se aplica el Convenio. La denuncia tendrá efecto sólo respecto al Estado que la hubiera notificado. El Convenio continuará en vigor para los demás Estados contratantes. 3. Se utiliza el término “retirada” como sinónimo de “retiro”.

Como colofón a este apartado queremos mencionar una tesis aislada la cual nos asegura la validez del acto de firma y ratificación de esta Convención:

<sup>1042</sup> [www.hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://www.hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf). pfo. 144.

CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. CUMPLE CON LOS REQUISITOS LEGALES Y CONSTITUCIONALES PARA SU VALIDEZ. 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 del 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 del 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.<sup>1043</sup>

### 3. *El carácter autónomo del Convenio*

Otra característica relevante es que se trata de un Convenio de *carácter autónomo*<sup>1044</sup> respecto a los convenios cuya temática versa sobre la protección de menores o los derechos tuitivos.

<sup>1043</sup> Amparo en revisión 1134/2000.

<sup>1044</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., p. 48.

El Convenio de La Haya no entra a determinar lo acertado o lo erróneo en la atribución y señalamiento de los derechos de guarda/custodia y/o visita/contacto/convivencia. Sus funciones y atribuciones se limitan a ordenar o no la localización y restitución de un menor dependiendo del “interés superior del menor” al Estado de su última residencia habitual. La cuestión sobre la que debe pronunciarse el tribunal a la luz de este instrumento es si el traslado y/o retención del menor a un Estado diferente al de su última residencia habitual es lícito o ilícito, de conformidad con lo determinado en su contenido.

Este principio lo encontramos en el artículo 16 del Convenio de La Haya,<sup>1045</sup> en clave de complemento con el artículo 19.<sup>1046</sup> Afirmaciones que se repiten en el artículo 15 del Convenio Interamericano.<sup>1047</sup>

<sup>1045</sup> “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 hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio”. Siguiendo a Sifuentes, este artículo junto con el 13 “forma el par de artículos que han sido objeto de las mayores discusiones en los foros internacionales”, Sifuentes, M., “Cuestión de fondo acerca de los derechos de custodia. Artículo 16 del Convenio de La Haya”, *cit.*, p. 37. Se afirma que “el mantenimiento del derecho de custodia existente en el Estado de origen, sin cuestionar su contenido, se realiza a través de una doble prohibición: que los tribunales de la sustracción vinculen la decisión de la restitución a cuestiones sobre el fondo (artículo 17) y que entren a conocer sobre esas mismas cuestiones mientras se encuentre pendiente el procedimiento de restitución (artículo 16 CH 1980)”. Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, *cit.*, p. 13.

<sup>1046</sup> “Una decisión adoptada en virtud de la presente Convención sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia”.

<sup>1047</sup> “La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda”. Benavides y Ramírez señalan que entre los objetivos del Convenio de La Haya no se encuentra resolver el problema de la atribución del derecho de custodia. En este punto, el principio no explícito sobre el que descansa el Convenio es que el debate respecto al fondo del asunto, es decir, el derecho de custodia impugnado, si se produce, deberá iniciarse ante la autoridad correspondiente del Estado en que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado, tanto si éste ha tenido lugar antes de que se dictara una resolución respecto a la guarda, situación en la que el derecho de custodia violado se ejercía *ex lege* como si el desplazamiento se ha producido incumpliendo la resolución preexistente”, Benavides Santos, D. y Ramírez Solano, A., “La ilicitud en el traslado del menor de edad”, *cit.*, p. 93. De parecido tenor Lucero, M. D. y Echegaray de MauSSION, C.E., “El derecho de custodia (artículo 5o. CH de 1980)”, *cit.*, p. 109; Canales Pérez, A., “Derecho de contacto transfronterizo”, *cit.*, pp. 118 y 119; Tagle de Ferreyra, G., “Excepciones en el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana de Montevideo”, en Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *La restitución internacional de la niñez*, *cit.*, p. 219; Márquez Matamoros, A., “Los jueces, el derecho convencional multilateral y el Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *cit.*, p. 274.

Este criterio se reitera en la *Guía de buenas prácticas* —primera parte, práctica de las autoridades centrales, página 49, párrafo 4.8—.

Lo anterior no es más que una reafirmación de la máxima *solve et repete* (primero se retorna al menor y luego se discute quién ostenta legítimamente los derechos de familia y dónde y cómo pueden ejercerse tales derechos);<sup>1048</sup> una máxima que ha sido calificada por Calvo Caravaca y Carrascosa González como una regla de competencia judicial internacional negativa, esto es, “impide conocer”.<sup>1049</sup> Esta regla negativa competencial es una de las características más destacadas de ambos instrumentos convencionales y es la responsable de que se califique a este instrumento como un Convenio de “carácter fáctico”.<sup>1050</sup>

<sup>1048</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. En el Informe Explicativo de 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”, [www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), pfo. 9.

<sup>1049</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*, cit., p. 166; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho de familia internacional*, cit., 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*, cit., p. 40. 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*, cit., p. 177.

<sup>1050</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., pp. 86-89; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Secuestro internacional de menores”, en Calvo Caravaca, A. L. et al., *Derecho Internacional Privado*, cit., 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 Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, cit., p. 165; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho de familia internacional*, cit., 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*, cit., p. 40; 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*, cit., p. 177.

Con estas disposiciones se pone un freno y un límite infranqueable a la decisión del juez, el cual, bajo ninguna circunstancia o pretexto, deberá entrar a resolver sobre el fondo, entendiendo por “fondo” el hecho de determinar a quién corresponde el ejercicio de los derechos tuitivos.<sup>1051</sup> Así, no puede entrar a conocer ni a prejuzgar<sup>1052</sup> sobre la atribución de estos derechos; “tampoco llegar a soluciones ‘salomónicas’, como conceder la restitución solicitada al reclamante y al mismo tiempo el derecho de custodia al progenitor frente al que se reclamó y al que se hubiera obligado a restituir al menor”.<sup>1053</sup>

Ahora bien, una cosa es el carácter limitado que tiene el proceso restitutorio diseñado en este Convenio, al no poder entrar a conocer de la asignación de estos derechos, y otra muy distinta es el necesario respeto del que se debe partir respecto al reconocimiento en la atribución de estos derechos al ser éstos decretados por otro tribunal.<sup>1054</sup>

Por ello es necesario separar entre el proceso restitutorio y el proceso de asignación de los derechos de familia. Separación que no debe implicar falta de respeto y acatamiento de la decisión previa de atribución de dichos derechos.

En consecuencia, entendemos que hay que examinar “la naturaleza de la acción que se quiere ejercitar, de manera que si pretende solventarse un despostramiento fáctico con la restitución del menor, sin entrar al fondo del

<sup>1051</sup> Calvo Caravaca, A. L. *et al.*, *Derecho de familia internacional*, *cit.*, p. 363. En este mismo sentido se pronuncia Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, *cit.*, p. 48 al señalar que “es preciso mencionar que no se trata de un convenio relativo a la ley aplicable a la custodia, ni un convenio de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. Es un Convenio de carácter fáctico, que no entra en el fondo de la cuestión, no resuelve sobre la titularidad de los derechos de guarda y visita, la atribución o privación de la patria potestad, etcétera”.

<sup>1052</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 en el derecho internacional privado*, Argentina, UNL, 2000, p. 35 y 37.

<sup>1053</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, *cit.*, pp. 114-120.

<sup>1054</sup> Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, *cit.*, p. 23; Dreyzin de Klor, A., “La influencia de la universalización de los derechos humanos en la sustracción internacional de niños”, *cit.*, p. 29. Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, *cit.*, pp. 114-120.

derecho de custodia, parece (tampoco se manifiesta de manera rotunda) que debería utilizarse preminentemente el Convenio de La Haya”.<sup>1055</sup>

La separación es más fácil cuando el proceso de localización y restitución del menor (de carácter sumario)<sup>1056</sup> se realiza con posterioridad al de la asignación de los derechos tuitivos, siendo foros diferentes, resultando más complicado cuando ambos procesos se desarrollan de forma simultánea.<sup>1057</sup> Lo anterior permite dibujar dos esferas competenciales. Esta diferenciación de planos supone

una confianza en el sistema (de derecho procesal y material) del Estado de la residencia habitual para otorgar una adecuada protección a los menores. Estamos, por tanto, ante la pauta general de los “casos fáciles”. El problema se encuentra en los denominados “casos difíciles”, en los que, a partir del supuesto concreto, debe valorarse el rechazo al retorno del menor entrando en cuestiones que, en muchos casos, están próximas al derecho de custodia.<sup>1058</sup>

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... 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>1059</sup>

La mezcolanza de ambas funciones y planos judiciales ha sido calificada de “fraude” por Sifuentes.<sup>1060</sup>

<sup>1055</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., p. 52.

<sup>1056</sup> Tellechea afirma que la acción de restitución constituye un procedimiento sumario. Tellechea Bergman, E., *Derecho internacional privado y derecho procesal internacional*, Montevideo, Ediciones Jurídicas, 1982, p. 205.

<sup>1057</sup> Como se aclara “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 sobre restitución internacional de menores y obligaciones alimentarias de Montevideo de 1989”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, año XXXI, núms. 1-2, 1990, p. 122.

<sup>1058</sup> Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, cit., p. 23.

<sup>1059</sup> [www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), pfs. 34 y 66.

<sup>1060</sup> Sifuentes, M., “Cuestión de fondo acerca de los derechos de custodia. Artículo 16 del Convenio de La Haya”, cit., p. 46. La autora afirma que “la disposición contenida en el artículo 16 busca prevenir una decisión de mérito del derecho de custodia en el Estado de refugio,

Esta misma diferencia se recoge en la Ley Modelo sobre Normas Procesales, al mencionar, en su artículo 1o. —objeto— que

queda expresamente excluida, la decisión sobre el fondo del asunto de la guarda, la que es materia privativa, de la jurisdicción del Estado de residencia habitual del niño. Mientras tramita la solicitud de restitución, quedan en suspenso los procesos tendentes a resolver sobre el fondo de la guarda o custodia, que puedan encontrarse en trámite.

Tal separación no siempre es sencilla<sup>1061</sup> y a veces se asiste a una inevitable contaminación entre ambos procesos. Se afirma que en algunos casos la decisión de restituir al menor se verá condicionada por un proceso posterior sobre el fondo. Es inevitable establecer a veces un vínculo entre ambos procesos que tienen como común denominador al mismo menor.<sup>1062</sup>

La separación es difícil pues deberá tenerse en cuenta que el mecanismo previsto en el Convenio se asemeja “a un procedimiento para la adopción de medidas provisionales”<sup>1063</sup> y que su característica de sumario implica que no es “el cauce adecuado para analizar con profundidad las circunstancias que deben determinar la concesión de la custodia”.<sup>1064</sup>

El hecho de que se renvía al Estado de su última residencia habitual para que sea él y no otro el foro que entre a determinar estos derechos, pretende evitar que, de forma artificial y engañosa, se produzca una alteración de la competencia judicial civil para decidirlos.<sup>1065</sup>

Si la solicitud de localización y restitución del menor procede y se determina que se regrese al menor al Estado de su residencia habitual, afirmamos que se presupone la competencia de sus órganos judiciales para decidir sobre el tema de fondo, es decir, de la asignación de los derechos de guarda/custodia y visita/convivencia, si éstos no han sido ya fijados. Ahora bien, si en sentido contrario se determinara que no procede la localización y restitución del menor al Estado de su última residencia habitual, la situación cobra

considerando como fraude al juicio natural para decidir sobre la cuestión de fondo, que es el juez del local de la residencia habitual”.

<sup>1061</sup> Sifuentes, M., “Cuestión de fondo acerca de los derechos de custodia. Artículo 16 del Convenio de La Haya”, *cit.*, p. 37; Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, *cit.*, p. 21.

<sup>1062</sup> *Ibidem*, pp. 9 y 10.

<sup>1063</sup> *Idem*.

<sup>1064</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>1065</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, *cit.*, pp. 86-89.



necesariamente una mayor complejidad a la hora de determinar el foro que deberá decidir sobre la asignación de los derechos de guarda/custodia y visita/convivencia, si no se hubieran fijado ya. En este sentido creemos que si se desestima la localización y posterior restitución, los términos competenciales sufren un giro inevitable de 180 grados, de tal suerte que los tribunales de la residencia habitual del menor asumen competencia para resolver sobre la cuestión de fondo. Así, se ha mencionado que

es cierto que vincular la decisión sobre la restitución a la situación posterior del menor entraña el peligro de insertar la problemática de fondo de la custodia en la cuestión de la restitución, aspecto que expresa y lógicamente se ha querido evitar en el CH 1980. Pero también lo es que en la mayoría de las sustracciones, y de los consiguientes procedimientos sobre la restitución, subyace la necesidad de ese nuevo proceso sobre la custodia. Así ocurre, sobre todo, cuando se haya decidido la no restitución del menor, ya que habiéndose adoptado una decisión de este tipo normalmente también habrá una modificación del derecho de custodia. Pero la necesidad de un nuevo proceso también puede aparecer cuando se haya decidido el retorno al Estado de origen, pues con la sustracción afloran muchas situaciones que, aunque ajenas al procedimiento mismo de restitución, condicionan el futuro inmediato del menor.<sup>1066</sup>

Igualmente no cabe desconocer que aun cuando este Convenio no entre a determinar la atribución de los derechos tuitivos sí repercute, sin duda, en una mayor celeridad a la hora de resolver el proceso restitutorio.<sup>1067</sup> Rapidez que hemos reiterado clave a la hora de solucionar estas difíciles situaciones familiares.

#### 4. Regla general: localización y restitución

La localización y la restitución al Estado de su última residencia habitual dependerá, única y exclusivamente, del “interés superior” del menor.

La primera afirmación que se puede desprender después de leer este instrumento convencional, igual que ocurre con el Convenio Interamericano, es que el NNA sea localizado y restituido al Estado de su última residencia habitual, lo anterior con una doble finalidad: por un lado, restablecer las

<sup>1066</sup> Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, cit., p. 19.

<sup>1067</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., pp. 86-89; Capuñay, L. M., “Los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, cit., p. 5.

cosas al estado inicial; por otro, no alterar la competencia natural del juez de la residencia habitual del menor para conocer de la atribución de los derechos de fondo. Es así que se parte de una idea, que puede resultar casuísticamente errónea, de que el “interés superior del menor” se encuentra en la rápida localización del menor y su restitución al Estado de su última residencia habitual.

La regla general la encontramos en el artículo 12 del Convenio de La Haya:

cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3o. y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un *periodo inferior a un año* desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Cuando la autoridad judicial o administrativa 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.

Disposición que se repite en el artículo 14 de la Convención Interamericana:

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, a menos que se demostrar que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

Ambos artículos establecen la necesidad de que no transcurra un plazo superior de un año puesto que, se presume, por esta ficción temporal, que el menor se ha integrado a un nuevo entorno. Plazo que se mantiene invariablemente en la Ley Modelo sobre Normas Procesales, en su artículo 18 —del contenido de la sentencia— numeral 4,

si ha transcurrido un lapso mayor a un año entre la fecha de la solicitud o demanda de restitución y la de sustracción o retención ilícitos, podrá asimismo ser ordenada la restitución, según las circunstancias del caso, salvo demostración durante el proceso de que el niño ha quedado integrado a su nuevo ambiente, y en este caso, si a juicio del juez la permanencia en éste resulta favorable a su prioritario interés. En caso contrario, podrá siempre ordenar la restitución (artículo 18 de la Convención de La Haya y artículo 17 de la Convención Interamericana).

Para alcanzar no superar este plazo de un año, Pérez Manrique apunta como herramienta eficaz a la Ley Modelo, la cual

recoge los consensos recogidos en el continente sobre: a) la necesidad de ajustar los procedimientos internos a los plazos establecidos en los convenios... Es en definitiva una suerte de guía de buenas prácticas con fines de promover las reformas legislativas internas que se entienden necesarias en los Estados de la región.<sup>1068</sup>

De las disposiciones normativas transcritas se desprende que los dos elementos necesarios para emprender un proceso restitutorio son: a) que el traslado y/o la retención tenga el calificativo de ilícito o ilegal<sup>1069</sup> y b) que no se haya sobrepasado el plazo de un año desde la comisión de la sustracción, o, que habiendo transcurrido ese plazo, el menor no esté integrado en su nuevo entorno. Lo anterior amerita dos aclaraciones: a) que este plazo convencional comienza a computarse desde la fecha en que debería ser devuelto el menor con el titular de los derechos tuitivos y dicha entrega ha sido frustrada por el otro progenitor; es por ello que la rápida actuación del titular permite interrumpir el transcurso de ese plazo, y b) que son varios los elementos que debemos tener en cuenta para determinar el apego o integración del menor a un entorno (escolarización, vida y actividades extra escolares, atención médica, acoplamiento alimenticio, amistades, idioma, etcétera). La prueba del “aquerenciamiento”<sup>1070</sup> está a cargo de quien lo invoca.

En este punto la jurisprudencia ha señalado:

<sup>1068</sup> Pérez Manrique, R. C., “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños”, *cit.*, pp. 194 y 195; este autor nos recuerda que esta Ley Modelo fue discutida y aprobada en la Conferencia de Expertos realizada en Buenos Aires, del 19 al 21 de septiembre de 2007.

<sup>1069</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, *cit.*, pp. 110 y 111.

<sup>1070</sup> Tagle de Ferreyra, G., “Excepciones en el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana de Montevideo”, *cit.*, p. 221.

INTEGRACIÓN DEL NIÑO A SU NUEVO AMBIENTE, COMO MOTIVO PARA NEGAR SU RESTITUCIÓN. SÓLO ES INVOCABLE CUANDO EL PROCEDIMIENTO INICIA DESPUÉS DE UN AÑO DESDE LA SUSTRACCIÓN O RETENCIÓN ILÍCITAS. Del artículo 12 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se hacen patentes los distintos efectos de la determinación que el juez del Estado requerido debe adoptar en un procedimiento de restitución de menor, según si dicho procedimiento inició antes o después de un año, desde que la sustracción o retención ilícitas tuvieron lugar: en el primer caso, se debe decretar la restitución inmediata; y en el segundo, puede negarse la restitución si está demostrado que el menor ha quedado integrado a su nuevo ambiente. Lo anterior, pues se consideró razonable un año como plazo para que el interesado iniciara el procedimiento de restitución, pero se admite su inicio posterior en atención a diversas circunstancias que pueden presentarse en la realidad que pudieran retrasar tal gestión, como las dificultades para localizar al menor, aunque en este último caso, se considera más perjudicial el retorno del niño, si éste ya se adaptó al lugar donde ahora se encuentra. Por tanto, la consideración acerca de si el niño ya está adaptado al nuevo ambiente, sólo cabe invocarla cuando el procedimiento hubiera iniciado después de ese plazo, y en cambio, la dilación en la resolución de la restitución no debe ser motivo para legitimar la ilicitud de la sustracción, pues el posible retraso en la acción de las autoridades competentes, no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por la Convención.<sup>1071</sup>

Entendemos que la superación de este plazo acaba beneficiando al padre sustractor desde que le resultará sencillo demostrar que es difícil volver a recomponer los lazos familiares con el otro progenitor y adaptarlo de nuevo a otro ambiente social y cultural.

Finalmente tenemos que mencionar el artículo 18 del Convenio de La Haya, el cual dispone que “las disposiciones del presente capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento”; este artículo se corresponde con el artículo 17 del instrumento interamericano, el cual dispone que “las disposiciones anteriores que sean pertinentes no limitarán el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento”. Ambos artículos establecen una previsión amplia al aumentar los motivos y circunstancias que, aun cuando no estén contenidos en el Convenio, el juez puede tomar en cuenta a la hora de ordenar la restitución reclamada.<sup>1072</sup>

<sup>1071</sup> Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 766/2008, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, enero de 2010, tesis I.4o.C.236 C, p. 2136.

<sup>1072</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., pp. 114-120.

### 5. *A toda regla general le sigue una excepción*

Enlazando con el apartado inmediatamente anterior mencionamos que ambos instrumentos convencionales establecen como regla general la restitución inmediata de los menores al Estado de la residencia habitual inmediatamente anterior a la comisión de la sustracción. Ahora bien, hay ocasiones en las que el propio “interés superior del menor” aconseja que se deje a un lado esta regla general y apriorística para que la suerte del proceso restitutorio sea diametralmente opuesta, es decir, resuelta en sentido negativo.

Por lo que hace al Convenio de La Haya estas excepciones se recogen, con carácter más concreto y taxativamente, en el artículo 13, transcrito en el capítulo previo.

Del artículo 13 se ha afirmado:

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. RESPETA LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y DEFENSA. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que en todo procedimiento deben respetarse las formalidades esenciales que garanticen a los gobernados una defensa adecuada y oportuna, para lo cual es necesario que se notifique su inicio, que se dé la oportunidad de alegar, ofrecer y desahogar pruebas, y que se dicte la resolución procedente. En congruencia con lo anterior y del análisis relacionado de los artículos 7o., inciso f), y 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores... se concluye que este ordenamiento respeta las garantías de audiencia y defensa previstas en los numerales 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer, por una parte, que las autoridades centrales deben colaborar entre sí y con otras competentes en sus respectivos Estados, a fin de iniciar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo con el objeto de conseguir la restitución del menor y, por otra, que la autoridad del Estado requerido que conozca de la solicitud respectiva no está obligada a ordenar dicha restitución si la persona, institución u organismo que se opone a ello demuestra que se actualiza alguno de los supuestos a que se refiere el aludido artículo 13, de lo que se sigue que tales dispositivos permiten a la parte que puede resultar afectada —y que por tanto se opone a la restitución— comparecer a alegar y demostrar lo que a su derecho convenga.<sup>1073</sup>

De manera más abstracta y general se recogen en el artículo 20: “la restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado reque-

<sup>1073</sup> Amparo en revisión 1576/2006.

rido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.<sup>1074</sup> Las tesis aisladas mencionan

PERMANENCIA DE UN NIÑO DE CORTA EDAD CON LA MADRE. NO ES UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE PERMITA NEGAR SU RESTITUCIÓN. De lo establecido en el artículo 4o. constitucional, en relación al artículo 20 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, se puede colegir que para el Estado mexicano, la preferencia por la permanencia de un niño de corta edad con su madre no es un derecho fundamental y, por tanto, no puede ser invocado con base en el segundo precepto para negar la restitución del niño sustraído o retenido ilícitamente. En primer lugar, porque en la resolución sobre la procedencia de la restitución no cabe hacer análisis alguno sobre el derecho de custodia. En segundo lugar, el derecho fundamental previsto en dicho mandato constitucional es el de lograr el desarrollo integral del menor, sin que ahí se prevea como regla forzosa o exclusiva, que un menor de corta edad sólo podría alcanzarlo al lado de su madre, por lo que también es factible lograrlo junto a su padre, o algún otro familiar, según lo permita la ley.<sup>1075</sup>

Por lo que hace a la Convención Interamericana, los motivos de oposición a la regla general se recogen en el artículo 11, transcrito igualmente en el capítulo precedente.

De manera más casuística, en el artículo 12:

la oposición fundamentada a la que se refiere el artículo anterior deberá presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene. Las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundar la negativa. Deberán enterarse del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor, y requerirán, en caso de ser necesario, la asistencia de las autoridades centrales, o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados parte. Dentro de los sesenta

<sup>1074</sup> Como se afirma “la regla de los convenios, según la cual la víctima de un fraude o de una violencia debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen, cede cuando la persona, institución u organismo que se opone a la restitución demuestra que, ante una situación extrema, se impone, en aras del interés superior del niño el sacrificio del interés personal del guardador desasido”, Benavides Santos, D. y Ramírez Solano, A., “La ilicitud en el traslado del menor de edad”, *cit.*, p. 81.

<sup>1075</sup> Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 766/2008, novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, enero de 2010, tesis I.4o.C.241 C, p. 2174.

días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución...

De modo más general y abstracto, en el artículo 25: “la restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño”.

Los convenios imponen que la interpretación de estas excepciones que siguen a la regla general sean interpretadas de manera restrictiva,<sup>1076</sup> esto es, debe conocerse una vez que se ha probado suficientemente su concurrencia casuística, “y no deben ponerse en práctica de forma automática, sino suponer la posibilidad de que el juez decida denegar la restitución basándose en ellas”,<sup>1077</sup> pues de lo contrario se dificultaría el cumplimiento de los objetivos convencionales.<sup>1078</sup>

Tanto el Convenio de La Haya como el Interamericano coinciden al señalar los motivos de oposición a la localización y restitución de un menor de edad. Motivos que se pueden agrupar en los siguientes rubros. Los causales “a” a “c” se califican como “ordinarios”.<sup>1079</sup>

a) Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían *efectivamente* su derecho en el momento del traslado o de la retención. Entendemos que es necesario que exista una relación estable y continua, en

<sup>1076</sup> Herranz Ballesteros, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, cit., p. 108; Tagle de Ferreyra, G., “Excepciones en el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana de Montevideo”, cit., pp. 223 y 227; Maurique, J. A., “Consideraciones generales sobre la Convención de La Haya”, cit., p. 240.

<sup>1077</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., pp. 44 y 45. Esta autora advertía en 1999 que, de conformidad con el estudio estadístico de la aplicación del Convenio realizado por la Comisión Especial para su seguimiento, que “en el 26.4% (19 de los 72 supuestos estudiados) la autoridad judicial o administrativa encargada de resolver fundamenta su decisión en el artículo 13 b), es decir, en la existencia de un grave riesgo de peligro para el niño. En el 12.5% de los casos (9 de los 72 estudiados), la negativa está basada en la consideración de que el menor no tenía su residencia habitual en el Estado requirente. A continuación, ambos con una incidencia del 7.5%, aparecen como motivos del no retorno que el solicitante no era titular de derechos de custodia sobre el menor en el momento del traslado, y el artículo 12, es decir, la integración del menor en los casos en los que había transcurrido más de un año entre la sustracción y el inicio de los trámites encaminados a lograr la restitución... en el 6.9% de los supuestos el motivo es la negativa a regresar del propio menor cuando tiene entre 13 y 16 años, el 2.8% corresponde a la negativa de menores de entre 11 y 12 años, y el 2.8% también, a menores de 8 a 10 años que prefieren no retornar”.

<sup>1078</sup> *Idem*.

<sup>1079</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., pp. 101-105.

definitiva “efectiva”, entre el menor de edad y la persona titular del derecho de familia, al momento del traslado o la retención.<sup>1080</sup> Los objetivos del Convenio de La Haya se trazaron en función de un contexto en el que “el porcentaje mayoritario de sustracciones se realizaba por el progenitor que no estaba al cuidado del menor y que, por tanto, tenía menos relación con él que el titular de la custodia, cuyo derecho se infringía mediante la sustracción internacional”.<sup>1081</sup> Ahora bien, entendemos que “ejercicio efectivo” de la custodia no siempre lleva aparejado la convivencia paterno-filial diaria, puede ser que ésta no pueda llevarse con razones de mucho peso, como pueda representar una enfermedad o un trabajo, y sea valorada por el juez de forma casuística.<sup>1082</sup>

Ahora bien, la “efectividad” en el ejercicio de los derechos de familia “era una cuestión de hecho que no precisaba demostrarse por el reclamante, sino que se producía una inversión de la carga de la prueba, de forma tal que la demostración de que las cosas no eran así correspondía a quien se opusiera al retorno en base a esta causa”.<sup>1083</sup>

La Ley Modelo sobre Normas Procesales determina en su artículo 1o. —objeto— que

este derecho debe haber sido ejercido en forma efectiva, ya sea individual o conjuntamente, por padres, tutores, guardadores o instituciones, inmediatamente antes del hecho. Se considera incluso que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del niño.

Entendemos que en esta línea se pronuncia la siguiente tesis

MENOR, INTERDICTO PARA RECUPERAR LA POSESIÓN DE UN. ELEMENTOS SON LA POSESIÓN DEL MENOR, EN EXCLUSIVA, SI SE EJERCITA LA ACCIÓN POR LA MADRE CONTRA EL PADRE, Y EL DESPOJO DE DICHA POSESIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TAMAULIPAS). De los artículos 590 y 598 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tamaulipas se deriva que el interdicto para recuperar la

<sup>1080</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., p. 43.

<sup>1081</sup> Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, cit., pp. 12-18.

<sup>1082</sup> Tagle de Ferreyra, G., “Excepciones en el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana de Montevideo”, cit., p. 224.

<sup>1083</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., pp. 101-105.



posesión de los derechos de madre, en concreto, el relativo a la guarda y custodia del menor, presupone dos elementos: la posesión del menor por parte de su madre, en exclusiva, si la acción interdictal se ejercita contra el padre, y el despojo de dicha posesión, entendiéndose que no habrá tal si existe sentencia por la que se condena a su pérdida. Ahora bien, si la madre de un menor ejercita interdicto para recuperar la posesión de su menor hija en contra del padre de la misma y el demandado reconoce que la menor vivía con su madre en distinta ciudad a donde él tenía su domicilio y que en ausencia de la actora se llevó a su hija a vivir con él, debe considerarse que están acreditados los dos elementos de la acción interdictal ejercida, sin que obste para ello el hecho de que la madre de la actora haya consentido o no que se llevaran a la menor, pues ello en nada influye en el despojo, ya que para ello hubiera sido necesario el consentimiento de la propia quejosa o bien que existiera sentencia que la condenara a la pérdida de la posesión de conformidad con el numeral 591 del ordenamiento citado.<sup>1084</sup>

b) Que hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad al traslado o retención.<sup>1085</sup> Es importante delimitar que no estamos ante simples traslados o meros cambios de residencia del menor sin consecuencias jurídicas. Se trata, en definitiva, del principio de que “nadie puede ir contra sus propios actos”.<sup>1086</sup> La prestación del consentimiento —y por ello la licitud o ilicitud— es lo que marca la diferencia entre una sustracción y una *relocation dispute*.

c) Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o síquico o ante una situación intolerable. Esta fracción se caracteriza por la indefinición de lo que se debe considerar “grave riesgo”, “peligro grave” o “situación intolerable”; lo anterior deja un amplio margen de actuación a las autoridades judiciales y administrativas que deben decidir sobre el sentido que adquiere la restitución. Esta indefinición puede llevarnos a una interpretación excesivamente amplia y peligrosa, la cual “podría suponer la protección encubierta de los intereses del nacional

<sup>1084</sup> Amparo directo 875/78. Velia Acuña Ocejo. 20 de febrero de 1986. Unanimidad de cuatro votos. Ponente Mariano Azuela Güitrón. Secretaria Lourdes Ferrer MacGregor Poisot, nota: en el Informe de 1986, la tesis aparece bajo el rubro “INTERDICTO PARA RECUPERAR LA POSESION DE UN MENOR. SUS ELEMENTOS SON LA POSESION DEL MENOR, EN EXCLUSIVA, SI SE EJERCITA LA ACCION POR LA MADRE DEL MENOR CONTRA SU PADRE, Y EL DESPOJO DE DICHA POSESION (LEGISLACION DEL ESTADO DE TAMAULIPAS).”.

<sup>1085</sup> *Idem*.

<sup>1086</sup> *Idem*. Ahora bien, como señala Tagle “la actitud tolerante debe intrpretarse en forma cabal pues no podría confundirse una actitud de rencor o resentimiento para con el sustractor con una actitud de tolerancia”, Tagle de Ferreyra, G., “Excepciones en el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana de Montevideo”, *cit.*, p. 225.

o la toma de decisiones sobre el fondo de los asuntos por parte de los jueces y tribunales”.<sup>1087</sup>

La falta de definición conceptual levanta, como es de esperar, nuestros miedos acerca de la concreción que hagan las autoridades competentes de esta excepción; una vez más dejamos asentado que la interpretación de estas causales de excepción debe hacerse de forma restrictiva para evitar que se vuelva a la regla general. Además, tenemos que tener presente que esta excepción se puede volver de fácil alegación en un cruce de acusaciones entre los padres cuando el nivel de fricción es ciertamente elevado.

En un intento de delimitar el concepto de “riesgo”, entendemos que puede haber un amplio abanico variado de situaciones como guerra, epidemias, maltratos familiares.

Por lo que se refiere a la carga de la prueba, la cual debe ser contundente,<sup>1088</sup> para comprobar la existencia del grave riesgo de peligro físico o síquico corresponde a la persona que la alega.<sup>1089</sup> Esta afirmación es sostenida de forma unánime por la doctrina.<sup>1090</sup>

d) Que el menor se oponga a regresar tras ser escuchado; que su opinión tenga el peso que su madurez permita; de esta forma entendemos que este multicitado derecho debe ser evaluado y sopesado en conjunto con el caudal probatorio que se aporte en dicho proceso restitutorio. En este punto se ha afirmado que

lo que sí parece importante es tener siempre presente que la voluntad de los menores no debe ser considerada, por sí sola, como elemento decisivo a la hora de adoptar una decisión, sino que debe ser valorada en función del contexto, peculiaridades físicas o síquicas del menor, y del grado de conflicto familiar entre los

<sup>1087</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., pp. 90-93.

<sup>1088</sup> Tagle de Ferreyra, G., “Excepciones en el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana de Montevideo”, cit., p. 225; esta autora menciona que la prueba “debe ser contundente, ya que se trata de situaciones fácticas de riesgo intolerable y actual y comprobable por la autoridad en su contacto con el menor desechando aquellas basadas en hipótesis, conjeturas o planteos banales cuyo juicio quedará en definitiva a cargo del juez que resuelva la cuestión de fondo a plantearse en su caso”.

<sup>1089</sup> *Idem. Cfr.*, Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., pp. 101-105.

<sup>1090</sup> Herranz Ballesteros, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 110-112; Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., pp. 90-93.

adultos implicados y entre éstos y el menor, debiendo siempre y en todo momento evitarse la manipulación del menor y de sus propios deseos.<sup>1091</sup>

Es loable la inserción de este derecho en el Convenio de La Haya cuando al momento de su redacción no se tenía pleno convencimiento del mismo. Este punto nos lo recuerda la *Guía de buenas prácticas* —cuarta parte, ejecución, página 31, párrafo 6.2.98—. <sup>1092</sup> Ahora bien, este reconocimiento expreso supone un importante punto de inflexión desde que, como señala Tagle “el reconocimiento de este derecho parte de la nueva concepción del niño definido no ya desde sus carencias sino como ‘seres humanos completos’ vistos desde lo que son, lo que pueden, lo que tienen y de lo que son capaces”.<sup>1093</sup> Así, con la previsión de esta excepción el Convenio abre la posibilidad de que el menor se convierta en el protagonista a la hora de dibujar su propio “interés superior”,<sup>1094</sup> que le permita al menor “ser intérprete de su propio *interés*”,<sup>1095</sup> siempre, y una vez más, “tiene que ser examinado con cautela”.<sup>1096</sup>

Ahora bien, reiteramos, escuchar al menor en este concreto punto no significa resolver conforme a su deseo y pretensión desde que efectivamente de no ser así “implicaría el absurdo de erigirlos en jueces”.<sup>1097</sup>

<sup>1091</sup> Forcada Miranda, F. J., “Derecho del niño a ser oído”, en Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *La restitución internacional de la niñez*, cit., p. 248.

<sup>1092</sup> “En 1980, cuando se adoptó el Convenio, en muchas jurisdicciones no era común escuchar declaraciones de niños en procesos judiciales. En consecuencia, el Convenio no contiene una obligación explícita que indique que el niño tiene que ser escuchado. No obstante, la restitución puede rechazarse de conformidad con el artículo 13(2), en el caso de que el niño se oponga a su restitución y haya alcanzado una edad y grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. En los procesos en virtud del Convenio, es frecuentemente el progenitor sustractor el que indica la postura del niño cuando se invoca la defensa incluida en el artículo 13(2)”.

<sup>1093</sup> Tagle de Ferreyra, G., “Excepciones en el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana de Montevideo”, cit., p. 227.

<sup>1094</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., pp. 98-100; Benavides Santos, D. y Ramírez Solano, A., “La ilicitud en el traslado del menor de edad”, cit., p. 80.

<sup>1095</sup> Herranz Ballesteros, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 113-115; Tagle de Ferreyra, G., “Excepciones en el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana de Montevideo”, cit., p. 228.

<sup>1096</sup> Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, cit., pp. 111 y 112.

<sup>1097</sup> Tagle de Ferreyra, G., “Excepciones en el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana de Montevideo”, cit., p. 231.

Hay quien ve con recelo el que el menor sea escuchado y en este sentido afirma que

si bien en principio es una medida adecuada la de escuchar al menor, que se encuentra en sintonía con la Convención de los Derechos del Niño, y puede entenderse como un esfuerzo por respetar su dignidad, lo cierto es que al ser incompleta, por no darle el Estado seguimiento a lo que ocurre después de la referida entrevista, al interior de esa familia, puede traducirse en perjuicio, lo que en un inicio intentó ser benéfico.<sup>1098</sup>

Nosotros entendemos que si bien puede planear cierto miedo a la hora de hacer frente a este derecho del menor, por el daño que se le pueda propiciar con el interrogatorio, éste puede venir reducido si la indagación se lleva a cabo con especial cautela, y en presencia de especialistas. Por lo que hace a la primera pauta entendemos que la prudencia puede cobrar realismo si se evita hacer preguntas que puedan agredir o conflictuar al menor. En este contexto Tagle considera que “un ejemplo es cuando se le interroga en relación a con quien quiere vivir, si con el padre o la madre” pues ello revictimiza al menor.<sup>1099</sup> Otro ejemplo es tener las preguntas ordenadas, considerar la edad del menor y la hoja de vida que éste tiene, etcétera.

En forma muy resumida Forcada nos ofrece los siguientes puntos prácticos a tener en cuenta en la audiencia de un menor:

- a) la exploración judicial de un menor en el ámbito del proceso civil ha de ser considerada una diligencia judicial a través de la cual el menor ejerce su derecho a ser oído antes que un medio de prueba en el procedimiento de que se trate; b) en un proceso familiar en el que esté directamente implicado en ningún caso será convocado como testigo; c) sólo se les oírán en caso de que el juez lo estime necesario, no en todo caso; d) se considerará que no es necesario cuando pueda conllevar un perjuicio al menor. Decisión que debe ser motivada por el Tribunal; e) de cara a la fase de reconocimiento y ejecución debe hacerse constar que el menor ha sido escuchado si es el caso o bien motivar el porqué de dicha omisión; f) con el fin de salvaguardar la intimidad del menor se aconseja no grabar la sesión; g) debe dejarse constancia judicial de las manifestaciones del menor

<sup>1098</sup> Cervera Rivero, Ó., “Los menores como titulares de la acción”, *cit.*, p. 56.

<sup>1099</sup> Tagle de Ferreyra, G., “Excepciones en el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana de Montevideo”, *cit.*, pp. 229 y 232. Esta autora indica que “la dilucidación de tal interrogante debe llegar a través de la valoración de sus dichos interpretados por un especialista en psicología, que es la disciplina que brinda las armas para decodificar los dichos de los niños... vale decir que preguntar al niño con quién le gustaría vivir, si quiere permanecer con el progenitor que está conviviendo en el estado de refugio es irrelevante y más que aclarar crea confusión a la hora de interpretarlo, a más de ser victimizador para el niño”.

al hilo de este derecho; h) en aras de reducir la presencia de adultos que puedan incomodar al menor se aconseja la no intervención del secretario judicial; i) se debe evitar a toda costa que el menor sufra de esperas innecesarias en sede judicial así como evitar las exploraciones reiteradas que puedan llevar aparejada una revictimización del menor; j) llevar, como primera diligencia, el interrogatorio del menor en un espacio cómodo, adecuado y sin formalidades en las vestimentas (es decir, toga); k) debe aplicarse un protocolo de acogida y de despedida al menor.<sup>1100</sup>

Indicaciones que se ponen en consonancia con la siguiente tesis aislada:

en los juicios de controversia del orden familiar en los que interviene un niño o niña no es prudente someterlo a responder un interrogatorio de prueba testimonial con las formalidades estrictas que dicha prueba requiere, pues precisamente por su corta edad, no está en condiciones de expresar sus conocimientos en relación con las cuestiones debatidas, atendiendo al principio contenido en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño que establece que los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten; de manera que es necesario que su opinión sea escuchada libremente a fin de que el juzgador tenga bases para determinar si la convivencia del niño o niña con determinada persona puede lesionar su interés superior; de ahí que será el prudente arbitrio del director del proceso el que sirva de guía para establecer el mecanismo del interrogatorio y su contenido, para lograr que se cumpla cabalmente y de modo objetivo con la tutela especial del infante y el compromiso de dirimir la contienda relativa bajo el principio rector del interés superior del niño, pues las partes deben sujetar sus propios derechos procesales a la observancia de este alto principio, máxime que éste cobra mayor relevancia en el sentido de que no sería deseable someter al infante a una estructura formal o rígida de un interrogatorio que pudiera ocasionarle perturbación.<sup>1101</sup>

Igualmente, entendemos que el que intervengan profesionales puede repercutir en obtener mayores datos al observar el lenguaje corporal del menor e incluso poder identificar el grado de alienación parental al que se puede estar sometiendo el NNA. Todo ello desde que consideramos que “cuando las audiencias de menores se hacen correctamente y con la debida

<sup>1100</sup> Forcada Miranda, F. J., “Derecho del niño a ser oído”, *cit.*, pp. 261-264.

<sup>1101</sup> Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Clave: II.3o.C., núm. 55 C, amparo directo 765/2002.

discreción, pueden ayudar al menor a expresar sus puntos de vista y a evitar sentimientos en él de responsabilidad o de culpa que son inapropiados”.<sup>1102</sup>

Lo que nos queda claro es que “es preferible frente a la duda, escuchar al niño que negarle la posibilidad de expresarse”.<sup>1103</sup>

e) Que la devolución sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y libertades fundamentales. Cabe mencionar que esta excepción “extraordinaria”,<sup>1104</sup> por su ubicación en el texto del Convenio, podría tener un trato diferente a las anteriores y, si bien en las primeras excepciones la carga de su prueba es de quien las alega, a instancia de parte, en esta excepción “de orden público”, es de oficio.<sup>1105</sup>

f) El paso de un periodo de tiempo razonable sin iniciar procedimiento restitutorio presupone otra circunstancia que pudiera llegar a justificar el no retorno del menor al Estado de su última residencia habitual. De conformidad con el artículo 16, tanto del Convenio de La Haya como del Interamericano, se establece que

después de haber sido informadas del traslado ilícito de un menor o de su retención en el marco del artículo 4o., las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte a donde el menor ha sido trasladado o donde está retenido, no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones de la Convención para un retorno del menor o hasta que un periodo razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación de esta Convención.

Es por ello que afirmamos que debe haber una promoción de demanda restitutoria en un plazo prudente para, entre otras cosas, poder dar efectividad —en el Estado de su acogida— a las decisiones que se pronuncien sobre los derechos de fondo.

g) El paso de un plazo mayor de un año; en este sentido el artículo 12 del Convenio de La Haya, párrafo primero, dispone que cuando “hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el

<sup>1102</sup> Forcada Miranda, F. J., “Derecho del niño a ser oído”, *cit.*, p. 248.

<sup>1103</sup> Tagle de Ferreyra, G., “Excepciones en el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana de Montevideo”, *cit.*, p. 230.

<sup>1104</sup> *Ibidem*, p. 233; asimismo, agrega que “se describe como extraordinaria en oposición a las ordinarias tratadas... lo interesante radica en que la causal de denegación puede ser alegada a instancia de la parte pero en caso que no sea invocada, el juez podrá aplicarla de oficio por impero del principio *iura novit curia*”.

<sup>1105</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, *cit.*, pp. 105-110.

traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor”.<sup>1106</sup>

Por su parte el Convenio Interamericano, en su artículo 14, señala que

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, a menos que se demostrara que el menor se ha integrado en su nuevo entorno.

En todo proceso restitutorio el “interés superior” del menor tiene uno de sus parámetros en un factor meramente temporal; son dos los motivos: el primero, por los perjuicios que se pueda ocasionar al menor si el proceso se extiende en el tiempo (no podemos desconocer que para el padre sustraído), y, segundo, por los beneficios que se pueden derivar para el padre sustractor al ver cómo se consolida una situación que nació irregular tras la vulneración de los derechos de familia.<sup>1107</sup> Entendemos que el padre sustractor intentará legitimar la sustracción pidiendo la determinación de los derechos de familia en el Estado donde está retenido el menor. El sustractor busca legitimar su conducta a través de litigios locales en el Estado de retención del menor, el cual no coincide con el de su última residencia habitual. Partiendo de que la anterior argucia debe derivar en la imposibilidad de legitimar esta situación, solicitamos la rápida localización y restitución del menor al Estado de su última residencia habitual (si este retorno no va en contra del multicitado “interés superior” del menor). Además no debemos perder de vista que los sustractores tienen una situación ventajosa al conocer de antemano y de forma premeditada cuándo lo van a hacer, cómo se lo van a llevar y a dónde lo va a trasladar y así, elige la jurisdicción que pretende que juzgue el caso.

Para conseguir dicho objetivo convencional es necesario, como venimos reclamando, contar con un proceso rápido, con plazos breves, que ayude a no superar dicho término y donde las actuaciones de las diversas autoridades, administrativas y judiciales, sean accionadas con carácter de ur-

<sup>1106</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., p. 46.

<sup>1107</sup> *Ibidem*, p. 41.

gencia.<sup>1108</sup> Por ello, el mayor fantasma que circunda estos procesos son los retrasos (justificados o no; sean legales o meras argucias), todos ellos igualmente reprochables.<sup>1109</sup>

Esta celeridad procesal se reclama en el artículo 1o. de la Convención Interamericana al señalar que “la presente Convención tiene por objeto *asegurar la pronta restitución* de menores”, propósito que se repite cuando se prevé la instauración de una autoridad central (artículo 7o.: “llevará a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor... cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores”), en el artículo 10 “dispondrán sin demora su restitución”,<sup>1110</sup> en el artículo 19 “deberán adoptar de inmediato todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción”, en el artículo 26 “las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor, lo anterior tiene como colofón la previsión de un plazo considerado adecuado para proceder a la restitución del menor”. Una necesaria rapidez que tiene como punto álgido el artículo 14, el cual dispone:

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, a menos que se demostrar que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

Por lo que se refiere a la Convención de La Haya, la necesidad de rapidez en la localización y restitución del menor queda patente en parecidos términos y desde su “Preámbulo”, al señalar la necesidad de “establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor”, así como en los artículos 1o., que habla de “garantizar la restitución inmediata...”, el 2o., que habla de “procedimientos de urgencia”, en el 6o., al instaurar la figura de las autoridades centrales y en su continuidad en el 7o., que establece el fin de “garantizar la restitución inmediata de los me-

<sup>1108</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., pp. 95 y 96.

<sup>1109</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., p. 81.

<sup>1110</sup> Este artículo 10 está conectado con el artículo 7.c).



nores...”; el 9o., al disponer la transmisión de la solicitud “sin demora a la autoridad central” del Estado donde se presuponga que se encuentra el menor;<sup>1111</sup> y el 11, que establece procedimientos de urgencia en los procedimientos que tengan por finalidad y meta la restitución del menor.

Ahora bien, la previsión de estos plazos no debe entenderse de forma inflexible, y así afirmamos que aun cuando en principio pareciera significar un plazo improrrogable, perentorio, si el “interés superior del menor” lo requiere se podría autorizar la superación del mismo, siempre y cuando las circunstancias del caso lo llegaran a justificar. Por ello,

a pesar de la aparente imperatividad legal, hay que entenderlo como una mera declaración programática de *deseable* cumplimiento, pero si no fuera de esta manera y no se cumpliera por concurrir razones que lo justificaran, hay que entender que el retraso quedaría convalidado; y, si no se cumpliera y no se justificara su por qué, las consecuencias son muy poco pragmáticas y lo más que puede causar son las discutibles consecuencias *ejemplarizantes* de una sanción disciplinaria.<sup>1112</sup>

En 1999, Gómez Bengoechea ofrecía datos que pueden servir para ahondar en esta problemática y en este sentido señalaba que

el 62% de las solicitudes son rechazadas porque los menores no son localizados o son encontrados en otro país. El hecho de que los menores no sean localizados puede poner de manifiesto la falta de recursos para buscarles, y el que lo sean en otro Estado puede deberse tanto a los errores en la investigación como a los esfuerzos de los sustractores por no ser descubiertos... De las 447 solicitudes que terminaron con un acuerdo entre las partes, el retorno judicial o la denegación del mismo, sólo en 395 existen datos acerca del tiempo que llevó la resolución del caso. La media de días empleados en la consecución de un retorno voluntario es de 78, en el caso del retorno acordado por la autoridad judicial el número de días es de 87 y, finalmente, cuando la restitución es denegada por un juez se emplea una media de 133 días. Sin embargo, vuelven a darse grandes diferencias en función de los países que intervengan. El número de días necesario para lograr un acuerdo de restitución voluntaria oscila entre los 12 días en las solicitudes tramitadas por Portugal (tres casos), hasta los 215 días empleados por Noruega (tres casos). Escocia emplea una media de 27 días en los cinco casos que han sido resueltos de esta manera, y los Estados Unidos 103 días de media en los 42 casos en los que el acuerdo ha sido posible. En relación con los retor-

<sup>1111</sup> Una misión que entendemos que está incluida en las funciones de cooperación que tiene la autoridad central.

<sup>1112</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., pp. 95 y 96.

nos ordenados judicialmente, el más rápido es Hong Kong, con una media de 26 días y cuatro casos, Inglaterra y Gales emplean una media de 58 días en resolver cada uno de los 70 casos, y los Estados Unidos, Holanda y Francia son los más lentos, necesitando, respectivamente 143, 137 y 126 días.<sup>1113</sup>

Como se observa de estos datos, se rebasa con creces el año aconsejado por los instrumentos convencionales, y en este sentido se cifran, a modo de ejemplo, las causas que motivan los retrasos:

1. El desconocimiento del juez de la determinación y asignación de los derechos de familia procedentes de un proceso llevado a cabo con anterioridad.
2. Las actuales formas de testificar las cuales deberían permitir flexibilidad en orden a evitar desplazamientos que retrasen el procedimiento.<sup>1114</sup>
3. El desconocimiento de los convenios internacionales... por parte de los distintos operadores jurídicos...<sup>1115</sup>
4. Al uso de técnicas dilatorias, tal como la invocación de grave riesgo de que la restitución suponga un peligro grave, físico o síquico, como causa para negar la restitución (posibilidad recogida en el artículo 13 b) del Convenio), la solicitud de informes sociales referidos a la situación del niño en relación también con el artículo 13 b), o los recursos y apelaciones a las resoluciones ya dictadas<sup>1116</sup> y
5. El diseño de los plazos y procesos estatales rígidos y formalistas.

<sup>1113</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., pp. 32, 33 y 38. De esta manera, la autora expresa como conclusión que “el tiempo medio que transcurre entre el inicio de los trámites y la finalización de los mismos oscila entre los dos meses y medio y los cuatro meses y medio, dependiendo del tipo de solución a la que se llegue. Existen, sin embargo, grandes diferencias en función de los casos y de los países implicados”.

<sup>1114</sup> *Ibidem*, pp. 81 y 82.

<sup>1115</sup> El desconocimiento de estos instrumentos internacionales puede impactar en la dilación o falta de acción por parte de las autoridades implicadas, lo cual implica un incumplimiento del convenio. Cómo podemos reportar estos incumplimientos. Será por las autoridades centrales como los países se calificarán unos a otros, al recibir los reportes manifestados según su experiencia. Y es aquí donde se ve quién está cumpliendo y quién no. El punto es que México al firmar el Convenio Internacional se está obligando por este instrumento y por ende se compromete a conocerlo y para ello es necesario hacer una necesaria función de difusión del contenido del mismo.

<sup>1116</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., pp. 82-84. Allí mismo se añade: “en cuanto a la alegación de ‘grave riesgo’, tal y como se recoge en el último párrafo del artículo 13, la necesidad de verificarlo supone la posibilidad de que los jueces o autoridades competentes valoren la información que les sea facilitada sobre la situación social del niño a través de informes remitidos por las autoridades administrativas competentes. De forma que, la solicitud de tales informes puede suponer importantes retrasos en el desarrollo del procedimiento, retrasos que siempre juegan a favor del sustractor. Por esta razón, y dado que esta documentación puede tardar meses en ser preparada y enviada, si no estuviera disponible en ese momento, el Tribunal no debería retrasar el procedimiento

Lo anterior se ejemplifica con las siguientes afirmaciones:

existen otros supuestos en los que se presenta una franca oposición, ya sea por parte del menor o de quien se haya hecho cargo del mismo, que puede ser el otro progenitor, también con derecho de la tenencia legal del niño, y por ello el procedimiento de restitución se realiza en un plazo mayor sobre todo cuando se recurre al amparo, que es cuando mayor problemática representa, primero, porque en este supuesto ya se tiene localizado al niño, en ocasiones hasta se encuentra ya en el juzgado el menor, el sustractor o retenedor y la autoridad central, para recibirlo y restituirlo, pero puede presentar el caso de que la autoridad federal concede la suspensión de la entrega, y en estos casos los niños, para su seguridad, son institucionalizados, y es mayor la pérdida, estrés e inseguridad que viven los menores, con las consecuencias naturales en perjuicio de su desarrollo integral.<sup>1117</sup>

De las afirmaciones anteriores podemos ver que es una realidad que los procesos cada vez son más largos y complejos y mientras éstos se “eternizan” el menor de edad crece, se educa y se integra en otra realidad, en otro Estado, determinándose en estos casos que existe un mayor perjuicio que beneficio sobre el menor en caso de restituirlo.<sup>1118</sup>

Como punto final a este apartado de excepciones cabe mencionar la siguiente tesis:

HIJOS MENORES, TENENCIA DE LOS. Si la madre solicitó la intervención de la autoridad judicial, para que se declarara que era a ella a quien correspondía la tenencia

esperándola. Con respecto al uso de los recursos y apelaciones como medio para retrasar la restitución del menor, aparece mencionado por la Comisión Especial para el seguimiento de la aplicación del Convenio en su reunión de 1989, en la que se comenta que las apelaciones a las decisiones sobre la restitución de los menores son frecuentes, sin embargo no suponen la no ejecución de la resolución apelada, suelen suponer un retraso breve, y los procedimientos en primera instancia dejan al sustractor un estrecho margen para llamar testigo. También en el informe de las reuniones mantenidas en 1993 se menciona este problema; se discute acerca de la posibilidad de agilizar las comparecencias y establecer plazos de apelación breves, y se concluye que una de las formas de evitar que los recursos y/o apelaciones se utilicen de forma inadecuada tratando de retrasar los procedimientos es hacer efectiva la orden de retorno del menor aunque la resolución del recurso siga pendiente. Se plantean entonces las dificultades que pueden surgir en los casos en los que estos recursos lleguen a buen término; se presenta como solución que la autoridad central del Estado al que ha retornado el niño, se encargue, en la medida de lo posible, de llevar a la práctica la resolución en apelación. También se plantea la posibilidad de que sea el sustractor el que deba obtener de los tribunales de su propio Estado una orden de retorno del menor al lugar en el que estaba pendiente el recurso como condición para hacer efectiva la orden de retorno del Tribunal de primera instancia?.

<sup>1117</sup> Canales Pérez, A., “Protección de menores, restitución de menores”, *cit.*, p. 27.

<sup>1118</sup> Calvo Caravaca, A. L. *et al.*, *Derecho de familia internacional*, *cit.*, p. 359.

del menor hijo, el cual estaba en poder de su padre, y la autoridad resolvió negativamente, los efectos de dicha resolución no pueden ser otros que los de que el menor quede en poder del padre, y planteado así el problema, al hecho de que el propio menor se encontrase en un momento dado, en poder de la madre, porque ésta se hubiera apoderado de él o por cualquiera otra circunstancia, no puede cambiar la situación de derecho establecida por la sentencia, ni menos hacer valedero el argumento de la madre, en el sentido de que para quitarle la tenencia del hijo, fuera necesario un nuevo juicio, pues esto pugnaría con los mandamientos que rigen la cosa juzgada.<sup>1119</sup>

## 6. *Legitimación activa*

Por lo que se refiere al Convenio de La Haya, encontramos la legitimación activa en los artículos 8 y 29:

Artículo 8. Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor.

...  
Artículo 29. El presente Convenio no excluirá que cualquier persona, institución u organismo que pretenda que ha habido una violación del derecho de custodia o del derecho de visita en el sentido previsto en los artículos 3o. ó 21, reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, conforme o no a las disposiciones del presente Convenio.

El Informe Explicativo señala que:

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 respecto, 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>1120</sup>

<sup>1119</sup> Amparo civil en revisión 9874/43. Martínez de Ruiz Manuela. 31 de enero de 1945, unanimidad de cuatro votos, ausente Carlos I. Meléndez, ponente Vicente Santos Guajardo.

<sup>1120</sup> [www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), pfos. 79 y 80.

Por lo que hace al instrumento interamericano, encontramos la regulación de la legitimación activa en el artículo 5o., el cual dispone: “podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar, las personas o instituciones designadas en el artículo 4o.”, y éste apunta a: “padres, tutores, guardadores o cualquier institución”.

Finalmente, la Ley Modelo sobre Normas Procesales no se aparta de estos textos convencionales y en este sentido determina: artículo 4o. —legitimación activa— “será titular de la acción de restitución aquel padre, tutor, guardador u otra persona, institución u organismo que fuere titular del derecho de guarda o el derecho de custodia, conforme el régimen jurídico del país de residencia habitual del niño, inmediatamente antes de su traslado o retención”.<sup>1121</sup>

### 7. Competencia administrativa

Tanto el Convenio de La Haya como la Convención Interamericana establecen en su contenido la obligación estatal de designar autoridades centrales, cuya finalidad es iniciar un proceso restitutorio lo más ágil posible, sea cual sea el resultado (positivo o negativo) de dicho proceso, siempre en función del “interés superior del menor”.

La previsión de la autoridad central representa, sin duda, la columna vertebral de este instrumento, constituye “el eje principal del funcionamiento del Convenio de La Haya”.<sup>1122</sup> Afirmaciones que pueden extrapolarse a la Convención Interamericana.

<sup>1121</sup> La Ley Modelo da un paso más que los textos convencionales y en este sentido regula la legitimación pasiva (artículo 5o. “estará legitimado pasivamente, aquel que es denunciado por quien detenta la titularidad activa, como la persona que ha sustraído o retenido en forma ilegítima al niño cuyo desplazamiento-retención, constituye la causa de la solicitud”).

<sup>1122</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., p. 47; para Seoane la falta de designación o una inadecuada elección de estas autoridades derivan en una ineficacia del Convenio, Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, cit., p. 161; González Campos, J. D., Fernández Rozas, J. C. et al., *Derecho internacional privado, parte especial*, cit., p. 135. Estos autores afirman que “el mecanismo del convenio gravita sobre dos extremos: de un lado, la designación por cada Estado contratante de una “autoridad central”, encargada de satisfacer las obligaciones impuestas; de otro, la presentación de una demanda de retorno del menor o relativa a la organización o protección del ejercicio efectivo del derecho de visita”. De parecida opinión encontramos a Pereznieto Castro, L. y Silva Silva, J. A., *Derecho internacional privado, parte especial*, cit., p. 190 quienes afirman que “Las solicitudes de restitución podrán ejercerse mediante exhorto o carta rogatoria a través de la vía diplomática o consular, o me-

Estas autoridades, a grandes rasgos, serán las encargadas de coordinar y canalizar todas las acciones de cooperación<sup>1123</sup> necesarias para llevar a buen término el proceso restitutorio del menor; por ello, afirmamos que descansa en ellas buena parte de la correcta puesta en práctica del texto convencional. La previsión de estas autoridades es uno de los pilares fundamentales de ambos convenios, de su conocimiento y buen hacer depende en gran medida la eficacia de este instrumento convencional y por ende el éxito de los procesos restitutorios.<sup>1124</sup>

El contenido del Convenio se destina a facilitar a todos los ciudadanos de los Estados parte la vía más cómoda, corta y eficaz para lograr la restitución de un menor que ha sido sustraído o, en caso de que el “interés superior del menor” apunte en otra dirección, a determinar la no procedencia de dicho proceso.<sup>1125</sup> Esta meta se alcanza con la previsión de autoridades centrales, las cuales

están facultadas para realizar los actos necesarios tendentes a la localización del menor, así como a su restitución y para efectuar los arreglos que faciliten su rápido regreso. La autoridad central está obligada además a auxiliar a los interesados para que obtengan los documentos requeridos en los procedimientos de restitución.<sup>1126</sup>

En este punto es necesario hacer un pequeño paréntesis y así sostenemos que para cumplir tan delicado cometido, esta obligación de hacer,<sup>1127</sup> las autoridades centrales deberán contar con el apoyo necesario, con los recursos personales y materiales suficientes. No cabe escatimar recursos en este ru-

dante la autoridad central, que es la vía más expedita y recomendable según la Convención de La Haya”.

<sup>1123</sup> *Guía de buenas prácticas* —primera parte, práctica de las autoridades centrales, p. 14, pfo. 1.2.1—. *Una buena cooperación es esencial para el buen funcionamiento del Convenio*.

<sup>1124</sup> Herranz Ballesteros, M., “La sustracción internacional de menores. A propósito de la S.T.C. 120/2002, de 20 de mayo de 2002”, *Revista de Derecho Privado*, 2002, p. 758; Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, pp. 157 y ss.; Pérez Manrique, R. C., “Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños”, *cit.*, p. 192. Este autor reconoce que “ha significado un histórico avance en cuanto ha colaborado a la fluidez y ha facilitado las comunicaciones y la necesaria articulación de esfuerzos entre los distintos Estados”.

<sup>1125</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, *cit.*, p. 123.

<sup>1126</sup> Perezniето Castro, L. y Silva Silva, J. A., *Derecho internacional privado, parte especial*, *cit.*, p. 189.

<sup>1127</sup> Véase la *Guía de buenas prácticas* relativa al contacto transfronterizo de los niños, en las páginas XIV, párrafo 4.4.3, y 23, párrafo 4.4.3.

bro ni caben recortes presupuestarios, alegando otros intereses más o menos discutibles, que hagan más complicada esta noble tarea. En este sentido se pronuncia la *Guía de buenas prácticas* —primera parte, “Práctica de las autoridades centrales”, página 12, párrafo 1.1—:

Las autoridades centrales deberían tener un mandato suficientemente amplio, un personal cualificado y los recursos necesarios, incluidos medios modernos de comunicación, para actuar de forma dinámica y ejercer de manera eficaz sus funciones. Las autoridades centrales deberían estar dotadas de un personal permanente capaz de desarrollar sus competencias relativas a la aplicación del Convenio;

Afirmaciones que se reiteran en la *Guía de buenas prácticas* —segunda parte, “Medidas de aplicación”, página 10, párrafo 1.1 y página 23, párrafo 4.1 y 4.2 — así como en la *Guía de buenas prácticas* —tercera parte, “Medidas de prevención”, página 6, párrafo 1.1.1.2—. <sup>1128</sup>

Aprovechando este tono reivindicativo entendemos que es igualmente necesario que cuando las autoridades centrales dan paso a los procesos restitutorios, giran la solicitud de restitución sin oponerse, sean tenidas muy en cuenta por los jueces a la hora de dictar la sentencia restitutoria. Como se señaló en las líneas anteriores “deberían tener un mandato suficientemente amplio”. Por ello, creemos que cuando las dos autoridades centrales implicadas en un proceso restitutorio (del Estado de su última residencia y la del Estado de refugio) están de acuerdo y luchan por que el menor sea restituido, dicho accionar debe tener un peso específico y no debería ser revocado sin más por el juez que conoce de la restitución; lo anterior con la excepción de que este juez observe situaciones de riesgo o peligro para el menor con su retorno. Situación que deberá justificar y motivar en su decisión. De no ser así, esto es, si el juez no tiene en cuenta para nada la solicitud de las autoridades centrales, entendemos que el *rol* de éstas se ve disminuido y su autoridad puesta en entredicho. Seoane señala en parecido tono que

las autoridades centrales deben tener el poder suficiente, mediante un mandato amplio concebido en la legislación interna de cada país, quien en definitiva determinará su estructura y capacidad de actuación, para cumplir con las obligaciones asumidas en el citado artículo y los objetivos contemplados en el Preámbulo. <sup>1129</sup>

<sup>1128</sup> En esta misma *Guía* véase la página 13 el párrafo 1.1.1. “Poderes suficientes”.

<sup>1129</sup> Véase Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, p. 160.

Por su parte, la *Guía de buenas prácticas* señala que la falta de designación o la carencia de infraestructura suficiente que conlleve el incumplimiento de las funciones que prevé el Convenio, llevará irremediablemente a la frustración de las personas implicadas a la par que elevará el nivel de fricción entre los Estados, reduciendo la confianza en este sistema convencional.<sup>1130</sup>

Cerrado el paréntesis anterior ponemos de manifiesto la regulación que hace el Convenio de La Haya de estas autoridades, concretamente, en los artículos 6o. y 7o.

El artículo 6o. señala:

Cada uno de los Estados contratantes designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio. Los Estados federales, los Estados en que estén vigentes más de un sistema de derecho o los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas tendrán libertad para designar más de una autoridad central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas autoridades. El Estado que haga uso de esta facultad designará la autoridad central a la que puedan dirigirse las solicitudes, con el fin de que las transmita a la autoridad central de dicho Estado.

Por su parte, el artículo 7o. dispone:

Las autoridades centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio. Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan: *a)* localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita; *b)* prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales; *c)* garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable; *d)* intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente; *e)* facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio; *f)* incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita; *g)* conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado; *h)* garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario

<sup>1130</sup> *Guía de buenas prácticas* —primera parte, “Práctica de las autoridades centrales”, página 12, párrafo 1, 1.1; página 13 párrafo 1.1.3 y página 25, párrafo 2.1.2—.



y apropiado; *i*) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

Una disposición que amerita ser desmenuzada y analizada.

La primera nota que destacamos es que estas autoridades pueden ejercer sus funciones directamente, involucrándose en todas las fases del proceso restitutorio, o bien puede delegarlas en otros organismos pudiendo ser éstos tanto públicos como privados.

La segunda nota es que la lista de funciones que enumera este artículo no es taxativa ni imperativa de cumplir en todos y cada uno de los casos; todo depende de la situación familiar y del Estado en el que nos encontremos.<sup>1131</sup>

Respecto a la variable estatal, la *Guía de buenas prácticas* —primera parte, “Práctica de las autoridades centrales”, introducción— página 8, párrafo—, señala que: “sus poderes y funciones varían a menudo en cuestiones de detalle según la legislación o las disposiciones nacionales que las han creado”. Así, una de las cuestiones más importantes que se reflejan del contenido convencional es que la estructura y capacidad de acción de las autoridades centrales, al no quedar determinadas, encorsetadas, en su texto, manifiestan un profundo respeto a las diferencias existentes en los Estados miembros. Por ello, la estructura de esta autoridad así como el impacto y alcance de sus actuaciones queda en manos de cada Estado contratante, provocando así una lógica variedad de previsiones.<sup>1132</sup> Esta “soberanía” se recoge en el siguiente pronunciamiento

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, PUBLICADA EN EL *DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN* EL SEIS DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS. TRATÁNDOSE DEL PROCESO, TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LA RESTITUCIÓN RELATIVA, DEBE ESTARSE A LO QUE PREVÉN LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES,

<sup>1131</sup> Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, p. 163.

<sup>1132</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, *cit.*, p. 47. Compartiendo esta idea encontramos a Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, p. 160; añade que “la CH 1980 no regula como se debe estructurar la autoridad central, esto lo deja supeditado a la legislación interna de cada Estado contratante, consecuencia lógica ante la diversidad de sistemas que tienen los Estados, a los cuales no se les puede imponer qué organismo asumirá las funciones como autoridad central, valorización que llevará a cabo cada Estado en razón de su ley interna, así como el alcance de las acciones que le competan a la autoridad central y el apoyo logístico que deberá tener para dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en la CH 1980”.

AMBOS DEL ESTADO DE QUERÉTARO. De la interpretación literal y teleológica del artículo 7o., pfs. primero y segundo, inciso f), de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores..., en cuanto establece que para lograr los objetivos de la propia Convención, los Estados participantes deben incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regularice o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita; es dable colegir, que los Estados participantes en el pacto, previeron dejar que cada uno de ellos, implantara el procedimiento relativo, adecuarlo a su sistema de derecho e instaurarlo acorde a su propia legislación, por lo que aunque conforme a la citada Convención habrá de resolverse el fondo de lo relativo a la restitución, el proceso correspondiente debe sujetarse a lo que, en lo conducente, prevé el capítulo XIV, intitulado “De la restitución de menores”, título décimo, libro primero, del Código Civil, así como ante la falta de reglas y formas especiales en la Convención, para la tramitación y resolución de este tipo de asuntos, debe estar-se a lo que dispone el Código de Procedimientos Civiles, ambos ordenamientos del estado de Querétaro.<sup>1133</sup>

Una tercera nota, quizá la que más comentarios ha desatado, se refiere a la previsión de la letra c) de este artículo 7o., al señalar la función de facilitar una solución amistosa;<sup>1134</sup> esta promoción de arreglo voluntario por parte de la autoridad central puede dar dos resultados: a) en sentido positivo conseguir la restitución voluntaria del menor, y b) el desistimiento de la acción de retorno del menor por parte de quien está interesado únicamente por el disfrute de su derecho de visita.

Si bien sería ideal que la autoridad central parara un alto porcentaje de asuntos antes de llegar a la vía judicial, no cabe desconocer que debe afrontar un gran reto para darse cuenta cuándo esta etapa prejudicial puede ser una estrategia fraudulenta, con fines dilatorios, para el progenitor sustractor, a fin de que el menor se habitúe de mejor manera a su nuevo entorno.<sup>1135</sup>

<sup>1133</sup> Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, amparo en revisión 31/2008.

<sup>1134</sup> Seoane señala que “un alto porcentaje de casos (20% del total) ha finalizado por acuerdo de partes. Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, p.185.

<sup>1135</sup> Una estrategia que no escapa a los ojos de Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, pp. 165 y 166. Asimismo advierte que “en esta etapa la autoridad central deberá mantener el equilibrio entre las obligaciones asumidas: restituir inmediatamente al menor que ha sido trasladado o retenido ilícitamente a su residencia habitual y el de garantizar «la restitución voluntaria» del menor o facilitar una «solución amigable». Por ello menciona que: “la autoridad central, en su caso, deberá evaluar cuando las negociaciones de retorno voluntario no tendrán éxito: existencia de riesgo de fuga, actitud hostil de uno o ambos padres o cuando ha existido un historial

Vale recordar que esta sustracción de un menor deriva de una situación familiar tensionada, fragmentada y poco fluida por lo que “será un logro que se consiga que todos los interesados acudan a dialogar”<sup>1136</sup> desde que el nivel de fricción entre las partes es ciertamente elevado.

En este cometido Pérez Manrique menciona que

se inserta aquí una de las tareas más importantes y delicadas de las autoridades centrales, como es la del contacto con la persona que está a cargo del NNA, brindarle asesoramiento sobre su situación procesal e intentar un retorno voluntario. Ello se dará siempre que no se corra peligro de que el sustractor se escape con el niño. Inclusive, será necesario en algunos casos contar *prima facie* con el consentimiento del requirente para intentarlo. Esta actividad puede tomar distintas formas (conciliación, mediación, negociación, etcétera), el trabajo no se agota en el asesoramiento y sugerencia al sustractor, sino que se intermedia entre las dos partes. No es propiamente una mediación, pues la otra parte no estará pre-

de violencia entre las partes”. Como tampoco escapa a la *Guía de buenas practicas*, primera parte, página 53, párrafo 4.12.

<sup>1136</sup> Núñez Verdín, D., “Medios alternativos de solución de conflictos en el ámbito de la sustracción internacional de menores”, en Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *La restitución internacional de la niñez*, cit., p. 285. Siendo muy sinceros no creemos que las soluciones amistosas y los medios de solución alternativos, funcionen cuando estamos ante un supuesto de sustracción; nos declaramos incrédulos de estas vías cuando se trata de una ruptura matrimonial que ocasiona, en un altísimo porcentaje, una fragmentación ciertamente dolorosa familiar. Por ello, no tenemos muchas esperanzas de que la solución venga por la entrega voluntaria del menor por el padre sustractor con motivo de la intervención amistosa de la autoridad central o de la intervención de un juez (transacción judicial, de conformidad con la *Guía de buenas prácticas*, parte primera, “Práctica de las autoridades centrales”, glosario, p. 9) o de tercero (mediador) que intente allegar a las partes antes de acudir a la vía judicial. Con ello no queremos decir de forma sistemática que la mediación familiar sea un fracaso puesto que puede tener altos índices de éxito en otras situaciones y contextos familiares, nada más estamos expresando que no creemos que sea una vía exitosa en esta concreto supuesto de hecho donde los cruces de acusaciones entre los padres se viene arrastrando y erosionando las relaciones matrimoniales y familiares. La *Guía de buenas prácticas*, tercera parte, medidas de prevención, señala en la página 17, párrafo 2.1.1 que: “Ciertamente, la mediación tendrá probablemente más éxito en una fase temprana que cuando hay una creciente aversión entre los progenitores motivada por una amenaza o miedo a la sustracción. Si los progenitores pueden mantener la comunicación entre ellos respecto a sus hijos habrá menos probabilidad de que se actúe unilateralmente”. Sobre el rol de la mediación también se pronuncia la *Guía de buenas prácticas*, cuarta parte, “Ejecución”, página 28, párrafos 5.1 a 5.4, puntos 89 a 96. Finalmente apuesta igualmente por el arreglo voluntario, por la mediación, en la fase de ejecución; una fase donde estimamos que se eleva a la enésima potencia la dificultad de este arreglo; véase el anexo de la *Guía de buenas prácticas* en su cuarta parte, párrafo 7.3. Por último, la *Guía de buenas prácticas* relativa al contacto transfronterizo de menores también se pronuncia sobre la mediación y su impacto en esta fase, página X, párrafo 2.2.

sente, sino de asesoramiento y sugerencia de un retorno consentido por la persona y el NNA al Estado de residencia habitual.<sup>1137</sup>

Una función de “asesoramiento-mediación” a cargo de la autoridad central y un retorno voluntario tanto del menor como del padre sustractor que se complica exponencialmente cuando se tiene una vía penal abierta contra el padre sustractor en el Estado de residencia habitual. Aun cuando algunos códigos penales rebajen la pena ante la devolución voluntaria del menor al padre sustraído, no creemos que sea un incentivo lo suficientemente relevante como para devolver al menor. Ello puede entorpecer que se vean los beneficios del retorno voluntario del menor; unos beneficios que son expuestos brevemente por la *Guía de buenas prácticas* —primera parte, página 52, párrafo 4.12—:

a) las perturbaciones sufridas por el menor son mínimas; b) se evita la polarización de la actitud de las partes que resulta de un procedimiento judicial; c) las posibilidades de obtener una solución satisfactoria a largo plazo son mayores; d) la hostilidad entre las partes para organizar un derecho de visita ulterior puede evitarse; e) el menor será menos traumatizado; f) un acuerdo entre los padres puede reducir las tensiones en el momento del retorno; g) los gastos y la duración del procedimiento judicial se reducen; h) los padres pueden ponerse de acuerdo en cuanto a las condiciones para facilitar el retorno.

Sobre este acuerdo voluntario y la mediación se pronuncia también la *Guía de buenas prácticas* —tercera parte, medidas de prevención, introducción, párrafo 2.1.1—.

Este intento de arreglo amistoso a cargo de la autoridad central la encontramos igualmente en la Ley Modelo sobre Normas Procesales, artículo 10 —fase preliminar— “La autoridad central del estado solicitará o adoptará las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del niño”.

La cuarta nota, letras d) y e), establecen la *posibilidad* de intercambiar información relativa al menor y la *obligación* de facilitar información sobre la normativa del Estado relativa a la aplicación del Convenio. Un apoyo de información (en versión original y traducida) que viene reiterado también en la *Guía de buenas prácticas* —primera parte, práctica de las autoridades centrales, página 37, párrafo 3.5—:

<sup>1137</sup> Pérez Manrique, R. C., “Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños”, *cit.*, p. 205.

Algunas autoridades centrales aportan la legislación relevante en su lengua original y una traducción de la misma en francés o en inglés, o en la lengua del Estado requerido. Algunas autoridades centrales han adoptado la buena costumbre de adjuntar a cada solicitud una nota detallada que: describe las leyes relevantes; explica el derecho de custodia del solicitante; resume los aspectos importantes de la solicitud.<sup>1138</sup>

La quinta nota está centrada en la necesidad de un retorno seguro del menor, desde que éste debe estar en todo punto exento de peligro; es por ello que en este punto la cooperación de las autoridades centrales de ambos Estados debe ser milimétrica (desde quién acompañará al menor en ese viaje de regreso, a quién sufragará los gastos del viaje, en qué fecha se realizará el traslado, o qué medidas se tomarán para evitar una doble sustracción).<sup>1139</sup>

La Ley Modelo sobre Normas Procesales en su artículo 18.3 —del contenido de la sentencia. 3. Restitución segura— determina que

el Tribunal no podrá denegar la restitución de un niño basándose en lo dispuesto en el literal b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 y literal b) del artículo 11 de la Convención Interamericana de 1989, si se demuestra que se han adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del mismo tras la restitución.

En este sentido y teniendo presente la *Guía de las buenas prácticas* —primera parte, práctica de las autoridades centrales, página 42, párrafo 3.19—, entendemos que el retorno seguro del menor al Estado de su última residencia habitual comprende tanto el que la autoridad central conozca la decisión del tribunal requerido ordenando la restitución como el hecho de saber que el procedimiento del Convenio ha finalizado con el retorno efectivo del menor.

La última nota que queremos introducir respecto al contenido de este artículo 7o. viene de la mano de la Ley Modelo sobre Normas Procesales que señala, artículo 9o. —autoridad central—:

a los efectos del cumplimiento de sus cometidos naturales atribuidos por el artículo 7o. de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la

<sup>1138</sup> Véase también la *Guía de buenas prácticas* —primera parte, página 14, párrafo 1.2.3, páginas 17 y 18, párrafo 1.3.4—.

<sup>1139</sup> Siguiendo a Seoane: “la confirmación del retorno del menor es importante a los fines de establecer si los objetivos de la CH 1980 fueron respetados, esta es una práctica que deberán tener en cuenta las autoridades centrales”, Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, p. 169.

Sustracción Internacional de Menores de 1980 y artículo 7o. de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, se consagra que deberá ser informado por el Tribunal de las actuaciones y tendrá libre acceso a las mismas.

De forma global el Informe Explicativo advierte:

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 todo 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...<sup>1140</sup>

Otra nota que cabe resaltar es que la aludida cooperación mixta se manifiesta en un doble momento: cuando el menor ha sido ya desplazado y antes de que produzca el desplazamiento “en la medida en que se trata de garantizar el goce efectivo de los derechos de guarda y visita, haciendo desaparecer una de las causas más frecuentes del desplazamiento de niños”.<sup>1141</sup>

En clave de complemento a estas funciones administrativas resaltadas por los convenios, cabe citar dos artículos que aportan datos diferentes: por un lado, el 8o., que establece la posibilidad de que el solicitante acuda a la autoridad central de la residencia habitual del menor o ante cualquier otra

<sup>1140</sup> [www.hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://www.hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), párrafos 88, 90 y 99.

<sup>1141</sup> González Campos, J. D. *et al.*, *Derecho internacional privado, parte especial, cit.*, p. 135.

autoridad. Esta flexibilidad no pasa desapercibida para Seoane y señala que no debe ser vista o interpretada como algo excepcional.<sup>1142</sup>

Por otro lado, el artículo 26 establece que

Cada autoridad central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio. Las autoridades centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente Convenio ni exigirán al solicitante pago alguno por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor. Sin embargo, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir gasto alguno de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de un abogado o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por un sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico. Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor.

Este artículo se relaciona con la previsión del artículo 7o. f), y como recuerda Seoane “sobre el particular se ha aconsejado a los Estados que faciliten la obtención de asistencia judicial y jurídica para evitar perjudicar los intereses de los niños involucrados”.<sup>1143</sup>

A la competencia de las autoridades centrales debemos unir, de conformidad con las tesis aisladas, la competencia de la vía ordinaria, la cual depende de la elección del actor.

COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA RESTITUCIÓN DE MENORES DERIVADAS DE LA CONVENCION SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE AQUÉLLOS ADOPTADA EN LA HAYA. CORRESPONDE AL JUEZ QUE ELIJA EL ACTOR. LA finalidad de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores,

<sup>1142</sup> Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, p. 170.

<sup>1143</sup> *Ibidem*, p. 167.

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 por que 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 central 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 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*.<sup>1144</sup>

Tesis que debe ponerse en necesaria relación con la siguiente:

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

<sup>1144</sup> Competencia civil 72/94. Suscitada entre los jueces Mixto de Primera Instancia del Ramo Civil del Distrito Judicial de Cintalapa, Chiapas y Segundo de Distrito en este mismo Estado, 16 de mayo de 1994.



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 competencia 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>1145</sup>

Por último, por lo que hace a la Convención Interamericana encontramos la regulación de la competencia administrativa en el artículo 7o.:

para los efectos de esta Convención, cada Estado parte designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le establece esta Convención, y comunicará dicha designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. En especial, la autoridad central colaborará con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor; asimismo, llevará a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención. Las autoridades centrales de los Estados parte cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y los otros objetivos de esta Convención.<sup>1146</sup>

## 8. Disposiciones generales

Este instrumento convencional presenta un ramillete de artículos que conforman sus disposiciones generales y que, aun cuando se pase por ellas

<sup>1145</sup> Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 543/2004.

<sup>1146</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 de 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, de 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 del niño*, México, 1999, pp. 124 y 125. Dreyzin de Klor indica 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. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias, cit.*, p. 26.

de puntillas, no cabe desconocer. Unas disposiciones que pueden ser completadas con lo dispuesto en la *Guía de buenas prácticas* —segunda parte, “Medidas de aplicación”, páginas 14 a 17, párrafo 2 con sus diversos numerales—.

El primero de estos artículos es el 22 el cual dispone que: “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”.

El segundo es el artículo 23 el cual dispone que:

No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, legalización ni otras formalidades análogas”. Este artículo se debe poner en contexto con el Convenio de La Haya sobre la Apostilla. De igual forma cabe contextualizar esta disposición con lo dispuesto en la *Guía de buenas prácticas* —primera parte, “Práctica de las autoridades centrales” página 20, párrafo 1.5.1—, así como con la *Guía de buenas prácticas* —cuarta parte página 11, párrafo 1.9.40— al señalarse la ausencia de legalización: “a un certificado o cualquier otro documento que autorice a la persona designada por el solicitante a llevarse al niño.

Otro artículo es el 25 el cual a la letra dispone que:

Los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residen habitualmente en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado.

Este artículo se pone en relación con el contenido del artículo 7.g) de este mismo instrumento convencional.

El Convenio de La Haya presenta una serie de requisitos de formalidad necesaria a la hora de regular la solicitud. Los artículos que lo recogen son varios, a saber, el 8o.:

La solicitud incluirá: *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 acuerdo 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 cualificada con respecto

al derecho vigente en esta materia de dicho Estado; g) cualquier otro documento pertinente...

El contenido de este artículo es comentado por la *Guía de buenas prácticas* —primera parte, práctica de las autoridades centrales, páginas 35 y 36, párrafo 3.2—, donde se advierte que: “No aportar la información esencial en la solicitud entrañará sin duda alguna retrasos que podrían: perjudicar las expectativas de obtener con éxito el retorno del menor; frustrar y enfadar al solicitante, que hostiga al personal de la autoridad central; y hacer perder el tiempo de la autoridad central requerida”.

En clave de continuidad y respecto de este artículo, lo encontramos en el artículo 10 —fase preliminar— de la Ley Modelo sobre Normas Procesales al mencionar que

la demanda o solicitud de restitución, que deberá ajustarse a los requisitos establecidos en los artículos 8o. de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, y 9o. de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores se podrá presentar en forma directa ante el Tribunal competente, vía exhorto o carta rogatoria, o solicitud directa ante la autoridad central (artículo 8o., Convención Interamericana).

El artículo 24:

Toda solicitud, comunicación u otro documento que se envíe a la autoridad central del Estado requerido se remitirá en el idioma de origen e irá acompañado de una traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado requerido o, cuando esta traducción sea difícilmente realizable, de una traducción al francés o al inglés. No obstante, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá oponerse a la utilización del francés o del inglés, pero no de ambos idiomas, en toda solicitud, comunicación u otros documentos que se envíen a su autoridad central...

La *Guía de buenas prácticas* —primera parte, práctica de las autoridades centrales— sostiene, en un claro tono de conciliación, en la página 38 en el párrafo 3.7, que “Para resolver los problemas asociados a la lengua, hay que recordar el espíritu de cooperación que sostiene el Convenio... Una solicitud incomprensible para la autoridad central requerida comportará retrasos inevitables o su rechazo”.

El artículo 27 establece:

Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente Convenio o que la solicitud carece de fundamento, una auto-

ridad central no estará obligada a aceptar la solicitud. 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...

Esta facultad de rechazar la solicitud debe ser ejercida “con extrema cautela”,<sup>1147</sup> y como señala la *Guía de buenas prácticas* —primera parte, “Práctica de las autoridades centrales”, página 49, párrafo 4.9—, “las autoridades centrales deben ser extremadamente prudentes antes de rechazar una solicitud, especialmente si existe una divergencia de opinión entre las autoridades centrales sobre la residencia habitual o el derecho de custodia, en la medida que estas cuestiones deberán resolverse por el juez”.

A su vez, el artículo 28 precisa: “Una autoridad central podrá exigir que la solicitud vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del solicitante, o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre”, y el artículo 30:

Toda solicitud presentada a las autoridades centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante de conformidad con los términos del presente Convenio, junto con los documentos o cualquier otra información que la acompañen o que haya proporcionado una autoridad central, será admisible ante los tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados contratantes.

En este sentido la *Guía de buenas prácticas* —segunda parte, “Medidas de aplicación”, página 38, párrafo 6.5.2—, señala que:

El Convenio suaviza ciertas reglas sobre la prueba para acelerar los procedimientos de retorno. El artículo 30 del Convenio tiene como objeto facilitar la presentación de pruebas documentales, incluyendo declaraciones juradas. Según el artículo 30, toda solicitud presentada a la autoridad central o al Tribunal, así como todo documento o información que se adjunte, son admisibles en los tribunales. Se exhorta a los Estados para que aseguren, si es necesario a través de la ley de aplicación, que tal prueba documental tenga la debida importancia según las normas nacionales de administración de la prueba. Los casos de retorno de La Haya se prestan a procedimientos sumarios. Un juicio completo, consistente en una audiencia sobre las pruebas, no será normalmente necesario o deseable.

Otro artículo que compone la parte de las disposiciones generales es el 34, el cual establece una doble cláusula de compatibilidad. La primera, de

<sup>1147</sup> Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, p. 171.

corte más específico y concreto, se refiere al Convenio de 5 de octubre de 1961, el cual no afecta a la república mexicana al no tenerla ratificada. La segunda, de carácter más abierto y general, podría referirse al Convenio Interamericano para el caso que tanto el Estado de origen y el destino lo tuvieran ratificado. Es así que fuera de esos dos instrumentos convencionales no conocemos de otro para el que se pueda establecer dicha cláusula de compatibilidad. En concreto afirma que

El presente Convenio tendrá prioridad en las materias incluidas en su ámbito de aplicación sobre el *Convenio de 5 de octubre de 1961 Sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores* entre los Estados parte en ambos convenios. 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.

Finalmente el artículo 36 indica que:

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que dos o más Estados contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución del menor, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio que podrían originar esas restricciones.

### 9. Disposiciones finales

La última parte de este instrumento convencional aborda las disposiciones finales.

En cuanto al apartado de los Estados que pueden ratificar este instrumento, el artículo 37 establece que:

El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que eran miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de su Decimocuarta Sesión. Será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Por su parte, el artículo 38 señala en continuidad con el anterior que:

Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio. El instrumento de adhesión será depositado en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países

Bajos. Para el Estado que se adhiera al Convenio, éste entrará en vigor el día uno del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de adhesión. La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio después de una adhesión. Dicha declaración será depositada en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia auténtica a cada uno de los Estados contratantes. El Convenio entrará en vigor entre el Estado que se adhiere y el Estado que haya declarado que acepta esa adhesión el día uno del tercer mes siguiente al depósito de la declaración de aceptación.

En complemento, el artículo 39 dispone que:

Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que el Convenio se extenderá al conjunto de los territorios a los que representa en el plano internacional, o a uno o varios de ellos. Esta declaración surtirá efecto en el momento en que el Convenio entre en vigor para dicho Estado. Esa declaración, así como toda extensión posterior, será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

El artículo 40 afirma que:

Si un Estado contratante tiene dos o más unidades territoriales en las que se aplican sistemas jurídicos distintos en relación a las materias de que trata el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el presente Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas y podrá modificar esta declaración en cualquier momento, para lo que habrá de formular una nueva declaración. Estas declaraciones se notificarán al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos y se indicará en ellas expresamente las unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio.

El artículo 41 dispone que:

Cuando un Estado contratante tenga un sistema de gobierno en el cual los poderes Ejecutivo, Judicial y Legislativo estén distribuidos entre las autoridades centrales y otras autoridades dentro de dicho Estado, la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del presente Convenio, o la formulación de cualquier declaración conforme a lo dispuesto en el artículo 40, no implicará consecuencia alguna en cuanto a la distribución interna de los poderes en dicho Estado.

El artículo 42 establece que:

Cualquier Estado podrá formular una o las dos reservas previstas en el artículo 24 y en el tercer párrafo del artículo 26, a más tardar en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en el momento de formular una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 ó 40. Ninguna otra reserva será admitida. Cualquier Estado podrá retirar en cualquier momento una reserva que hubiera formulado. La retirada 3 será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos. La reserva dejará de tener efecto el día uno del tercer mes siguiente a las notificaciones a que se hace referencia en el párrafo precedente.

Por último, el artículo 45 señala:

El Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos notificará a los Estados miembros de la Conferencia y a los Estados que se hayan adherido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38, lo siguiente: 1. Las firmas, ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones a que hace referencia el artículo 37; 2. Las adhesiones a que hace referencia el artículo 38; 3. La fecha en que el Convenio entre en vigor conforme a lo dispuesto en el artículo 43; 4. Las extensiones a que hace referencia el artículo 39; 5. Las declaraciones mencionadas en los artículos 38 y 40; 6. Las reservas previstas en el artículo 24 y en el párrafo tercero del artículo 26 y las retiradas previstas en el artículo 42; 7. Las denuncias previstas en el artículo 44. En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, firman el presente Convenio.

## II. LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Este instrumento es considerado por Tellechea Bergman 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>1148</sup> Lo anterior no viene más que a demostrar la gran interrelación de los convenios internacionales referentes a la minoría de edad, con independencia de su origen y foro de creación.

<sup>1148</sup> Tellechea Bergman, E., “La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre restitución internacional de menores. Consideraciones cerca de sus soluciones y su funcionamiento”, *cit.*, p. 799.

### 1. *Objetivos convencionales*

Los objetivos que persigue este instrumento convencional han sido abordados de forma conjunta con el Convenio de La Haya. A pesar de ello podemos mencionar, de forma resumida, que de manera expresa radican en dos objetivos inmediatos y manifiestos: a) proteger al menor y, en concreto, todo aquello que represente y abarque el concepto del “interés superior del menor”; lo anterior aterrizado bien a una respuesta positiva respecto al proceso restitutorio del menor o bien a una respuesta negativa al mismo; b) respetar los derechos de guarda/custodia y visita/convivencia decretados en un tercer Estado; lo anterior impactaría, indiscutiblemente, en darle continuidad a los procesos judiciales estatales.

Por su parte, de manera implícita, entendemos que los objetivos de trasfondo son dos: a) el mantenimiento del *status quo* anterior, y b) el desincentivo a la comisión, o tentativa de comisión, de estas conductas jurídica y socialmente reprochables.

### 2. *Ámbitos de aplicación*

#### A. *Material*

Este instrumento convencional se aplica a los aspectos civiles de la sustracción internacional de NNA. Como venimos afirmando en líneas precedentes este instrumento convencional, como ocurría con el Convenio de La Haya, se especializa exclusivamente en la regulación de la esfera civil de la figura de sustracción, con exclusión de los aspectos que pueda conllevar el derecho penal; la única referencia a la arista penal se encuentra en el artículo 26 de este instrumento, una mención puntual y breve que no supone una tabulación de penas, ni la imposición de multas ni una sanción que implique pena privativa de libertad. Como bien se afirma

la Convención incluye una norma de derecho penal entre sus disposiciones, cosa que resulta absolutamente novedosa en la trayectoria de la CIDIP... La incorporación de la norma inicia una senda que profundiza la CIDIP V de manera innegable a pesar de las resistencias ofrecidas por algunos países, especialmente Estados Unidos.<sup>1149</sup>

<sup>1149</sup> Cfr., Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias*, cit., p. 44.



Estamos ante una Convención de carácter bipartito desde que regula, por un lado, a través de la contemplación de tres foros competenciales neutrales y próximos, la autoridad nacional judicial internacionalmente competente (artículo 6o.); por otro, a través de la inclusión del artículo 7o., regula el papel de las autoridades centrales y por ello el sector de la cooperación procesal internacional. Si consideramos que el cuarto sector constitutivo del contenido del DIPr es la cooperación procesal internacional, entonces regularía los dos sectores constitutivos del contenido del DIPr que se encuentran en los extremos, la competencia judicial civil internacional y la cooperación procesal civil internacional; esto es, el primer y el último de los sectores de esta disciplina jurídica.

El carácter bipartito que ofrece este instrumento convencional presenta como consecuencia inevitable el que deberá coexistir con los cuerpos normativos autónomos, de origen interno, para dar una respuesta integral al caso de la sustracción internacional de menores de edad. Así, por ejemplo, si bien acudiremos al Convenio Interamericano para determinar la competencia o incompetencia de los jueces mexicanos y las vías de cooperación procesal internacional, también lo haremos con la normativa conflictual de origen interno para dar respuesta a este sector, es decir, recurriremos al artículo 13 del CCDF, así como sus correlativos en el resto de entidades federativas.

### B. *Personal*

En el mismo tenor de la Convención de La Haya, esta Convención fija la edad de corte en los 16 años,<sup>1150</sup> representando este dato la cobertura personal de este instrumento. En esta ocasión, como ocurría con el Convenio de La Haya, se utiliza una técnica de reglamentación directa de cara a fijar la minoría de edad, de tal suerte que se elimina la relatividad de soluciones y se aumenta, en este sentido, la seguridad jurídica al conocer de antemano la edad de cobertura convencional. Es así que este Convenio evita recurrir a la legislación del Estado de residencia habitual del menor para fijar la

<sup>1150</sup> En un periodo anterior a la elaboración de esta Convención Interamericana se afirmaba 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 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”. Véase, Álvarez Cozzi, C., *Restitución internacional de menores*, Montevideo, Editorial Universidad, 1988, p. 16.

minoría de edad, la cual podría variar de Estado a Estado. Tanto en la edad de corte como en la técnica de reglamentación utilizada encontramos una misma línea en los dos instrumentos convencionales.

En este sentido vuelve a llamarnos la atención que la edad de corte no se sitúe en los 18. Es por ello que nuevamente nos asalta la duda de si este corte de edad no se confrontaría con el orden público al ser considerada la minoría civil en México la edad de 18 años. 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 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>1151</sup>

Es así que debemos diferenciar entre la edad de cobertura convencional, la cual se corta a los 16 años, y la minoría de edad que se establezca civilmente en cada Estado.

### C. Temporal<sup>1152</sup>

Esta Convención presenta un carácter irretroactivo, es decir, se aplicará para todos aquellos procesos restitutorios que se presenten con posterioridad a la entrada en vigor para cada Estado en particular. En concreto, para la república mexicana se aplicará para todos aquéllos procesos iniciados con posterioridad al 5 de noviembre de 1994.<sup>1153</sup> *A contrario sensu*, afirma-

<sup>1151</sup> Tellechea Bergman, E., “Las convenciones interamericanas sobre restitución internacional de menores y obligaciones alimentarias de Montevideo de 1989”, *cit.*, pp. 113 y 114.

<sup>1152</sup> Se firma en Montevideo, el 15 de julio de 1989, con entrada en vigor internacional el 4 de noviembre de 1994, de conformidad con el artículo 36 de este instrumento entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Disponiéndose en este sentido en el artículo 37 que este instrumento regirá indefinidamente. México la firma el 6 de abril de 1992, se aprueba por el Senado el 22 de junio de 1994, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación el 6 de julio de 1994, la vinculación de México se produce por ratificación el 5 de octubre de 1994, la entrada en vigor para México es el 4 de noviembre de 1994 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 18 de noviembre de 1994.

<sup>1153</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

mos que aquellos procesos restitutorios que se inicien con anterioridad no tendrán cobertura convencional sino autónoma, local, de origen nacional.

En este rubro debemos señalar los artículos 36 y 37 de esta Convención que a la letra señalan:

#### Artículo 36:

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.

#### Artículo 37:

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>1154</sup>

#### D. *Espacial*

Afirmamos que el impacto de este Convenio, traducido en el número de Estados parte, no es tan elevado como el que presenta el Convenio de La Haya; ahora bien, como ya afirmamos, debe contextualizarse en el hecho de que procede del foro de codificación regional que representa la CIDIP. Por lo anterior no creemos que se pueda establecer comparación alguna en estos extremos entre ambas convenciones.<sup>1155</sup>

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.

<sup>1154</sup> Estamos en presencia de una diferencia entre la Convención Interamericana y el de La Haya, en este caso se trata de 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”.

<sup>1155</sup> Perezniето Castro, L. y Silva Silva, J. A., *Derecho internacional privado, parte especial, cit.*, p. 187. Estos autores señalan que “conviene dejar constancia de la escasa cobertura que tiene la Convención Interamericana sobre sustracción, pues sólo cuenta con cinco países,

Esta Convención está firmada y ratificada, a la fecha, por catorce Estados.

En otro orden de ideas vemos que este instrumento requiere, en este requisito aplicativo, 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>1156</sup> El artículo 1o. de este instrumento 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 una *apriorística* complicada triangulación que establece este artículo vemos que finalmente exige que el Estado de origen (residencia habitual) y el Estado de destino del menor sean Estados parte de la Convención. Es así que, al igual que en el Convenio de La Haya, los Estados de tránsito del menor no influyen en la aplicación o no de este instrumento convencional, bastando únicamente que el de origen y el de destino o refugio sean Estados parte.

Es por lo anterior que afirmamos que, al igual que el instrumento de La Haya, el Interamericano es también un instrumento *inter partes*, es decir, se aplica sólo entre Estados parte; así, si el menor procede de un Estado parte

y destacar la amplitud de la Convención de La Haya, que incluye a 55, entre ellos los tradicionalmente considerados de destino, como Estados Unidos de América”. El panorama descrito por ambos autores ha cambiado ligeramente a la fecha desde que el ámbito de aplicación espacial de este instrumento está conformado por 14 Estados parte.

<sup>1156</sup> Como anotara Álvarez Cozzi: “...la conexión de 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 con la conexión domiciliar clásica y con 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 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 internacional de menores y obligaciones alimentarias de Montevideo de 1989”, 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 de menores”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. 55, núm. 1, 1995, pp. 33 y 34.

pero ha sido trasladado a un tercer Estado no parte, este instrumento no es aplicable. Tampoco se aplica este instrumento 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, al igual que ocurría con el Convenio de La Haya, ante una falta de determinación conceptual. Si bien alabamos la decisión de no incorporar una definición que posiblemente hubiera dificultado las negociaciones de esta Convención, también creemos que es necesario tener parámetros estatales mínimos y máximos, siempre claros, en los que se debe mover la determinación y delimitación de este importante término; es así que ante esta falta de conceptualización, debemos remitirnos a la normativa material del ordenamiento de cada Estado implicado. Estamos ante una técnica normativa indirecta que potencia la relatividad de soluciones.

El hecho de que aparezca la “residencia habitual” como el punto 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 de competencia. Como bien señala Sabido Rodríguez 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>1157</sup>

### 3. Competencia judicial

Si bien no estamos ante el instrumento convencional más ambicioso si a su contenido nos referimos,<sup>1158</sup> de los que se han negociado en el seno de la

<sup>1157</sup> 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*, cit., p. 724.

<sup>1158</sup> Esta afirmación se lanza desde que el Convenio Interamericano sobre restitución internacional de menores es un instrumento bipartito puesto que da respuesta en su articulado únicamente a la competencia judicial civil internacional y a la cooperación entre autoridades. Por el contrario, si lo contraponemos con el Convenio Interamericano sobre alimentos observamos que es un convenio tripartito desde que da respuesta al sector competencial, del derecho aplicable y de la cooperación procesal internacional. Si lo contraponemos con el Convenio Interamericano sobre adopción internacional de menores vemos que es un Convenio bilateral desde que da respuesta al sector competencial y del derecho aplicable. Lo anterior nos lleva a alcanzar la conclusión de que si bien su contenido no es tan ambicioso como los otros instrumentos interamericanos que mencionamos, sí es un importante instrumento en el sector que aborda, el cual lo hace de manera magistral.

CIDIP hasta la fecha, podemos señalar que es un Convenio muy generoso a la hora de diseñar la predeterminación legal de la competencia internacional (artículo 6o.).

La inclusión de tres foros competenciales representa una de las más destacadas características de este instrumento interamericano frente al Convenio 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.

Este instrumento ofrece tres foros competenciales, a saber, como regla general “las autoridades judiciales o administrativas de la residencia habitual del menor inmediatamente antes de su traslado o retención”; y como regla excepcional se une la posibilidad de que a opción del actor y en caso de urgencia, sean competentes “las autoridades donde se encontrare o se supone que se encontrare el menor al momento de efectuarse dicha solicitud, así como las autoridades donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación” (*forum loci delicti commissi*). La inclusión convencional del *forum loci delicti commissi* es de alabar a pesar de que en un elevado número de casos coincidirá con el lugar de la residencia habitual del menor (cuando el traslado es ilícito) o con el lugar de destino del menor, esto es, donde está retenido ilícitamente al ser éste el lugar donde se encuentre o se presuma que se encuentre (cuando el traslado ha sido lícito). Ahora bien, a pesar de que en un elevado número de casos coincida con estos dos foros no está de más que se prevea este foro competencial.

Como cierre a esta idea señalamos que la oferta convencional de varios foros competenciales viene a consolidar una forma sofisticada de *forum shopping*, así como de una correlativa “relatividad de soluciones”.<sup>1159</sup> Una mezcla explosiva que, sin duda, debe tenerse cuidado a la hora de aterrizar de forma casuística. En este sentido observamos que al ser tres los foros nacionales internacionalmente competentes se oferta un interesante *forum shopping*, el cual busca evitar un “foro de necesidad”, una denegación de

<sup>1159</sup> Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho de familia internacional*, cit., p. 278. Por su parte, Dreyzin de Klor admite 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. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias*, cit., p. 26.

justicia. Mientras más foros nacionales se ofrezcan como competentes se reducen las posibilidades de que el supuesto quede sin resolver y derive en un indeseable foro de necesidad. Obviamente este abanico de posibilidades competenciales tiene como objetivo la protección del menor, concretamente de su “interés superior”.

La ausencia de una definición del concepto de “urgencia” refuerza la idea de la existencia de foros alternativos.

Los tribunales ya mencionados serán igualmente 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>1160</sup>

#### 4. *Competencia administrativa*

Este instrumento, además de establecer una competencia centrada en tres foros competenciales, uno como regla general y dos como reglas excepcionales, también ofrece una importantísima vía administrativa representada por las autoridades centrales.<sup>1161</sup> Una previsión que coincide plenamente con el Convenio de La Haya.

El artículo 7o. y la transcendencia del mismo se han abordado en el homólogo apartado referido al Convenio de La Haya. Como resumen se 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>1162</sup>

<sup>1160</sup> Como bien señala Sabido Rodríguez: “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”, *cit.*, pp. 169, 733 y 734.

<sup>1161</sup> Como bien recuerda 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 Extranjero de 1975, y en la Convención sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares de 1979. Berraz, C., *La protección internacional del menor en el derecho internacional privado*, *cit.*, p. 34.

<sup>1162</sup> Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias*, *cit.*, p. 48.

### 5. *Compatibilidad de convenios*

Un aspecto vital que debe resolverse es la determinación de qué cuerpo normativo aplicamos cuando estamos en presencia de dos Estados que tienen firmado y ratificado tanto la Convención Interamericana como el Convenio de La Haya; ésta sería la situación que interconectara Estados como Argentina, Belice, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela con México. Es decir, 12 (incluido a México) de los 14 Estados que tienen firmado tanto el Convenio Interamericano como el instrumento de La Haya. Las dos destacables excepciones la representan Antigua, Barbuda y Bolivia que tienen firmada y ratificada la Convención Interamericana pero no el Convenio de La Haya.

El primer escenario se daría cuando la restitución involucra a México con Bolivia o Antigua y Barbuda; el instrumento a aplicar para solucionar la sustracción del menor en este caso sería el instrumento interamericano, siempre que sus ámbitos de aplicación coincidan con el supuesto de hecho planteado; el segundo escenario, más complejo apriorísticamente se daría cuando la restitución involucra a México con un Estado distinto a Bolivia y a Antigua y Barbuda, es decir, con uno de los once señalados anteriormente. Nos enfrentamos a la determinación de la compatibilidad entre estos dos convenios internacionales cuyo mínimo común denominador es el criterio *ratione materiae* que abordan.

La solución a la compatibilidad entre dos instrumentos convencionales, de manera general, hay que buscarla en el último instrumento elaborado, basándose exclusivamente en un criterio temporal. En este caso concreto, la cláusula de compatibilidad 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>1163</sup> Así, este instrumento convencional establece en su artículo 34:

entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueron 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>1164</sup>

<sup>1163</sup> El Convenio Interamericano es de 1994 mientras que el Convenio de La Haya es de 1980.

<sup>1164</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*.



Esta compatibilidad entre instrumentos convencionales se produce de manera pacífica desde que el artículo 34 *in fine* del Convenio de La Haya de sustracción dice que

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 señala el Informe Explicativo del Convenio de La Haya

...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>1165</sup>

Lo anterior facilita y da mayor sentido a la previsión incorporada en la Convención Interamericana.

<sup>1165</sup> [www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf](http://www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf), pfo. 39.