

CAPÍTULO DECIMOQUINTO

RÉGIMEN CONVENCIONAL DE COMPETENCIA JUDICIAL CIVIL INTERNACIONAL

I. NOCIONES GENERALES

De acuerdo con la Ley sobre la Celebración de Tratados, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de enero de 1992, se estima que un “Tratado” es:

...el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, ya sea que para su aplicación requiera o no de la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, *mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos*. De conformidad con la fracción I del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos los tratados deberán ser aprobados por el Senado y *serán Ley Suprema* toda la Unión cuando estén de acuerdo con la misma, en los términos del artículo 133 de la propia Constitución (énfasis añadidos).

Concepto que encontramos en el artículo 2o., fracción I, de dicha Ley.⁴³¹ De esta redacción podemos extraer dos comentarios.

El primero corresponde con la aclaración de que la firma y posterior ratificación de convenios internacionales por la República mexicana da lugar a compromisos internacionales que no se pueden eludir e incumplir, ni justificada ni injustificadamente. El incumplimiento o errónea aplicación de los cuerpos convencionales genera responsabilidad internacional.⁴³²

⁴³¹ Como bien se ha llegado a señalar: “para efectos de definir el término de tratado en nuestra Constitución son de especial interés el artículo 76, fracción I, el 89, fracción X y el 133, los cuales, para referirse a los tratados utilizan diferentes expresiones: el artículo 76 habla de tratados internacionales y convenciones diplomáticas, el artículo 89 de tratados internacionales y el 133 únicamente de tratados”. Ortiz Ahlf, L., *op. cit.*, pp. 42 y 45. Esta autora da a conocer las discusiones en los debates del Constituyente de 1856 y el motivo por la distinta terminología.

⁴³² En este sentido nos parece acertado transcribir la experiencia española mencionada por la profesora Vargas Gómez-Urrutía. En este sentido señala que: “España fue exhortada

En segundo lugar, y en clara conexión con lo anterior, debemos determinar la jerarquía aplicativa de los instrumentos convencionales para no ex-cusarnos en un errático argumento. Iniciamos afirmando la concurrencia de tres factores: el artículo 133 constitucional⁴³³ y la interpretación que de él se ha hecho en dos momentos recientes la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una en 1999⁴³⁴ y otra en el 2007,⁴³⁵ y el artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derechos de los Tratados, del 23 mayo de 1969.⁴³⁶

en 1987 para que tomara sin demora medidas internas apropiadas con el fin de que se dieran a su autoridad central y a las autoridades judiciales y administrativas, los poderes necesarios y los medios adecuados para el cumplimiento del convenio. Se llegó incluso a considerar la posibilidad de exigir responsabilidad internacional al Estado español por incumplimiento del Convenio. Las razones esgrimidas por los Estados miembros se referían fundamentalmente: al transcurso excesivamente largo de los plazos para todo tipo de tramitación; el insuficiente cuidado en la forma de cumplimentar los trámites e incluso de presentar los datos; a que los casos no se resolvían, y sólo en un caso se había producido efectivamente la devolución en término de seis semanas; a la utilización de una vía incorrecta, por parte de las autoridades españolas, fruto de una interpretación errónea del artículo 14 del convenio que condujo a la utilización del procedimiento de *exequatur*". Vargas Gómez Urrutia, M., "El interés del menor como principio inspirador 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. 118.

⁴³³ Del artículo 133 constitucional no se desprende una clara e indubitada jerarquía de los instrumentos convencionales. Su contenido es el siguiente: "esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión". Dos interpretaciones son posibles tras la lectura literal de este artículo. Ambas igualmente descartables según nuestra opinión. La primera que vendría a sostener que los tres cuerpos normativos señalados tienen la misma jerarquía aplicativa. Es decir, no hay trato preferencial respecto a la Constitución, las leyes (sean éstas federales o estatales) y los tratados. La segunda, que la Constitución está en un nivel *supralegal* y *supraconvencional*. Una vez determinado que esta supremacía constitucional estamos ante dos cuerpos normativos de igual jerarquía aplicativa cuando nos referimos a los tratados o a las leyes (federales o estatales).

⁴³⁴ En esa tesis aislada se señaló que los tratados internacionales tendrían un carácter *infraconstitucional* pero *supralegal*. Se convirtió en una tesis asimilada por todos y cada uno de los operadores jurídicos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una sentencia emitida del 11 de mayo de 1999 en virtud de un amparo promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, nos daba la clave para interpretar este artículo constitucional. En este sentido afirmó que los tratados internacionales se sitúan por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes. Tesis P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. X, noviembre de 1999, p. 46.

⁴³⁵ Amparo en Revisión: 1277/2004, quejosa: Comercializadora de cárnicos San Francisco de Asís, Sociedad Anónima de Capital Variable.

⁴³⁶ Cuyo contenido afirma que: "El Derecho interno y la observancia de los Tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

De la suma de estos tres factores estimamos acertado colocar a los Convenios en un escalón *infraconstitucional* y *supralegal*. Esta declaración de jerarquía aplicativa de los cuerpos normativos nos conduce a afirmar que las relaciones existentes entre el derecho autónomo y el convencional son de “jerarquía aplicativa” o “primacía aplicativa”; entre ambos cuerpos normativos no es sobre una relación de derogación-validez sino de prioridad aplicativa. Derivado de lo anterior afirmamos que la entrada en vigor de un convenio no supone la derogación de una norma autónoma cuando ambas se solapen desde un punto de vista estrictamente material. Si proclamamos la existencia de una relación de derogación-validez estaríamos en el absurdo jurídico de que al momento en que un Convenio fuera denunciado se produciría un vacío normativo. Por el contrario, la relación existente es de subordinación aplicativa; la denuncia de un Convenio solamente motiva la aplicación, sin condición y automática, de la norma autónoma.

En la actualidad el instrumento convencional no es la vía más óptima para la armonización del derecho; ya que son instrumentos que presentan más debilidades que fortalezas.⁴³⁷

Podemos destacar como su principal logro la consecución de la unificación del derecho en los distintos Estados, independientemente de la tradición de éstos *Civil law* o *Common law*. Estos instrumentos, elaborados por especialistas, logran superar las fronteras estatales y las barreras que pueda representar la legislación nacional y asientan conceptos y principios aceptados multilateralmente, conceptos “supranacionales”.⁴³⁸

De manera contextualizada los convenios evitan la generación de conflictos competenciales negativos a la hora de ofrecer una regulación uniforme de la competencia judicial civil internacional.⁴³⁹ Es difícil que a través de la aplicación de un convenio internacional que tenga uno o varios artículos competenciales se genere denegación de justicia, un conflicto negativo de competencia. Cabe destacar que los convenios internacionales representan la mejor forma de materializar el principio de proximidad razonable a la

⁴³⁷ Rodríguez Jiménez, S., “Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños”, *Memorias de las Jornadas de protección a la infancia celebradas* en la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, los días 29 y 30 de noviembre de 2011, en prensa.

⁴³⁸ Como se ha llegado a señalar: “es el instrumento fundamental en la consecución de un Derecho uniforme, aunque no el único”. Fernández Rozas, J. C y Sánchez Lorenzo, S., *op. cit.*, p. 60.

⁴³⁹ En este sentido se ha señalado que: “con el fin de evitar las consecuencias de los conflictos negativos y positivos, los Estados tienen la facultad, por vía de tratados, de regular la competencia de sus tribunales a nivel internacional”. Staelens Guillot, P., *op. cit.*, p. 70.

hora de atribuir competencia judicial civil internacional, en función de la previsión de puntos de contacto competencial neutrales. En este sentido, los tratados que regulan la competencia judicial internacional, de manera general o por materia, determinan aquélla excluyendo en todo punto la existencia de foros exorbitantes; descartando la posibilidad de un exceso y un abuso de atribución de competencia entre los Estados parte. La inexistencia de foros exorbitantes en los convenios conlleva la reducción de decisiones claudicantes potenciando la emisión de pronunciamientos reconocibles y ejecutables.⁴⁴⁰

En cuanto a sus debilidades, cuantitativa y cualitativamente más llamativas, podemos señalar que los instrumentos convencionales caen rápidamente en la obsolescencia, quizá motivado por la lenta y compleja modificación de su contenido, cuya actualización es ciertamente complicada⁴⁴¹ por la cambiante sociedad. El anclaje a una determinada época y realidad produce una importante limitación para dar una respuesta a las necesidades planteadas por la volátil realidad.

Por lo que se refiere a la uniformidad en la previsión de reglas a veces el resultado no es muy positivo debido a la posibilidad de realizar reservas y/o declaraciones interpretativas a la hora de firmar/ratificar o adherirse a los convenios. La realización de reservas o declaraciones interpretativas implica un grado de relajación en la uniformidad del derecho desde que

⁴⁴⁰ En este orden de ideas encontramos a Boggiano que afirma que: “cabe destacar como práctica internacional de los estados la celebración de tratados sobre la determinación de la ley aplicable a casos de DIPr que suponen el principio general de razonabilidad de contactos. Además, aquella práctica se extiende a tratados sobre la determinación de la jurisdicción internacional de los tribunales nacionales y reconocimiento de sentencias extranjeras que excluyen la exorbitancia o exceso de jurisdicción entre los Estados partes, lo cual supone necesariamente admitir la búsqueda de contactos jurisdicciones razonables. Ello implica un reconocimiento inequívoco del *principio de razonabilidad de contactos*”. Boggiano, A., *op. cit.*, p. 28.

⁴⁴¹ Reproduciremos aquí lo dispuesto en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados respecto a la enmienda y modificación de un Convenio para poder dar crédito a la afirmación realizada. “Parte IV. Enmienda y modificación de los tratados. Artículo 39. Norma general concerniente a la enmienda de los tratados. Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa”. Necesitamos de conformidad con el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados dos terceras partes de los Estados parte del Convenio para poder enmendarlo o modificarlo; así lo establece el artículo 9o. cuyo texto reproducimos a continuación. “Adopción del texto. 1. La adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2.2. La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente”.

cada Estado puede presentar por ambas vías conceptos arraigados que no comparte con el resto de Estados.

Otro inconveniente es la falta de obligatoriedad en su firma y ratificación, lo que hace que algunos convenios multilaterales parezcan bilaterales debido a su recepción estatal.⁴⁴² A veces, el éxito planeado en la negociación respecto de un determinado convenio choca de manera frontal a la hora de las firmas y ratificaciones. Los motivos e intereses pueden ser variados, de distinta índole, social-políticos-culturales-económicos, que hace que un Estado no quiera incorporar en su ordenamiento jurídico ese instrumento.

Por último, estimamos que la maraña de instrumentos convencionales puede hacer que la compatibilidad entre ellos no quede lo suficientemente clara y haga que cada Estado aplique de manera diferente un convenio.⁴⁴³ Tenemos convenios que se solapan en la materia que abordan, pero se diferencian por la época de su negociación o, más complicado aún, por el foro de codificación del que proceden. Es por ello que a la hora de aplicar estos instrumentos debe tenerse muy claro la cláusula de compatibilidad que se haya diseñado en cada instrumento, principalmente en el último que haya surgido en el tiempo.

Es por estas y otras razones que se está planteando una vía alterna para superar esos “efectos secundarios” que están en el génesis de los convenios. Nos referimos a las técnicas de *Soft Law* y, más concretamente, a las denominadas Leyes Modelo.⁴⁴⁴ Brevemente, debemos enunciar que estas Leyes Modelo son elaboradas, al igual que un convenio, por especialistas en la materia y otorgan absoluta libertad para incorporar o no en los ordenamientos jurídicos estatales. La ventaja que creemos que marca la diferencia es que cada Estado al incorporarla lo hace en su normativa autónoma lo que implica un amplio margen de maniobra para modificarla cuando crea conveniente y adaptarla así a su realidad.

⁴⁴² Nos referimos, por ejemplo, a la Convención Interamericana sobre Ley aplicable a los Contratos Internacionales.

⁴⁴³ Observamos que existen numerosos riesgos a la hora de delimitar la aplicabilidad de los Convenios; riesgos que pueden oscilar entre su inaplicabilidad hasta su aplicación incorrecta y al libre albedrío del juez.

⁴⁴⁴ Del Toro Huerta, M., “El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, p. 535; Fernández Arroyo, D. P., “La CIDIP VI: ¿Cambio de paradigma en la codificación interamericana de derecho internacional privado?”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 14, 2003, México, p. 159 y González Martín, N., “Private International Law in Latin America: from hard to soft law”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, México, 2011, p. 397.

II. CONVENIOS COMPETENCIALES

1. *Convenciones de la Conferencia de Interamericana de Derecho Internacional Privado*

A. *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas*

Esta convención fue aprobada en la Primera Conferencia Especializada Interamericana de DIPr (CIDIP I), celebrada en Panamá en el año 1975. Dieciocho artículos conforman el contenido de esta convención. Es importante a la hora de abordar el estudio de las convenciones analizar sus tres ámbitos de aplicación en cuanto a que éstos fungen como requisitos *cumulativos* necesarios para su puesta en funcionamiento y aplicación:

a) Ámbito de aplicación material implica dar cobertura a letras de cambio, pagarés y facturas. A pesar de que su título parece indicar que su contenido da cobertura únicamente al derecho aplicable debemos señalar que no estamos ante un instrumento unitario sino bipartito ya que también da cobertura a la competencia judicial civil internacional.

b) El ámbito de aplicación temporal es de carácter irretroactivo, característica que acompaña a las Convenciones Interamericanas. Su carácter irretroactivo no se extrae expresamente de la convención por lo que hay que acudir a las reglas supletorias marcadas por el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados. En concreto, debemos acudir a la sección segunda relativa a la “Aplicación de los tratados”, artículo 28 sobre “Irretroactividad de los tratados” que señala:

Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

Por lo que se refiere a su entrada en vigor, el artículo 15 señala:

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.

Cláusula que podemos denominar “tipo”, al ser uniforme en todas las Convenciones Interamericanas. Se firma en Panamá el 30 de enero de 1975 con entrada en vigor internacional del 16 de enero de 1976. Firmada por México el 27 de octubre de 1977, se aprueba por el Senado el 28 de diciembre de 1977, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación el 9 de febrero de 1978, la vinculación de México se da por ratificación el 27 de marzo de 1978, y su entrada en vigor para México es el 26 de abril de 1978, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 25 de abril de 1978. Por tanto todas las acciones ejercitadas con anterioridad a 1978 deben regirse según la normativa autónoma, mientras que todas las acciones ejercitadas con posterioridad a esa fecha pueden llevarse de conformidad con esta Convención siempre que se cumplan sus tres requisitos *cumulativos*.

c) Su ámbito de aplicación espacial es de una convención *inter partes* aunque esta característica tampoco se deduce expresamente de alguno de sus artículos. Los Estados que a la fecha lo tienen incorporado son: Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Esta Convención apunta a la regulación exclusiva de la ley aplicable, encontramos tres artículos que regula la competencia judicial internacional y lo hace en el siguiente sentido:

Primero el artículo 8o.: “Los tribunales del Estado parte donde la obligación deba cumplirse o los del Estado parte donde el demandado se encuentre domiciliado, a opción del actor, serán competentes para conocer de las controversias que se susciten con motivo de la negociación de una letra de cambio”. Este instrumento convencional establece dos foros alternativos que señalan dos potenciales tribunales como competentes: *a)* el tribunal del cumplimiento de la obligación y *b)* donde el demandado esté domiciliado. Esta competencia potencial se materializa con la presentación de su solicitud por parte del actor en uno de los dos foros.

Segundo el artículo 9o.: “Las disposiciones de los artículos anteriores son aplicables a los pagarés”. De lo anterior se deduce que tenemos los mismos foros alternativos en materia de pagarés.

Y tercero, el artículo 10:

Las disposiciones de los artículos anteriores se aplicarán también a las facturas entre Estados partes en cuyas legislaciones tengan el carácter de documento negociables. Cada Estado parte informará a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos si, de acuerdo con su legislación, la factura constituye documento negociable.

En este sentido, en México se ha señalado que:

...tengo la honra de referirme a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas hecha en la ciudad de Panamá, el 30 de enero de 1975. Como es del conocimiento de Vuestra Excelencia, México es parte de dicha Convención. Al respecto, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 10, párrafo II de esa Convención, notifico a Vuestra Excelencia que las facturas no son documentos negociables de conformidad con la legislación mexicana (12 de diciembre de 1983).

De esta misma temática encontramos la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales donde consta el 11 de septiembre de 1992 como la fecha crítica de ratificación por México.

B. *Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias*

Esta Convención fue aprobada en la Primera Conferencia Especializada Interamericana de DIPr (CIDIP I), celebrada en Panamá en 1975. La Convención condensa en poco más de una veintena de artículos los puntos necesarios para la tramitación de exhortos o cartas rogatorias en materia civil o comercial.

Ahora bien, una primera afirmación tiene que ver con la existencia de otra Convención procedente del foro de codificación de La Haya, la cual da respuesta a este mismo supuesto material: el Convenio de La Haya sobre Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en materia Civil o Comercial. En este sentido también encontramos dos instrumentos que se solapan materialmente, no creemos que se trate de una duplicidad de esfuerzos banal; por el contrario, se trata de dos Convenios que dan respuesta a un mismo supuesto desde distintos ángulos geográficos. Se ha señalado que: “es una normativa evidentemente inspirada por las tareas codificadoras de la Conferencia de La Haya de DIPr”.⁴⁴⁵

Esta Convención se caracteriza por tener el mayor impacto en la práctica judicial mexicana, existiendo sobre la misma algunas tesis aisladas.⁴⁴⁶ De aquí se extrae una primera nota del éxito de este instrumento convencional;

⁴⁴⁵ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *op. cit.*, p. 419.

⁴⁴⁶ Rábago Dorbecker, M., “Codificación del derecho internacional privado en México”, en Cruz Barney, Ó., *La codificación*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2006, p. 171.

además del criterio cuantitativo traducido en el número de Estados partes que a la fecha lo han incorporado en su ordenamiento jurídico.⁴⁴⁷ Dos factores implican el notable éxito de este instrumento convencional, uno aplicativo y el otro receptivo.

Respecto a los ámbitos de aplicación de esta Convención observamos:

- a) El ámbito de aplicación material da cobertura a la tramitación de exhortos o cartas rogatorias, términos que son empleados de manera sinónima, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. En concreto, exhortos o cartas rogatorias referidas a la materia civil o comercial y que tengan por objeto: 1) la realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero; 2) la recepción y obtención de pruebas de informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto. En sentido negativo, la propia Convención, artículo 3o., determina que no da cobertura a los actos que impliquen ejecución coactiva. Para completar este primer ámbito de aplicación debemos recurrir a la disposición décimo sexta de este instrumento que dispone:

...los Estados partes en esta Convención podrán declarar que extienden las normas de la misma a la tramitación de exhortos o cartas rogatorias que se refieran a materia criminal, laboral, contencioso-administrativa, juicios arbitrales u otras materias objeto de jurisdicción especial. Tales declaraciones se comunicarán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

- b) Ámbito de aplicación espacial afirmamos que este instrumento tiene un carácter *inter partes*; es decir, para su aplicación se exige un criterio de reciprocidad. Nada más tiene aplicación entre los Estados que lo tienen firmado y ratificado, esto es, incorporado en sus ordenamientos jurídicos y son: Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Guatemala, México, Uruguay y Venezuela.
- c) Finalmente, en cuanto a su ámbito de aplicación temporal de conformidad con el artículo 22, entra en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación; nota común a toda Convención Interamericana. Cabe señalar, es una convención que presenta una duración indefinida, algún

⁴⁴⁷ De conformidad con la información facilitada por la página de la Organización de Estados Americanos, la Convención cuenta con diecisiete ratificaciones y dos firmas.

común también al resto de convenciones que serán objeto de comentario en este estudio. Se firma en Panamá el 30 de enero de 1975, con entrada en vigor internacional el 16 de enero de 1976. México firmó el 27 de octubre de 1977, lo aprueba por el Senado el 28 de diciembre de 1977, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación el 20 de febrero de 1978, México se vincula por ratificación el 27 de marzo de 1978 y, entra en vigor el 26 de abril de 1978 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 25 de abril de 1978.

Esta Convención introduce, en su artículo 4o., la obligación de designar por cada Estado parte una Autoridad Central que se declare con competencia para recibir y repartir exhortos o cartas rogatorias. México determina en la ratificación que: “designo a la Secretaría de Relaciones Exteriores de México como la autoridad central competente para recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias, a los efectos provistos en la Convención (el 7 de febrero de 1983)”. Aunado a esta Autoridad Central se ofrecen tres posibilidades para dar trámite a estas cartas rogatorias o exhortos, a saber, la judicial, los consulados o agentes diplomáticos y las partes interesadas.

En otro orden de ideas, el artículo 9o. señala que: “el cumplimiento de exhortos o cartas rogatorias no implicará en definitiva el reconocimiento de la competencia del órgano jurisdiccional requirente ni el compromiso de reconocer la validez o de proceder a la ejecución de la sentencia que dictare”; en este sentido, la Convención mantiene intacta la necesidad de revisar la competencia del juez de origen, lo cual se convierte en un requisito de cumplimiento ineludible. La Convención establece una interesante y necesaria separación entre la revisión de la competencia judicial internacional del juez de origen y la tramitación de una carta rogatoria. De igual forma, se establece la misma separación entre la tramitación de exhorto y la ejecución de la sentencia que en su caso se dictará. Sin embargo, no se establece una relación directa ni una vía abierta entre la tramitación del exhorto y la afirmación de la competencia judicial directa e indirecta.

Por lo que se refiere a su normativa competencial encontramos el artículo 11 que señala:

...el órgano jurisdiccional requerido tendrá competencia para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo del cumplimiento de la diligencia solicitada. Si el órgano jurisdiccional requerido se declarare incompetente para proceder a la tramitación del exhorto o carta rogatoria, transmitirá de oficio los documentos y antecedentes del caso a la autoridad judicial competente de su Estado.

C. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros

Esta Convención fue aprobada en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de DIPr (CIDIP II), celebrada en Montevideo, República de Uruguay, en 1979. De esta Convención el profesor Silva ha señalado que: “ha sido un factor importantísimo para el desarrollo normativo de la competencia internacional”.⁴⁴⁸

Esta Convención cuenta con apenas catorce artículos y se han destacado efectos limitados en lo referente a la competencia internacional, muy similar a la Convención Interamericana sobre competencia a nivel internacional; siendo ésta última un escueto intento de complementar la primera. Ya desde estas primeras líneas queremos manifestar otra crítica. Si bien las sentencias judiciales y los laudos arbitrales tienen los mismos efectos (cosa juzgada formal y material, efecto constitutivo, título ejecutivo), no cabe desconocer que su origen es completamente diferente y se guían por principios y criterios completamente disímiles. Por lo que no creemos que puedan mezclarse estos pronunciamientos en un mismo cuerpo normativo destinado a conceder eficacia extraterritorial. Es más, estimamos que sobra la inclusión de los laudos arbitrales desde que estos estaban perfectamente regulados en la Convención de Nueva York, del 10 de junio de 1958; Convención de la que se puede proclamar un gran éxito por el número de Estados que la han incorporado a la fecha. Consideramos que hubiera sido mejor la negociación y realización de dos cuerpos normativos que se focalizaran en cada uno de los pronunciamientos por separado; siendo el Convenio de eficacia extraterritorial de laudos un buen complemento de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975.⁴⁴⁹

- a) El ámbito de aplicación material de esta Convención se dirige a sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales, de conformidad con lo establecido en su artículo 1o.⁴⁵⁰ Lo anterior permite la realización de dos reservas, una

⁴⁴⁸ Silva, J. A., *op. cit.*, p. 645.

⁴⁴⁹ Crítica que cabe reproducirse respecto al Convenio bilateral firmado entre México y España sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales de 1989.

⁴⁵⁰ El profesor Contreras Vaca parafraseando al profesor Siqueiros señala: “nos parece que el ámbito *ratione materiae* de la convención es demasiado ambicioso, y su contexto demasiado general. Se trató de captar en algunos breves artículos toda la compleja e intrincada

en sentido restrictivo o negativo y otra en sentido positivo o amplio. Ambas reservas unidas por su posible alegación en un mismo “momento procesal”: el momento de la ratificación. De esta forma se puede limitar su aplicación a las sentencias de condena en materia patrimonial y/o ampliarla a las resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional y a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito.

- b) Por lo que hace al ámbito de aplicación temporal sostenemos que se mantiene la característica de la irretroactividad. Se firma en Montevideo, el 8 de mayo de 1979, con entrada en vigor internacional del 14 de junio de 1980; de conformidad con el artículo 11 esta Convención entra en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Igualmente, de conformidad con el artículo 13 regirá indefinidamente. México firma el 2 de diciembre de 1986, lo aprueba el Senado el 27 de diciembre de 1986, lo publica en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de febrero de 1987, México lo ratifica el 12 de junio de 1987, entró en vigor el 11 de julio de 1987 y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de agosto de 1987. Hay una fe de errata publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 30 de noviembre de 1987.
- c) El ámbito de aplicación espacial se repite por el carácter *inter partes* de este instrumento. Los Estados parte son: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Se trata de una Convención que pretende unificar las reglas que deben regir en la competencia judicial indirecta; es decir, la fase del reconocimiento y ejecución de las sentencias. De esta forma, el artículo 2o. establece las condiciones mínimas necesarias para que un pronunciamiento obtenga reconocimiento extraterritorial imposibilitando los pronunciamientos claudicantes.⁴⁵¹ El profesor Silva señala:

problemática de esta materia, acogiendo fórmulas generales con poco realismo”. Contreras Vaca, F.J., *op. cit.*, pp. 377 y 378.

⁴⁵¹ En este sentido el artículo 2o. señala que se requiere: a) que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden. Respecto a este primer supuesto señalamos que México tiene positivizada la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias (Panamá, 1975, CIDIP I); b) que la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional y los documentos anexos que fueren necesarios según la presente Convención, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto; c) que se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efecto; d) que el juez o tribunal sentenciador

...conforme a éste, las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeras sólo serán reconocidos si el juez o tribunal sentenciador tuvo competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde se pretende que esa decisión ha de producir efecto (artículo 2o., inciso *d*). Esta disposición ha sido acogida por el derecho interno mexicano al menos en dos aspectos: 1. Para aceptar que cada Estado tiene una competencia en la esfera internacional, para lo cual puede emitir disposiciones sobre el particular, y que 2. Esta competencia se precisa conforme al sistema u ordenamiento jurídico del Estado donde se pretende que la resolución produzca efectos (no conforme al ordenamiento donde se produjo la sentencia).⁴⁵²

Queda reservado el contenido del artículo 3o. a los documentos de comprobación indispensables.⁴⁵³ De igual forma, se establece la posibilidad de otorgar validez parcial al pronunciamiento, a solicitud de parte, en caso de no poder concederse de manera total.⁴⁵⁴

Sin duda un artículo troncal en la determinación competencial es el artículo 2o., cuya inciso *d* resulta fundamental en el estudio de la competencia judicial internacional. De manera general, este artículo establece los requisitos mínimos necesarios para otorgar eficacia extraterritorial a las sentencias y laudos. De esta forma señala:

a) Que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden; b) Que la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional y los documentos anexos que fueren necesarios según la presente Convención estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto; c) Que se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir

tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto; e) que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto; f) que se haya asegurado la defensa de las partes; g) que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictado y h) que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución". Disponible en: www.oea.org

⁴⁵² Silva, J. A., *op. cit.*, p. 645.

⁴⁵³ Se establece la necesidad de presentar a) copia auténtica de la sentencia o del laudo y resolución jurisdiccional; b) copia auténtica de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento a los incisos e) y f) del artículo anterior; c) copia auténtica del auto que declare que la sentencia o el laudo tiene el carácter de ejecutoriado o fuerza de cosa juzgada. Son los denominados requisitos de forma, de conformidad con Contreras Vaca, F.J., *op. cit.*, p. 375.

⁴⁵⁴ Artículo 4o. de este instrumento convencional.

efecto; d) *Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto*; e) *Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto*; f) *Que se haya asegurado la defensa de las partes*; g) *Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados*; h) *Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución*.

Se ha resaltado en cursivas lo anterior con el fin de resaltar la necesidad de revisar la competencia del juez de origen, del juez sentenciador, con el fin de reconocer y ejecutar su pronunciamiento. La Convención se alinea con las anteriores enmarcándose nuevamente en la ausencia de un principio de confianza a la hora de otorgar eficacia extraterritorial a un pronunciamiento. Ahora bien, la necesidad de revisión de la competencia judicial internacional directa a la hora de otorgar el reconocimiento y ejecución se hace de manera muy escueta, no dándose criterios o pautas.

D. *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles*

Esta Convención Interamericana es negociada en el seno de la segunda Conferencia Especializada de DIPr (CIDIP II), en Montevideo, Uruguay. Esta Convención es breve y cuenta con quince artículos.

- a) *Ámbito de aplicación material en esta Convención cubre a las “sociedades mercantiles constituidas en cualquiera de los Estados parte”, artículo 1o.* Igualmente, a pesar del título de la convención, no estamos ante una convención unitaria que dé respuesta únicamente al derecho aplicable, sino que estamos ante una convención bipartita en su contenido ya que aborda también la competencia judicial civil internacional.
- b) *El ámbito de aplicación espacial de conformidad con el artículo 1o., el cual solicita sociedades mercantiles constituidas en cualquier de los Estados parte sugiere un convenio *inter partes* y los siguientes Estados parte son: Argentina, Brasil, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.*
- c) *En su ámbito de aplicación temporal destacamos que se firma en Montevideo el 8 de mayo de 1979, la entrada en vigor internacional*

fue el 14 de junio de 1980. México firma el 3 de agosto de 1982, la aprobación por el Senado fue el 17 de diciembre de 1982, la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación fue el 13 de enero de 1983, la vinculación de México se da por ratificación el 9 de marzo de 1983, la entrada en vigor para México fue el 8 de abril de 1983 y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de abril de 1983. De conformidad con el artículo 12, esta Convención entra en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación. Igualmente, de conformidad con el artículo 14 regirá indefinidamente.

El artículo 6o. contiene una norma competencial que señala: “las sociedades mercantiles constituidas en un Estado, para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en su objeto social, quedarán sujetas a los órganos jurisdiccionales del Estado donde los realizaren”.

E. Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras.

Esta Convención fue aprobada en la Tercera Conferencia Especializada Interamericana de DIPr (CIDIP III), celebrada en La Paz, Bolivia, en 1984. Es una Convención de apenas dieciséis artículos.

- a) El ámbito de aplicación material se estableció en sentido negativo en el artículo 6o.; es decir, viene determinado a *sensu contrario* a través de una lista excluyente. En este sentido afirma:

Esta Convención sólo es aplicable en los casos regulados por los artículos anteriores y no rige en las siguientes materias: a. Estado civil y capacidad de las personas físicas; b. Divorcio, nulidad de matrimonio y régimen de los bienes en el matrimonio; c. Pensiones alimenticias; d. Sucesión testamentaria o intestada; e. Quiebras, concursos, concordatos u otros procedimientos análogos; f. Liquidación de sociedades; g. Cuestiones laborales; h. Seguridad social; i. Arbitraje; j. Daños y perjuicios de naturaleza extracontractual, y k. Cuestiones marítimas y aéreas.

Artículo que debe ponerse en relación de complementariedad con el artículo 7o. que señala: “los Estados partes podrán declarar que aplicarán también esta Convención a las resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional y a

las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de daños o perjuicios derivados de delito”. Igualmente, México declara a la hora de ratificarla que:

Este instrumento será aplicado para determinar la validez de la competencia en la esfera internacional a que se refiere el párrafo d) del artículo 2o. de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, sin perjuicio de que México pueda aplicar esa Convención en forma independiente.

- b) El ámbito de aplicación temporal es el de un convenio irretroactivo. Se firmó en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, con entrada en vigor internacional de 24 de diciembre de 2004. De conformidad con el artículo 15 esta Convención regirá indefinidamente. México lo firmó el 2 de diciembre de 1986, lo aprueba el Senado el 27 de diciembre de 1986, su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* se da el 6 de febrero de 1987, México se vincula por ratificación el 12 de junio de 1987, entra en vigor el 24 de diciembre de 2004 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 28 de agosto de 1987.
- c) En relación con su ámbito de aplicación espacial solamente dos Estados la han ratificado a la fecha, México y Uruguay. Este aspecto cuantitativo da sentido a la aplicación del contenido de este Convenio en concreto el artículo 13; exige dos instrumentos de ratificación depositados para que la Convención entre en vigor el trigésimo día a partir de dicho depósito.

Esta Convención de título largo y algo confuso presenta un total de dieciséis artículos y viene a ser el complemento de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, comentada en líneas precedentes. Relación de complementariedad que se deja ver desde su preámbulo. En este sentido afirma:

Considerando que la eficaz aplicación del artículo 2o., inciso *d* de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, firmada en la ciudad de Montevideo el 8 de mayo de 1979, exige disposiciones que eviten conflictos de competencia entre sus Estados Partes, han convenido en suscribir la siguiente Convención Interamericana Sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras.

Falta entonces analizar cómo se instrumenta dicha relación de complementariedad. Esta Convención establece los parámetros y criterios competenciales que deben reunirse por parte del juez de origen, lo anterior con el objetivo de dar eficacia extraterritorial a sus pronunciamientos. Se establece explícitamente la revisión de la competencia asumida por el juez de origen, revisión que se realiza por el juez requerido para dar eficacia extraterritorial. Para esta revisión el artículo 1o. de este instrumento establece cuáles son los puntos de conexión, que basados en un principio de proximidad razonable, deben guiar en la declaración de la competencia judicial internacional al juez de origen. El incumplimiento de dichos criterios conllevará necesariamente la negación del otorgamiento de la eficacia extraterritorial del pronunciamiento. Es importante señalar que esta Convención regula la competencia judicial directa como un medio para alcanzar un fin, a saber, la obtención de validez extraterritorial de los pronunciamientos. En este sentido, el artículo 1o. otorga normas competenciales con la estructura típica de estas normas: supuesto de hecho, punto de conexión y consecuencia jurídica. Lo anterior se hace con la intención de unificar reglas de competencia judicial internacional directa.

Estos foros de atribución de competencia judicial civil internacional son:

Artículo 1o.:

A. En materia de acciones personales de naturaleza patrimonial debe satisfacerse alguno de los siguientes supuestos, o lo previsto en la sección D de este artículo, si fuere del caso: 1. Que el demandado, al momento de entablarse la demanda haya tenido su domicilio o residencia habitual en el territorio del Estado Parte donde fue pronunciada la sentencia si se tratare de personas físicas, o que haya tenido su establecimiento principal en dicho territorio en el caso de personas jurídicas; 2. En el caso de acciones contra sociedades civiles o mercantiles de carácter privado, que éstas, al momento de entablarse la demanda, hayan tenido su establecimiento principal en el Estado Parte donde fue pronunciada la sentencia o bien hubieren sido constituidas en dicho Estado Parte; 3. Respecto de acciones contra sucursales, agencias o filiales de sociedades civiles o mercantiles de carácter privado, que las actividades que originaron las respectivas demandas se hayan realizado en el Estado Parte donde fue pronunciada la sentencia, o 4. En materia de fueros renunciables que el demandado haya aceptado por escrito la competencia del órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia; o si, a pesar de haber comparecido en el juicio, no haya cuestionado oportunamente la competencia de dicho órgano.

B. En el caso de acciones reales sobre bienes muebles corporales debe satisfacerse uno de los siguientes supuestos: 1. Que, al momento de entablarse la demanda, los bienes hayan estado situados en el territorio del Estado Parte

donde fue pronunciada la sentencia, o 2. Que se diere cualquiera de los supuestos previstos en la sección A de este artículo.

C. En el caso de acciones reales sobre bienes inmuebles, que éstos se hayan encontrado situados, al momento de entablarse la demanda, en el territorio del Estado Parte donde fue pronunciada la sentencia.

D. Respecto de acciones derivadas de contratos mercantiles celebrados en la esfera internacional, que las Partes hayan acordado por escrito someterse a la jurisdicción del Estado Parte donde se pronunció la sentencia, siempre y cuando tal competencia no haya sido establecida en forma abusiva y haya existido una conexión razonable con el objeto de la controversia.

De este artículo afirmamos que los puntos de conexión son atinados y basados en criterios de “proximidad razonable”. Encontramos el punto de conexión “domicilio” y “residencia habitual” para las personas físicas, en una clara tónica de superación del criterio de “nacionalidad”; el punto de conexión “establecimiento principal” en relación con las personas jurídicas; la sumisión tácita para aquellos foros prorrogables, o incluso, el *forum rei sitae* respecto a los bienes inmuebles.

Si este artículo 1o. recoge los casos de presentación de una demanda, el artículo 3o. recoge los casos de contrademanda y determina también la predeterminación de la competencia judicial civil internacional.⁴⁵⁵ En este sentido afirma:

En el caso de una sentencia pronunciada para decidir una contrademanda, se considerará satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional cuando: 1. Si se considerara la contrademanda como una acción independiente, se hubiera cumplido con las disposiciones anteriores; 2. La demanda principal ha cumplido con las disposiciones anteriores y la contrademanda se fundamentó en el acto o hecho en que se basó la demanda principal.

Se prevé dentro de esta Convención el denominado foro de necesidad; se afirma el reconocimiento y la ejecución de un pronunciamiento cuando éste ha sido emitido para evitar la generación de un foro de necesidad; cuando se ha declarado con competencia el tribunal de origen, sin tenerla predeterminada, con el único fin de evitar la generación de una denegación de justicia.

⁴⁵⁵ “Artículo 3o. En el caso de una sentencia pronunciada para decidir una contrademanda, se considerará satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional cuando: 1. Si se considera la contrademanda como una acción independiente, se hubiera cumplido con las disposiciones anteriores; 2. La demanda principal ha cumplido con las disposiciones anteriores y la contrademanda se fundamentó en el acto o hecho en que se basó la demanda principal”.

El artículo 2o. recoge la necesidad de reconocer y ejecutar una sentencia cuando ésta se haya pronunciado con la finalidad de evitar una denegación de justicia, un foro de necesidad.⁴⁵⁶ Si bien, la competencia judicial internacional debe estar predeterminada legalmente (artículo 1o.), existe una importante excepción a este principio: el foro de necesidad. En este sentido, el artículo 2o. señala:

Se considerará también satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional si, a criterio del órgano jurisdiccional del Estado Parte donde deba surtir efectos, el órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia asumió competencia para evitar denegación de justicia por no existir órgano jurisdiccional competente.

Se da igualmente regulación a los casos de “competencias exclusivas”; es decir, de aquel grupo selecto y sensible de materias donde sólo puede haber un tribunal nacional con competencia judicial internacional, siendo éste el predeterminado legalmente. De esta forma, el conocimiento de estas materias por otro juez conlleva necesariamente a la falta de reconocimiento y ejecución del pronunciamiento al considerarse una intromisión innecesaria y sancionable.⁴⁵⁷ Aquellas materias que sean consideradas como “exclusivas” deben ser conocidas únicamente por el juez determinado por el punto de conexión de la norma de competencia judicial internacional. Una regla de oro que se establece en la Convención es el respeto a las denominadas competencias exclusiva de cada Estado; es decir, cualquier invasión a estas competencias producirá irremediamente la falta de validez extraterritorial.⁴⁵⁸ Sin más, reproducimos el artículo 4o. que dispone: “Podrá negarse eficacia extraterritorial a la sentencia si ha sido dictada invadiendo la competencia exclusiva del Estado Parte ante el cual se invoca”.

⁴⁵⁶ En este sentido afirma el artículo 2o. que: “se considerará también satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional si, a criterio del órgano jurisdiccional del Estado parte donde deba surtir efectos, el órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia asumió competencia para evitar denegación de justicia por no existir órgano jurisdiccional competente”.

⁴⁵⁷ Como ya hemos dejado asentado en otra parte de este trabajo en el caso mexicano no contamos con un grupo de materias que, de manera expresa, se consideren como “exclusivas” de los tribunales mexicanos. Lo anterior supone desdibujar la urgencia y necesidad de este artículo 4o. convencional. Ahora bien, lo anterior no obsta a que pongamos a trabajar la interpretación jurídica y alcancemos la conclusión de que lo referente a los bienes inmuebles debe ser considerado como competencia exclusiva.

⁴⁵⁸ El artículo 4o. afirma: “podrá negarse eficacia extraterritorial a la sentencia si ha sido dictada invadiendo la competencia exclusiva del Estado parte ante el cual se invoca”.

F. *Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias*

Esta Convención procede de la IV Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP IV), la cual fue celebrada en Montevideo, Uruguay en 1989. Al igual que algunas Convenciones ya mencionadas existe un instrumento que presenta un solapamiento material respecto a esta Convención; se trata de la Convención de La Haya sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero de 1956.

Es un instrumento convencional de carácter tripartito; es decir, da respuesta a tres sectores constitutivos del contenido del DIPr, a saber, a la competencia judicial internacional, al derecho aplicable y a la cooperación procesal internacional (artículo 1o.). Es una de las Convenciones Interamericanas más completas en su contenido realizadas hasta la fecha en este foro de codificación.

a) Ámbito de aplicación material es para aquellos supuestos que se cataloguen como “obligaciones alimenticias”⁴⁵⁹ enfocadas *a priori* a menores⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ El concepto de “alimento” no aparece definido en la Convención Interamericana. No contamos con una calificación autárquica convencional de este concepto. Estamos en presencia de una norma indirecta, que da absoluta libertad a las normativas materiales estatales para que determinen el alcance de dicho concepto. Dicha ausencia de conceptualización unida a la libertad en su determinación estatal puede suscitar una cuestión de calificación. En el caso mexicano de conformidad con el artículo 308 del Código Civil del Distrito Federal los alimentos comprenden: “I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto; II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales; III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia”. Pereznieto Castro, L y Silva Silva, J. A., *Derecho internacional privado, Parte general*, México, 2000, p. 193; Álvarez de Lara, R. M., “Introducción a la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 6, núm. 7, 1995, p. 103. Respecto a la norma material autónoma mexicana que sobre alimentos se pronuncia, el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles; Pérez Duarte señala: “son varias las interrogantes que se plantean de la sola lectura de los preceptos normativos relacionados con la obligación alimentaria, tanto en el Código Civil como en el de Procedimientos Civiles. Desde mi punto de vista, estas interrogantes contribuyen, en gran medida a complicar los juicios, a enconar el conflicto familiar y perpetuar un estado de incertidumbre en las personas que acuden a tribunales en espera de encontrar soluciones a sus problemas”. Pérez Duarte, A. E., “La interpretación jurisdiccional en materia de alimentos”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 9, núm. 25, 1998, p. 79.

⁴⁶⁰ El término “menor” es definido por la Convención señalando “a quien no haya cumplido la edad de dieciocho años”. Artículo 2o.: “A los efectos de la presente Convención se

y a las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido tales. Se afirma que: “sin perjuicio de lo anterior, los beneficios de esta Convención se extenderán a quienes habiendo cumplido dicha edad, continúe siendo acreedores de prestaciones alimentarias de conformidad a la legislación aplicable prevista en los artículos 6o. y 7o.”. Esta última frase representa a nuestro juicio una clara intención de otorgar cobertura a las personas discapacitadas y a los estudiantes, una vez que han superado el límite de los 18 años.⁴⁶¹

Si bien afirmábamos que de forma *apriorística* se aplica a los menores y a las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hubieran sido tales, el

considerará menor a quien no haya cumplido la edad de dieciocho años. Sin perjuicio de lo anterior, los beneficios de esta Convención se extenderán a quien habiendo cumplido dicha edad, continúe siendo acreedor de prestaciones alimentarias de conformidad a la legislación aplicable prevista en los artículos 6o. y 7o.”. En esta ocasión se opta por una norma de contenido material, una técnica de reglamentación directa. Técnica que evita el planteamiento de la problemática de calificación. Sobre este punto se pronuncia Landoni Sosa, A., “Las Convenciones Interamericanas sobre obligaciones alimentarias y restitución internacional de menores aprobadas en la CIDIP IV celebrada en Montevideo del 9 al 15 de julio de 1989”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 2, 1989, p. 145. Santos Belandro señala este autor las ventajas de esta calificación material del término “menor” y afirma que: “...tiene la ventaja de recurrir a las legislaciones nacionales, siempre disímiles en este punto, y permitir que los Estados parte tengan claro, al momento de ratificar o aplicar la Convención, quiénes son mayores o menores a los solos efectos alimentarios”. Santos Belandro, R., “Reclamaciones de alimentos en el ámbito Iberoamericano”, en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, España, Colex, 2003, p. 782.

⁴⁶¹ En este sentido encontramos el pronunciamiento judicial de un Tribunal Colegiado de Circuito que señala: “ALIMENTOS. AUN CUANDO LOS HIJOS ALCANCEN LA MAYORÍA DE EDAD, NO CESA LA OBLIGACIÓN POR PARTE DEL DEUDOS ALIMENTISTA DE PROPORCIONÁRSELOS, SI TODAVÍA LOS NECESITA EL EMANCIPADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). Por supuesto que dentro de las causales para la cesación de la obligación de dar alimentos a que se contrae el artículo 316 del código Civil para el Estado de Chiapas, no se encuentra expresamente la consistente en que el hijo haya llegado a la mayoría de edad; y aun cuando pudiera interpretarse la fracción II del citado precepto en relación con el numeral 438, fracción II del mencionado Código, es decir, que la patria potestad se acaba por la mayor edad del hijo y con ello concluye el deber de darle alimentos, en razón de que al llegar a la mayoría de edad se supone que goza de absoluta independencia para disponer tanto de sus bienes como de su persona, y esta emancipación también supone su capacidad física, económica y jurídica para ser autosuficiente a efecto de allegarse los alimentos que necesite para su subsistencia; sin embargo, por ser los alimentos a los hijos una cuestión de orden público, debe considerarse que por el solo hecho de llegar a la mayoría de edad no debe suspenderse la obligación de suministrarlos, sino que en cada caso, deben examinarse las circunstancias en que se encuentran los hijos al llegar a esa edad, para saber si siguen necesiéndolos, en la inteligencia que tanto los hijos como el cónyuge gozan de esa presunción independientemente de si aquellos son mayores o menores de edad, por lo cual es el deudor quien debe demostrar que ellos tienen recursos propios para poder, así desligarse de esa obligación”. *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. IX, mayo de 1992, p. 390.

artículo 1o. concede la posibilidad de, al suscribir, ratificar o adherirse a esta Convención, restringir este ámbito de aplicación personal únicamente a los menores.⁴⁶² México, lejos de restringir dicho ámbito de aplicación, realiza una declaración interpretativa que aumenta los acreedores alimentarios.⁴⁶³ En este caso se afirma que: “el gobierno de México, declara de conformidad con el artículo 3o. de la Convención que reconoce como acreedores alimentarios además de los señalados, a los concubinos, a los parientes colaterales dentro del cuarto grado menores o incapaces y al adoptado en relación con el adoptante”.⁴⁶⁴ Aumento que refleja la preocupación mexicana por la máxima *favor creditoris*.⁴⁶⁵ Este incremento de acreedores alimentarios se realizó con el único objetivo de armonizar la entrada en vigor de la Convención Interamericana respecto a la legislación autónoma; lo anterior significa que se llevaron a cabo los ajustes necesarios que reclamaba García Moreno fechas anteriores al depósito del instrumento de ratificación ante la

⁴⁶² Como señala la profesora Álvarez de Lara: “La determinación de los deudores alimentario fue motivo de un gran debate al elaborarse el proyecto de convención...”. Álvarez de Lara, R. M., *op. cit.*, p. 104.

⁴⁶³ En este punto debemos hacer una distinción entre lo que es una reserva y lo que es una declaración interpretativa. En este sentido y a efectos de lo dispuesto en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 2o., “se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”. En este sentido la Ley sobre Celebración de Tratados afirma en su artículo 2o., fracción VII que reserva es “la declaración formulada al firmar, ratificar, aceptar o adherirse a un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a los Estados Unidos Mexicanos”.

⁴⁶⁴ En el caso de la República de Panamá realiza respecto a este Convenio las siguientes declaraciones: “están también obligados recíprocamente a dar alimentos: a) los cónyuges y b) los ascendientes y descendientes. Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea inmutable al alimentista y se extenderá en su caso a los que precisen para su educación”. En el caso argentino la doctrina se lamenta de no haber aprovechado dicha oportunidad y haber ampliado dicho ámbito de aplicación material-personal. En este sentido afirma: “...lamentamos que la Argentina no hubiere utilizado la facultad descripta extendiendo las virtudes que aporta la Convención a las obligaciones alimenticias nacidas del parentesco. Así, mediante una declaración en tal sentido, se habría concretado una igualdad de tratamiento legal —a nivel internacional— tanto para las relaciones concernientes a los cónyuges entre sí; las surgidas a consecuencia de la patria potestad; y las originadas en el vínculo de parentesco”. Buis, E., Laje, R. y Piñeiro, R., “La República Argentina y la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV)”, en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, España, Colex, 2003, p. 86.

⁴⁶⁵ En este sentido parientes colaterales hasta el cuarto grado llega a señalar a los primos hermanos.

Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos de esta Convención por México.⁴⁶⁶

Cabe destacar que cuando el demandante de alimentos sea una institución pública este instrumento Interamericano no es aplicable.

b) Ámbito de aplicación espacial, no dudamos en afirmar la trascendencia de esta Convención Interamericana debido al creciente número de países que lo han ratificado.⁴⁶⁷ Aceptación que se traduce en una armonización y unificación en la materia de alimentos en gran parte de países latinoamericanos además de la seguridad que produce el conocer de antemano la legislación aplicable.

Es un instrumento de carácter *inter partes*, basado en una necesaria reciprocidad.⁴⁶⁸ De conformidad con el artículo 1o. “el acreedor de alimentos debe tener su domicilio o residencia habitual en un *Estado Parte* y el deudor de alimentos su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en otro *Estado Parte*”. Así, se solicita que los dos Estados implicados (el del acreedor y el del deudor) sean Estados parte de la Convención y son: Argentina, Belice, Bo-

⁴⁶⁶ En este sentido García Moreno afirmaba que: “el hecho de que México ratifique la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias en nada contraviene a la legislación nacional en materia de obligaciones de alimentos, ya que únicamente sería necesario realizar mínimos ajustes a la legislación civil, familiar y adjetiva. Por otra parte, el instrumento interamericano complementaría nuestro derecho positivo sobre la materia y lo haría efectivo más allá de nuestras fronteras a través de la cooperación procesal internacional”. García Moreno, V. C., “La conveniencia de que México ratifique la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias”, *Lex, difusión y análisis*, tercera época, año IV, núm. 33, 1998, p. 46; mismo autor, “Las obligaciones alimentarias entre México y Texas y su relación con la Convención Interamericana”, *Responsa*, año 3, núm. 13, 1998, p. 10. En este sentido se encaminan las afirmaciones de Corbella de Simonet: “el motivo que nos impulsó a publicar nuestro trabajo es el de efectuar un aporte y plantear algunas interrogantes tendientes a que en materia de Derecho Internacional Privado, no se resentia lo establecido por el derecho interno de los Estados, sino que lo que se trata de lograr, es armonizar los criterios de carácter Universal con las características nacionales”. Corbella de Simonet, B., *et. al.*, “Breves reflexiones sobre la CIDIP IV en materia de obligaciones alimentarias”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 2, 1989, p. 251.

⁴⁶⁷ Buis, E., Laje, R. y Piñeiro, R., *op. cit.*, p. 84.

⁴⁶⁸ Respecto a este punto se ha llegado a preguntar si la Convención Interamericana presenta un carácter abierto o cerrado. En respuesta a este interrogante se ha afirmado que “el distingo entre una Convención con efectos *erga omnes* o *inter partes* tiene su importancia debido a que el Estado ratificante de una Convención debe aplicar siempre, en el primer caso, y en primer lugar, hayan los Estados vinculados ratificado la Convención o no, al texto convencional y sólo en ausencia de regulación se podría recurrir al derecho interno... Tradicionalmente se reconoce mayores posibilidades de confeccionar una Convención con efectos *erga omnes* sobre la ley aplicable que en materia de conflicto de jurisdicciones, debido a que esta última funciona generalmente sobre la base de criterios de reciprocidad”. Santos Belandro, R., *op. cit.*, p. 776.

livia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.

c) Respecto al ámbito de aplicación temporal de esta Convención encontramos un silencio convencional respecto a su carácter retroactivo o irretroactivo. Se firma en Montevideo el 15 de julio de 1989, con entrada en vigor internacional el 6 de marzo de 1996. De conformidad con el artículo 31 el Convenio entra en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación y según el artículo 32 regirá indefinidamente. México lo firma el 6 de abril de 1992, lo aprueba por el Senado el 22 de junio de 1994, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de julio de 1994, México lo ratifica el 5 de octubre de 1994, entra en vigor el 6 de marzo de 1996 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 18 de noviembre de 1994.

Por lo que hace a la regulación de la competencia judicial civil internacional esta Convención destina dos artículos: artículos 8o. y 9o.⁴⁶⁹ Por su parte el artículo 8o. señala:

Serán competentes en la esfera internacional para conocer de las reclamaciones alimentarias, a opción del acreedor: a) el juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b) el juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor, o c) el juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como: posesión de bienes, percepción de ingresos, u obtención de beneficios económicos. Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, se considerarán igualmente competentes las autoridades judiciales o administrativas de otros Estados a condición de que el demandado en el juicio, hubiera comparecido sin objetar la competencia.

De la lectura de este artículo surgen los siguientes comentarios: en primer lugar, se destaca el interesante abanico de foros alternativos que nos permite elegir entre seis tribunales nacionales: *forum creditoris*, *forum debitoris* y *forum patrimonii*. Este amplio espectro de posibilidades permite reducir drás-

⁴⁶⁹ El artículo 10 es una cláusula de cierre que solicita exclusivamente la proporcionalidad entre la necesidad del alimentario y la capacidad económica del alimentante. En este sentido se expresa el artículo 311 del Código Civil del Distrito Federal: “los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente”.

ticamente la posibilidad de que aparezca un foro de necesidad o de incurrir en denegación de justicia.

El señalamiento del *forum creditoris*, foro del actor o acreedor de los alimentos, se debe a la materialización de la protección del menor por ser la parte débil de la relación jurídica. La desventaja de este foro es la necesidad casi con toda probabilidad de que el acreedor necesite el reconocimiento y la ejecución del pronunciamiento en otro Estado, posiblemente donde el demandado tenga bienes suficientes para hacer efectiva la deuda alimenticia.

El *forum debitoris* es el foro del demandado, “parte fuerte” de la relación jurídica y el que eventualmente debe pagar dicha pensión de alimentos. Con altas probabilidades será el foro donde el deudor tenga los bienes necesarios para hacer frente a dicha obligación. Lo anterior es indiscutible cuando coincide el *forum debitoris* con el *forum patrimonii*. De ser así, no habrá necesidad ni de reconocimiento ni de ejecución por otra autoridad nacional lo cual simplificará el proceso de cumplimiento de la sentencia otorgándole rapidez.⁴⁷⁰ El Convenio no recoge, con toda razón y lógica, la competencia del tribunal del lugar en donde el acreedor tuviese bienes o ingresos.⁴⁷¹ Es normal que reconozca la competencia de su residencia habitual o domicilio pues con este foro se cumplen dos requisitos: una mejor valoración de las necesidades del acreedor de alimentos y el otorgamiento de la posibilidad de acceder a la justicia la parte económicamente necesitada.⁴⁷²

Del *forum patrimonii* debemos reconocer su novedosa y acertada inclusión en la Convención sobre alimentos. El hecho de darle rapidez al reconocimiento y ejecución de las sentencias y el poder hacerlas tangibles disminuyendo la posibilidad de reconvertirse en “papel mojado”. En este sentido se ha señalado que: “...la jurisdicción internacional conferida al juez del foro

⁴⁷⁰ De esta idea son partícipes Buis, E. *et al.*, *op. cit.*, p. 90.

⁴⁷¹ De conformidad con los profesores Perezniето Castro y Silva Silva “lo que aún no ha sido reconocido en el derecho interno mexicano es la competencia del juez del lugar en donde el acreedor tuviese bienes o ingresos, lo cual sería un punto de conexión favorable para el acreedor alimentista”. Sobre este punto cabe preguntarse si el “acreedor de alimentos” tiene bienes o ingresos posiblemente no sea sujeto de estos. La lógica viene por la determinación de la competencia para el tribunal en donde el deudor tenga bienes. Lo anterior a efectos de un posible y eventual cobro de la cuantía que se señale en la sentencia. A diferencia de este foro lógico, neutral y de protección, de donde se ubiquen los bienes e ingresos del deudor, no entendemos muy bien cuál es el fundamento de señalar el tribunal donde tenga bienes el acreedor, ¿a efectos de qué? o ¿para qué? Estos ingresos y bienes han de ser pocos e insuficientes para mantener a una persona, entonces, ¿para qué queremos determinar la competencia de un juez por la existencia de exiguos bienes e ingresos de una persona? Más si cabe, podemos señalar que en el caso de menores la existencia de bienes o ingresos se reduce considerablemente. Perezniето Castro y Silva Silva, *Derecho internacional privado, op. cit.*, p. 195.

⁴⁷² Fernández Rozas, J. C y Sánchez Lorenzo, S., *op. cit.*, p. 471.

patrimonial resulta también ponderable en atención a que el avance de la acción se traducirá en un rápido acceso a la efectiva concreción del cobro por alimentos”.⁴⁷³

Para finalizar con el artículo 8o. competencial, el Convenio regula y recoge la figura de la sumisión tácita. Posibilidad que tiene una doble faceta: por un lado, aumenta considerablemente las posibilidades competenciales de cualquier tribunal nacional. Como señala Santos Belandro:

La condición que ella impone para que se acepte es la de que se haya configurado *post litem*, al haber comparecido el demandado en juicio sin objetar la competencia del tribunal resulta difícil imaginar su perfil en la práctica, teniendo el acreedor abierta las cinco vías precedentes que cubren todos los aspectos personales y patrimoniales. No obstante, puede darse el caso de un acuerdo entre los cónyuges para someter el juicio de alimentos entre ellos al mismo tribunal que entiende de los alimentos de sus hijos comunes.⁴⁷⁴

También sobre esta posibilidad competencial se ha llegado a comentar que: “si bien no encontramos el eventual beneficio que pudiera reportar esta excesiva ampliación al acceso jurisdiccional, tampoco se revela como perjudicial a los intereses del acreedor, siendo ello coherente con la directriz convencional de brindar protección en todo momento al reclamo del potencial alimentado”.⁴⁷⁵

Con este último comentario nos ubicamos en la segunda faceta, la cual se sitúa en la ingenuidad que manifiesta. Se debe tener cuidado a la hora de elegir con la sumisión tácita un foro exorbitante, por ejemplo, el foro de la ubicación de bienes no relacionados con la prestación de alimentos. Materialización que es difícil desde que existe una parte débil en la relación jurídica que podría justificar tal elección.

En definitiva, los foros que establece son todos neutrales. En este sentido, y a pesar de que es el acreedor de alimentos el que escoge el foro, podemos afirmar que no es más que la materialización de la máxima *favor creditorii*, y por ende de un foro de protección, un interesante *forum actoris*.⁴⁷⁶

El artículo 8o. menciona indistintamente al “juez o autoridad” como competentes para conocer de estos supuestos de hecho. No creemos que la mención bipartita pueda crear confusión sobre la determinación de la

⁴⁷³ Buis, E. *et al.*, *op. cit.*, p. 90.

⁴⁷⁴ Santos Belandro, R., *op. cit.*, p. 793

⁴⁷⁵ Buis, E. *et al.*, *op. cit.*, p. 90.

⁴⁷⁶ Principio que se materializa en el texto del Convenio en su artículo 21 donde afirma: “las disposiciones de esta Convención no podrán ser interpretadas de modo que restrinjan los derechos que el acreedor de alimentos tenga conforme a la ley del foro”.

competencia, la ratificación del Convenio o su puesta en práctica.⁴⁷⁷ Simplemente estamos ante un claro ejemplo de conjugación de sistemas jurídicos distintos.

Por otro lado, el artículo 9o., señala: “serán competentes para conocer las acciones de aumento de alimentos, cualesquiera de las autoridades señaladas en el artículo 8o. Serán competentes para conocer de las acciones de cese y reducción de alimentos, las autoridades que hubieren conocido de la fijación de los mismos”.

Mientras permanece la alternancia de foros para conocer de peticiones de aumento de las obligaciones de alimentos se consagra la *perpetuatio fori* para la reducción o cese de la misma. La redacción presentada por este artículo se justifica de la siguiente manera:

Respecto a las acciones de aumento, cese y reducción, el artículo 9o. establece una distinción determinada por un criterio de protección al alimentado en tanto parte más débil. Por tal razón, el pedido de aumento podrá plantearse ante cualquiera de los tribunales internacionalmente competentes para conocer de la solicitud de alimentos, mientras que la reducción o cese de los mismos sólo podrá requerirse ante las autoridades que los hubiere fijado.⁴⁷⁸

Por supuesto que justificamos estos distintos criterios para determinar las posibles venturas o desventuras de las obligaciones de alimentos. Por ejemplo, siendo los alimentos fijados por el juez de la residencia habitual del menor el acreedor necesita mayores prestaciones y el deudor está en posibilidades de dárselas por una mejora laboral, fijando como juez competente para conocer de dicho aumento el juez del domicilio del deudor. Tiempo después el deudor pierde su puesto de trabajo y solicita una reducción de

⁴⁷⁷ Se ha señalado que: “corresponde hacer la advertencia de que la Convención, en nuestra opinión erróneamente, se apartó del Proyecto elaborado por la Reunión de Expertos celebrada en San José de Costa Rica en mayo de 1989, que distribuía la competencia en la esfera internacional exclusivamente entre jueces, a los que ahora se han añadido autoridades administrativas en función jurisdiccional, lo que planteará dificultades para la ratificación de la Convención en primer lugar y luego en su aplicación práctica”. Landoni Sosa, A., *op. cit.*, p. 146.

⁴⁷⁸ En esta línea se pronuncia Santos Belandro, Buis, Laje, y Piñeiro quienes señalan que “el diverso criterio adoptado al considerar ambas hipótesis responde claramente a que el supuesto de reducción o cese repercute en contra del interés del beneficiario por lo que conviene acotar la facultad decisoria al juez de origen”. Santos Belandro, R., *op. cit.*, p. 793; Buis, E. *et al.*, *op. cit.*, pp. 90 y 91; 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, Uruguay, año XXXI, núms. 1 y 2, 1990, p. 139.

dicha pensión alegando el principio de proporcionalidad. En este supuesto nos preguntamos ¿quién conocerá de la solicitud de cese o reducción, el juez de la residencia habitual del menor o el juez del domicilio del deudor? La Convención no da respuesta a este supuesto; no sabemos si será competente el primer juez que fijó la obligación de alimentos o el segundo juez que conoció del aumento. Nos inclinamos una vez más por el principio del *favor creditoris* y del *favor filii*, sostenemos que ambos serían competentes para conocer del aspecto del cese o reducción.

Para concluir con el criterio competencial convencional debemos hacer mención al artículo 17:

Las resoluciones interlocutorias y las medidas provisionales dictadas en materia de alimentos, incluyendo aquellas dictadas por los jueces que conozcan de los procesos de nulidad, divorcio y separación de cuerpos, u otros de naturaleza similar a éstos, serán ejecutadas por la autoridad competente aun cuando dichas resoluciones o medidas provisionales estuvieran sujetas a recursos de apelación en el Estado donde fueron dictadas.

G. *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores*

Esta Convención se celebró en el seno de la Conferencia Interamericana Especializada de DIPr (CIDIP-III), celebrada en La Paz, Bolivia en 1984. El título de este instrumento convencional puede resultar confuso al determinar literal y expresamente que dará respuesta al sector del derecho aplicable. Lejos de esa estructura *apriorística* que ofrece la Convención Interamericana en su contenido da respuesta también a la competencia judicial civil internacional.⁴⁷⁹

a) *Ámbito de aplicación material circunscrito a las adopciones de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras ins-*

⁴⁷⁹ En esta línea de pensamiento encontramos a Brena Sesma quien afirma que: “la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores resume ciertos supuestos sobre la solución distributiva de la ley aplicable, reglas jurisdiccionales y previsiones sobre algunos efectos de la adopción”. Brena Sesma, I., *Las adopciones en México y algo más*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 75. La profesora Dreyzin en su obra ha señalado de este instrumento interamericano que: “intenta dar una respuesta objetiva en lo normativo al problema de las adopciones internacionales, ofreciendo soluciones a los puntos más importantes del Derecho Internacional Privado en la materia, como la determinación de la ley aplicable, la jurisdicción competente y el reconocimiento de la validez de las adopciones”. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias*, Argentina, Advocatus, 1996, p. 107.

tuciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida.⁴⁸⁰

En su artículo 2o. la Convención permite hacer una declaración a la hora de firmar, adherirse o ratificar este Instrumento, en el sentido de extender su aplicación a cualquier otra forma de adopción internacional. México hace una declaración en la que afirma que: “Los Estados Unidos Mexicanos declaran que hacen extensiva la aplicación de la presente Convención a los distintos supuestos de adopción a que se refieren los artículos 12 y 20 de dicho instrumento interamericano” (*Diario Oficial de la Federación* del 21 de agosto de 1987). A este Decreto de promulgación le sigue una fe de erratas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de julio de 1992, en la que se señala que “en la página 3, primera columna, séptimo párrafo, cuarto renglón dice: «adopción a que se refieren los artículos 12 y 20» debe decir: «adopción a que se refieren los artículos 2o. y 20»”. Lo anterior se efectúa para darle coherencia y sistematicidad con el Código Civil, en concreto con los artículos 410 E y F.⁴⁸¹ Por lo que se refiere al artículo 20 la declaración que realiza México afecta al ámbito de aplicación espacial.

b) Ámbito de aplicación espacial este instrumento no ha sido masivamente ratificado y que tampoco fue rápidamente acogido por los Estados,⁴⁸² no obstante, que es una Convención exitosa desde el punto de vista temático. Estamos nuevamente ante un instrumento de carácter *inter partes*; en este sentido el artículo 1o. señala que: “el adoptante (o adoptantes) tengan su domicilio en un *Estado Parte* y el adoptado su residencia habitual en otro *Estado parte*”. Al exigir que ambos Estados sean parte de esta Convención estimamos que elimina la posibilidad de aplicación *erga omnes* del mismo, requiriendo el principio de reciprocidad.

México hace una declaración que permite aplicar el artículo 20 ampliando razonablemente el ámbito de aplicación personal y espacial de esta Convención. En este sentido se aplicará ésta cuando estemos ante el mismo Estado de residencia habitual para el adoptante y para el adoptado “cuando, de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir

⁴⁸⁰ Artículo 1o. de la Convención Interamericana.

⁴⁸¹ Debemos señalar que el artículo 410E del Código Civil Federal establece que la adopción internacional siempre será plena. Lo anterior nos hace reflexionar sobre la coherencia de esta reserva con el Código. Lo anterior cobra toda lógica si la adopción internacional se llevara conforme a cada Código Civil de cada estado de la República y en él se permitiera la adopción internacional simple.

⁴⁸² El Convenio se lanza en el año 1984 y es ratificado en 1987 por el primer Estado, México, seguido, en 1988 por Colombia; como Estados pioneros.

domicilio en otro Estado parte después de constituida la adopción”.⁴⁸³ Para Berraz, este artículo 20 es la materialización de la figura del fraude a la ley. Para nosotros, no siendo tan pesimistas y radicales, afirmamos que significa *a priori, y salvo prueba en contrario*, la ampliación del ámbito de aplicación personal de la Convención. Obviamente, la mala utilización de este artículo puede desembocar en la materialización de dicha figura. Así, sin quitar el dedo del renglón, no es una presunción general el que se materialice un fraude a la ley, pero tampoco podemos confiar en una postura idílica de que no se pueda usar para conseguir un fin distinto, el del fraude a la ley. En este sentido afirma:

...de acuerdo con la formulación de la norma... se trata de lograr que no se concrete la pretendida evasión del adoptante o adoptantes de la ley del Estado Parte que le resultaría aplicable por tener allí su domicilio, al intentar sustituirla por la del Estado Parte al que se mudaría, obviamente por resultarle no sólo más favorable a sus intereses sino, fundamentalmente, menos favorable a los intereses del menor.⁴⁸⁴

De cualquier forma, la prueba de la constitución de fraude es ciertamente difícil. Si bien el requisito material u objetivo de la consecución de dos o más puntos de conexión se constata sin problemas, el requisito subjetivo o volitivo; es decir, la intención es ciertamente complicada de probar. Lo anterior no obsta a que se pueda dar una situación en la que dos casos idénticos, en concreto de residentes en México del adoptante y del adoptado y con un cambio de domicilio a un Estado parte, pueden ser tratados de manera desigual. Un caso puede considerarse como una adopción nacional y el otro como internacional; esto deriva del hecho de que queda a juicio de la autoridad que conoce considerar el cambio de domicilio a un Estado miembro, como elemento de internacionalidad o no. Puede darse el caso de que los adoptantes manejen el cambio de domicilio a su antojo dependiendo de la aplicación de una normativa material más favorable para la constitución de la adopción. Lo anterior se agrava por el hecho de no establecerse lo que se considera un plazo prudente para la constitución de un nuevo domicilio en un Estado parte. Esta posibilidad si bien no nos parece que deba

⁴⁸³ Artículo 20 que hay que poner en relación con el artículo 25: “Las adopciones otorgadas conforme al derecho interno, cuando el adoptante (o adoptantes) y el adoptado tengan domicilio o residencia habitual en el mismo Estado Parte, surtirán efectos de pleno derecho en los demás Estados Partes, sin perjuicio de que tales efectos se rijan por la ley del nuevo domicilio del adoptante (o adoptantes)”.

⁴⁸⁴ Berraz, C., *La protección internacional del menor en el derecho internacional privado*, Argentina, UNL, 2000, p. 26.

obsesionarnos sí debe estar presente por las posibilidades de aparición y uso no querido de dicha disposición.

Los Estados parte de esta convención son: Belice, Brasil, Chile, Colombia, Honduras, México y Panamá.

c) Por lo que respecta al ámbito de aplicación temporal estamos nuevamente ante una Convención que guarda silencio sobre su retroactividad o irretroactividad, inclinándonos por la irretroactividad de este instrumento convencional.

Se firma en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, con entrada en vigor internacional del 26 de mayo de 1988; de conformidad con el artículo 26 la Convención entra en vigor el trigésimo día a partir de la fecha del depósito del segundo instrumento de ratificación. El artículo 28 que la Convención regirá indefinidamente. México la firma el 2 de diciembre de 1986, la aprueba el Senado el 27 de diciembre de 1986, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de febrero de 1987, la vinculación de México se da por ratificación el 12 de junio de 1987, la entrada en vigor fue el 26 de mayo de 1988 y la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* fue el 21 de agosto de 1987. Hay una fe de errata publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de julio de 1992.

A pesar de que la mayor parte de las disposiciones convencionales se refieren al sector del derecho aplicable esta guarda un pequeño reducto de artículos destinados a la regulación de la competencia judicial civil internacional.⁴⁸⁵ Por lo que respecta al sector competencial, los artículos 15 a 17 contienen claros foros de protección a favor del menor adoptado. Se señala como competente para el otorgamiento de la adopción las autoridades de la residencia habitual del adoptado. Mismo que será competente para conocer de su anulación o revocación. Ahora bien, serán competentes para decidir la conversión de la adopción simple en plena o legitimación adoptiva o figuras afines, cuando ello sea posible, alternativamente y a elección del actor las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción o las del Estado donde tenga domicilio el adoptante (o adoptantes), o las del Estado donde tenga domicilio el adoptado

⁴⁸⁵ Como afirman los profesores Pereznieto y Silva Silva este Convenio es un sistema moderno y especializado que adopta reglas de competencia para diversos supuestos. Pereznieto Castro, L. y Silva, J. A., *op. cit.*, p. 173. En este sentido el profesor Silva afirma que: “la Convención Interamericana establece, a la vez, diversas normas de competencia judicial, así como la obligación de las autoridades mexicanas de interpretar armónicamente las normas de fondo y a favor de la validez de la adopción constituida y el favor *filii* (artículo 19)”. Silva, J. A., “El impacto de los convenios internacionales sobre la legislación interna mexicana relativa a la adopción internacional de menores”, *Revista de Derecho Privado*, México, nueva época, año II, núm. 4, 2003, p. 157.

cuando tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión. Finalmente, prevé que será competente para decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante (o adoptantes) y la familia de éste (o de éstos), los jueces del Estado del domicilio del adoptante (o adoptantes) mientras el adoptado no constituya domicilio propio. A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio será competente a elección del actor el juez del domicilio del adoptado o del adoptante (o adoptantes).

De esta normativa competencial se pueden observar varias notas:

La primera es que a pesar de ser escueto en sus pronunciamientos sobre la competencia judicial civil internacional cubre los supuestos más importantes o al menos los más usuales; es decir: la constitución, la revocación, la conversión y las relaciones familiares que se pueden llegar a entablar.

En segundo lugar, establece un único foro como el competente para conocer del supuesto de constitución de una adopción. Desaparece la alternancia de foros para constituir la adopción. La residencia habitual del menor es sin duda el punto más conectado a su esfera de desenvolvimiento, es un punto atributivo de competencia neutral y un claro foro de protección.⁴⁸⁶ Como se ha llegado a afirmar:

La conexión elegida protege al menor contra “los demás” y “lo demás”, resguardándolo de la familia de origen, e implica que los adoptantes deberán trasladarse al país del menor para realizar las gestiones necesarias para concretar la adopción; o bien designar apoderados que actúen en su nombre. Al asegurar la intervención de las autoridades del país de procedencia del menor pone en sus manos la facultad y la responsabilidad de disponer sobre la autorización para adoptar y por tanto de evitar la salida masiva de menores.⁴⁸⁷

En tercer lugar, hay que destacar que encontramos foros alternativos en el artículo 16 *in fine*, referido a la conversión de la adopción y en el artículo 17 referido a las relaciones entre el adoptado y el adoptante. Alternancia que queda de manera expresa a elección del actor en el artículo 16 y de manera tácita, en el artículo 17.

El problema que atisba Berraz se presenta cuando

El juez o autoridad que se arrogase competencia sobre la base de las normas de la Convención y posteriormente al análisis del caso observara que

⁴⁸⁶ Se ha afirmado en este concreto punto que: “el empleo de este criterio real y objetivo separa al menor del concepto clásico de domicilio legal. Aunque el Convenio no incluye su definición, consideramos que es «el lugar donde la persona posee su centro de vida»”. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *op. cit.*, p. 108.

⁴⁸⁷ *Idem.*

la Convención no es aplicable (por ejemplo cuando por error o fraude se estableció un domicilio-sea del adoptante o del adoptado-en un lugar determinado, cuando en realidad el mismo no se encontraba en un Estado Parte). En este supuesto, estimamos que si bien la cuestión lógicamente quedaría fuera de la órbita del cuerpo legal bajo análisis, las posibilidades que tendría ese juez o autoridad competente serían solamente dos: o encuentra una norma de jurisdicción internacional de su propio ordenamiento jurídico en la cual pueda basar su competencia, o necesariamente deberá declararse incompetente.⁴⁸⁸

Dos son las cuestiones que nos gustaría manejar al hilo de esa hipótesis; la primera, si la etapa en la que el juez se da cuenta y se cerciora de que las normas del Convenio no son aplicables, y por ende, no es competente en virtud de este cuerpo normativo, es una etapa procesal temprana y debería buscar competencia a través de otro instrumento convencional que pudiera tener ratificado o, a través de la aplicación de la normativa autónoma vigente. Dos son las posibilidades que pueden derivar de esta búsqueda: que sea competente en virtud de dicha normativa y que sea incompetente por la aplicación de ese mismo cuerpo normativo. Si bien la primera opción no nos crea conflicto, la segunda sí. Nuestra postura sería la declaración de incompetencia del juez con la consiguiente paralización de las actuaciones judiciales y la posterior remisión de las mismas a la autoridad competente. No se retrasaría en exceso el momento de la constitución de la adopción. Si es una etapa procesal avanzada y no deriva su competencia de su normativa autónoma, estimamos que, sin más irregularidades siga conociendo del procedimiento de constitución de la adopción hasta su culminación. La posible declaración de incompetencia podría generar un retraso en la integración del menor en un núcleo familiar, objetivo primordial. Por eso estimamos que en materia familiar la aplicación de la normativa no debe ser rígida; por el contrario, debe amoldarse a la situación concreta que se presente.

H. *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*

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 donde incluye en su texto criterios de competencia judicial internacional.

⁴⁸⁸ Berraz, C., *op. cit.*, p. 25.

a) *Ámbito de aplicación material* este instrumento se aplica para aquellos supuestos de hecho que encajen dentro de la figura de sustracción internacional de menores; este Convenio interamericano da respuesta únicamente al aspecto civil de esta figura jurídica excluyendo los aspectos de derecho penal, el artículo 26 deja abierta la posibilidad de que cada Estado maneje a su gusto la vía penal. Esta exclusión puede venir justificada por la dificultad de tipificar y/o tabular de manera unánime a esta figura como delito; así podemos abrir un debate acerca de la ausencia o no de antijuridicidad en esta figura.⁴⁸⁹ Las razones que expone la doctrina para su difícil tipificación como delito es que no ponen “en principio en peligro al niño, un traslado realizado por parientes, por la falta de espíritu de lucro y porque aún tipificadas, en tanto las conductas punibles son realizadas por familiares, las sanciones tienden a ser mínimas y no resulta en consecuencia operable la extradición”.⁴⁹⁰ Nosotros creemos que complica el proceso restitutorio la iniciación de la vía penal en el Estado que fungió como última residencia habitual del menor.

De esta forma, podríamos discutir si la figura misma de la sustracción nacional-internacional de un menor es un delito o si por el contrario es el desacato a una orden judicial dictando y decretando unos derechos de guarda-custodia y/o visita-convivencia o contacto, lo que debe ser punible. Nuestra postura es inclinarnos por la segunda posibilidad.

Quizá por esas diferentes concepciones los instrumentos convencionales, tanto el de La Haya como el interamericano, recogen únicamente la esfera civil de esta figura; es decir, los aspectos de localización y restitución del menor dejando de lado los aspectos penales y por ende un debate que sin duda podrían haber frustrado el nacimiento de este instrumento Interamericano.

Es una Convención de carácter unitario, es decir, regula únicamente la autoridad nacional internacionalmente competente; de esta característica se deriva el hecho de que deja sin regular los aspectos del derecho aplicable y de cooperación internacional. Este carácter la aleja de la Convención interamericana sobre obligaciones alimenticias de carácter tripartito, y de

⁴⁸⁹ Rodríguez Jiménez, S., *Sustracción internacional de menores por sus propios padres. Su destipificación en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

⁴⁹⁰ Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, *op. cit.*, p. 45; Tellechea Bergman, E., “Las Convenciones Interamericanas...”, *op. cit.*, p. 112; Tellechea Bergman, E., “La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre restitución internacional de menores. Consideraciones cerca de sus soluciones y su funcionamiento”, en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, España, Colex, 2003, p. 801.

la Convención interamericana sobre ley aplicable a las adopciones internacionales de carácter bipartito. En este sentido se asemeja a la Convención interamericana de tráfico internacional de menores de carácter unitario. Lo anterior desemboca en que este instrumento deberá coexistir necesariamente con otros cuerpos normativos para dar una respuesta integral al caso de la sustracción internacional de menores.

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación personal esta Convención fija la edad de 16 años como la edad límite para la cobertura convencional.⁴⁹¹ Si bien la Convención interamericana sobre obligaciones alimenticias señala la edad de 18 años, mayormente aceptada por los Estados partes, el presente incluye hasta los 16.⁴⁹²

b) En cuanto a su ámbito de aplicación espacial esta Convención la tienen firmada y ratificada: Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.⁴⁹³ Si bien, como diría la doctrina mexicana, no tiene la misma cobertura que el Convenio de La Haya de sustracción estimamos que lo anterior se debe principalmente a los foros de codificación de los que proceden estas Convenciones. Mientras el foro de codificación de La Haya es universal, el foro de codificación de la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Priavod es regional.⁴⁹⁴

Dentro de este rubro afirmamos que se requiere que el menor tenga su residencia habitual en uno de los Estados parte y que haya sido trasladado ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte o que habiendo sido

⁴⁹¹ En un periodo anterior a la elaboración de esta Convención interamericana se llegó a señalar que: “indudablemente que sería mejor una norma material convencional que estableciera directamente la edad del sujeto menor o por lo menos se fijara un tope erario que fuera el común denominador de los distintos Estados Parte para asegurar la suscripción de la futura Convención. Claro que una definición material requiere un grado tal de integración jurídica entre los Estados que quizás todavía en América no estén dadas las condiciones para ello, por lo menos en lo atinente a este aspecto del derecho”. Álvarez Cozzi, C., *Restitución internacional de menores*, Montevideo, editorial universidad, 1988, p. 16.

⁴⁹² Esta edad puede ser considerada como contraria al orden público de algunos Estados al considerar la mayoría de edad a partir de los dieciocho. 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”. Tellechea Bergman, E., “Las convenciones interamericanas...”, *op. cit.*, pp. 113 y 114.

⁴⁹³ Disponible en: www.sre.gob.mx o www.oea.org.

⁴⁹⁴ Perezniето Castro, L. y Silva Silva, J. A., *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, p. 187.

trasladado legalmente hubieran sido retenidos ilegalmente.⁴⁹⁵ Lo anterior se desprende del artículo 1o. que presenta una triangulación complicada desde que parece imponer el paso del menor por tres Estados diferentes: el Estado parte “A” donde el menor tuviera su residencia habitual, el Estado parte o no parte “B” donde haya sido trasladado el menor, y el Estado parte “C”, el de destino del menor. Frente a su complicada lectura vemos que no quiere más que imponer la aplicación de este instrumento cuando el menor tuviera su residencia habitual en un Estado parte del Convenio y fuera trasladado y retenido en otro Estado parte de la Convención. De esta forma los Estados de tránsito del menor no influyen en la aplicación de este instrumento convencional.

El instrumento interamericano presenta un carácter *inter partes*; es decir, se aplica sólo entre Estados partes; si el menor procede de un Estado parte pero ha sido trasladado a un tercer Estado no parte este instrumento no es aplicable. Inaplicabilidad que se da igualmente si el destino del menor es un Estado parte pero procede de un Estado no parte.

c) El ámbito de aplicación temporal de esta Convención se aplica con carácter irretroactivo; es decir, se aplicará para todas aquellas solicitudes de restitución que se presenten con posterioridad a la entrada en vigor de este instrumento para cada Estado en particular.

Por otra parte, los artículos 36 y 37 de esta Convención señalan:

...la presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para

⁴⁹⁵ Como señalara Álvarez Cozzi: “...la conexión residencia habitual viene a eliminar todos los problemas derivados de los domicilios forzosos o legales... la superioridad técnica de esta conexión para regular la categoría en relación a la conexión domiciliar clásica y a la de la nacionalidad resulta evidente”. Álvarez Cozzi, C., *Restitución internacional de menores*, *op. 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; mismo autor, “Las Convenciones Interamericanas sobre restitución...”, *op. 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 sus-tracción internacional de menores”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, Buenos Aires, t. 55, núm. 1, 1995, pp. 33 y 34.

cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Parte podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Parte.

Esta nota representa una diferencia entre la Convención Interamericana y el de La Haya. 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. La diferencia es más bien de contenido debido a que el Convenio de La Haya afirma que “salvo denuncia, el Convenio se renovará tácitamente cada cinco años”.

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. Se establece en el artículo 37 que este instrumento regirá indefinidamente. México 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* 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* el 18 de noviembre de 1994.

Son cuantiosas las similitudes que podemos encontrar entre estos instrumentos:

1) Ambos Convenios presentan como una de sus características más destacadas la materialización de la máxima *solve et repete*,⁴⁹⁶ primero se retorna al menor y luego se discute, en su caso, quien ostenta legítimamente los derechos de guarda-custodia y visita-convivencia-contacto, y dónde y cómo pueden ejercerse tales derechos.⁴⁹⁷ Ambos afirman que el hecho de

⁴⁹⁶ 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.

⁴⁹⁷ En el Informe explicativo de la profesora Elisa Pérez Vera se afirma: “Por una parte, es claro que el Convenio no se refiere al fondo del derecho de custodia (artículo 19) pero, por

que se lleve a cabo la restitución del menor con uno de sus progenitores, no implica un prejuicio sobre la determinación definitiva de sus derechos tuitivos según el artículo 15 de la Convención Interamericana y los artículos 16 y 19 del Convenio de La Haya.⁴⁹⁸ El fin último que se persigue es que el menor regrese al Estado de su residencia habitual, siendo el juez de ese punto de conexión el competente para decidir sobre su guarda-custodia, visita-convivencia. A fin de conseguir estos objetivos se establecen procedimientos sumarios, expeditos, los cuales no entran a prejuzgar la cuestión de la asignación de los derechos tuitivos. El que se diferencie entre la cuestión de localizar-restituir y la cuestión de guarda-custodia, visita-convivencia no impide que se pueda iniciar la acción para la determinación de la guarda, al mismo tiempo que se recepciona la solicitud de localización y restitución. Como señala el Informe explicativo:

Las autoridades de uno de ellos —las de la residencia habitual del niño— son en principio las que están mejor situadas para decidir, con justicia, sobre los derechos de custodia y visita... Es preciso hacer dos consideraciones: por una parte, el Convenio no trata de resolver definitivamente la custodia de los menores, lo que debilita considerablemente los argumentos favorables a la ley nacional; por otra parte, las normas convencionales descansan en gran medida en la idea subyacente de que existe una especie de competencia natural de los tribunales de la residencia habitual del menor en un litigio relativo a su custodia.⁴⁹⁹

Tanto el Convenio de La Haya de sustracción como el Interamericano de restitución se caracterizan por tener un carácter fáctico;⁵⁰⁰ lo anterior

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 de custodia que da un contenido jurídico a la situación modificada por las acciones que se pretenden evitar". Disponible en: www.hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf, párrafo 9.

⁴⁹⁸ 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". Berraz, C., *La protección internacional del menor...*, *op. cit.*, p. 35 y 37.

⁴⁹⁹ Disponible en: hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf, párrafos 34 y 66.

⁵⁰⁰ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., "secuestro internacional de menores", en Calvo Caravaca, A. L. *et al.*, *Derecho internacional privado*, 2. ed., Granadas, Comares, 2000, vol. II, p. 167. En este sentido señalan los autores que "es un convenio de carácter fáctico: no entra en el fondo jurídico de la cuestión". Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., "globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)", en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, España, Colex, 2003, p. 165; mismos autores,

justificado porque la localización y restitución del menor tiene un carácter o naturaleza cautelar y preventivo,⁵⁰¹ mientras que los derechos de guarda y visita presentan un carácter más estable y final.⁵⁰² Así, el Informe explicativo señala:

Nos limitaremos a recordar de forma muy breve que las situaciones consideradas resultan del uso de vías de hecho para crear vínculos artificiales de competencia judicial internacional con vistas a obtener la custodia de un menor... La persona que traslada al menor (o que es responsable, cuando la acción material es llevada a cabo por una tercera persona) confía en lograr de las autoridades del país al que el menor ha sido llevado el derecho de custodia... Es frecuente que la persona que retiene al menor trate de conseguir que una resolución judicial o administrativa del Estado de refugio, legalice la situación de hecho que acaba de crear; no obstante, si no está segura del sentido de la resolución, es asimismo posible que opte por la inactividad, dejando así la iniciativa a la persona privada de su derecho. Ahora bien, incluso si ésta actúa rápidamente, es decir, aunque evite la consolidación en el tiempo de la situación creada por el traslado del menor, el secuestrador estará en una posición ventajosa, dado que será él quien haya elegido la jurisdicción que va a juzgar el caso, una jurisdicción que, en principio, considera la más favorable para sus pretensiones. En conclusión, se puede afirmar que el problema abordado por el Convenio... adquiere toda su importancia jurídica por la posibilidad que tienen los particulares de establecer vínculos más o menor artificiales de competencia judicial. En efecto, por esta vía, el particular puede alterar la ley aplicable y lograr una resolución judicial que le sea favorable. Ciertamente, tal resolución, sobre todo cuando coexista con otras, dictadas por otras jurisdicciones, de contenido contradictorio, tendrá una validez geográficamente limitada pero, en cualquier caso, aportará un título jurídico suficiente para “legalizar” una situación de hecho que ninguno de los sistemas jurídicos afectados deseaba.⁵⁰³

Derecho de familia internacional, Madrid, Colex, 2003, p. 288; mismos autores, “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*, España, Colex, 2004, p. 40; mismos autores, “Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 2, 2003, p. 177.

⁵⁰¹ Tellechea Bergman afirma que la acción de restitución constituye un procedimiento sumario. Tellechea Bergman, E., *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, p. 205.

⁵⁰² Como afirma Tellechea Bergman: “cuestión de fondo que podrá deducirse concomitantemente, antes o después de la acción de restitución y cuyos jueces coincidirán o no con los de aquélla”. Tellechea Bergman, E., “Las Convenciones Interamericanas...”, *op. cit.*, p. 122.

⁵⁰³ En este sentido se pronuncia Sean D. 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

2) Ambos Convenios presentan como objetivo central “asegurar la pronta restitución de menores... hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares”, artículo 1o. de la Convención Interamericana y el artículo 1o. del Convenio de La Haya. El fin último que persiguen es evitar que por medio del traslado de un menor a otro país se llegue a alterar el foro predeterminado legalmente como competente para decidir sobre la guarda y custodia de dicho menor.

3) Los dos instrumentos convencionales presentan y regulan la figura de la Autoridad Central, según el artículo 7o. y siguientes de la Convención Interamericana y los artículos 6o. y siguientes del Convenio de La Haya.⁵⁰⁴ Las funciones a desempeñar por estas figuras son esencialmente las mismas.⁵⁰⁵ En este sentido, se ha señalado:

...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.⁵⁰⁶

Respecto al papel y desempeño de las Autoridades Centrales, el Informe explicativo señala:

custodia en un segundo Estado le permitiera alcanzar y obtener una decisión de custodia más favorable. Sean D. Murphy, “Contemporary practice of the United States relating to International Law: Private International Law: Interpretation of “Rights of Custody” Under Hague Convention on Child Abduction”, *A.J.I.L.*, octubre, 2004. Disponible en: www.hcc.evision.nl/upload/expl28s.pdf, párrafos 11 y 13-15.

⁵⁰⁴ Como bien señala Berraz, refiriéndose al Convenio Interamericano, la figura de la Autoridad Central no es nueva, por el contrario aparece en la Convención sobre exhortos o cartas rogatorias de 1975, en la Convención sobre recepción de pruebas en el extranjero de 1975, y en la Convención sobre cumplimiento de medidas cautelares de 1979. Berraz, C., *La protección internacional del menor...*, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁰⁵ Respecto a la Autoridad Central en el Convenio de La Haya señala la profesora 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”. Vargas Gómez-Urrutia, M., *La protección internacional de los derechos del niño*, México, 1999, pp. 124 y 25. Por su parte Dreyzin de Klor señala que: “la implementación de Autoridades Centrales es un mecanismo de probada eficiencia ya que agiliza y facilita la cooperación internacional. Prueba de ello es la marcada preferencia que se refleja en su incorporación en diversos tratados y convenios bilaterales y multilaterales”. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁰⁶ Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, *op. cit.*, p. 48.

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... El solicitante es libre de dirigirse a la Autoridad central que estime más adecuada; no obstante, por motivos de validez, el texto hace una mención expresa de la Autoridad central de la residencia habitual del menor, si bien dicha mención no debe ser interpretada en el sentido de que las demandas ante las demás Autoridades centrales vayan a ser excepcionales.⁵⁰⁷

Respecto a estas Autoridades se ha señalado que: “el buen funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 depende, en gran medida, del correcto cumplimiento de las funciones que asumen las autoridades centrales y que se recogen en los artículos 7o. y 8o.”.⁵⁰⁸

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

⁵⁰⁷ Disponible en: www.hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf, párrafos 88-90 y 99.

⁵⁰⁸ 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.

el artículo 8o. toda persona, institución u organismo. Respecto a este último instrumento, el Informe explicativo señala:

Los titulares de los derechos de custodia y de visita... En relación con el derecho de visita, es evidente que, por la propia naturaleza de las cosas, sus titulares siempre serán personas físicas cuya determinación dependerá de la ley aplicable a la organización de este derecho. En principio, estas personas formarán parte del círculo familiar del menor y se tratará normalmente del padre o de la madre. En cambio, también las personas jurídicas pueden ser titulares de un derecho de custodia de acuerdo con el Convenio. A tal respecto, el artículo 3 prevé la posibilidad de la atribución del derecho de custodia “a una institución o cualquier otro organismo”, utilizando conscientemente una expresión imprecisa y amplia.⁵⁰⁹

La diferencia más notable se centra en el artículo 6o. de la Convención interamericana, en el cual se establece los foros alternativos competenciales para conocer del supuesto de restitución internacional del menor. Así, afirmamos que conforme al instrumento interamericano:

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

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

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

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

De la alternancia de foros competenciales nos surgen los siguientes comentarios:

- a) Son potencialmente tres los tribunales nacionales internacionalmente competentes (el de la residencia habitual, donde se encuentre o se supone que se encuentre, y el del lugar de la comisión del acto ilícito),

⁵⁰⁹ Disponible en: www.hcc.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf, párrafos 79 y 80.

lo cual origina una interesante alternancia de foros. Este abanico de posibilidades, sin duda, nos parece que busca evitar un foro de necesidad o una denegación de justicia. Mientras más foros se ofrezcan como competentes se reduce lógicamente las posibilidades de que el supuesto quede sin resolverse y derive en un foro de necesidad. Obviamente este abanico de posibilidades tiene como objetivo la protección del menor como “bien jurídicamente tutelado”. Asistimos a un reparto bilateral de la competencia judicial civil internacional.

- b) La ausencia de definición del concepto de “urgencia”, que introduce la Convención; no sabemos qué se debe entender por “urgencia”, por lo que estamos ante un concepto jurídico indeterminado que puede ser definido en cada caso.
- c) Estos tribunales también serán competentes para conocer de la solicitud que tuviere por objeto hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita por parte de sus titulares según el artículo 21.⁵¹⁰
- d) Aparece la conexión “residencia habitual” a la que se une una cláusula temporal “inmediatamente antes de su traslado o de su retención”. Carácter móvil y volátil que pueda tener la residencia habitual del menor, igual que el concepto de domicilio, puede cambiar y fijarse en lugares diferentes con relativa facilidad. Lo anterior posibilitaría la aparición de “conflictos de jurisdicción” que pudieran derivar, bien en la denegación de justicia al generar un foro de necesidad, o bien en la aparición de litispendencia o conexidad. De cualquier forma este punto de conexión supone una “solución notoriamente más adecuada y tuitiva de la protección de los niños que el domicilio legal”.⁵¹¹ Ahora bien, el concepto de residencia habitual no está defi-

⁵¹⁰ 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”, en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, España, Colex, 2003, pp. 733 y 734; mismos autores, “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*, *op. cit.*, p. 169.

⁵¹¹ Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, *op. cit.*, p. 46 quien afirma que: “la solución es correcta ya que de otro modo, puede ocurrir que un niño incorporado efectivamente a una sociedad en la que está formado, resulte ajeno a ella desde el punto de vista jurídico”.

nido en el instrumento convencional; aspecto que no está exento de críticas doctrinales.⁵¹² Representan un “reenvío” o remisión al concepto que cada uno de los Estados implicados tenga de “residencia habitual”; de tal forma que estaremos a lo que cada Estado disponga para la determinación legal del concepto de residencia.

2. *Convenios de La Haya*

A. *Convenio relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional*

Este instrumento normativo de carácter multilateral resulta ser ciertamente exitoso.⁵¹³ Si uno de los parámetros para medir el éxito de un Convenio es el número de Estados parte, no podemos negar lo ambicioso y exitoso de este instrumento.⁵¹⁴ México junto con Brasil, Costa Rica y Rumania, fue Estado pionero en la firma y ratificación de este instrumento, acto del que presume la doctrina mexicana.⁵¹⁵ Entre los Estados parte podemos señalar que la mayoría de ellos son países de recepción de menores y en menor medida encontramos países de origen de los menores.

a) El ámbito de aplicación material de conformidad con el artículo 2.2 cubre “las adopciones que establecen un vínculo de filiación”.⁵¹⁶ Este artículo

⁵¹² En este sentido afirma Dreyzin de Klor que: “lamentablemente, la convención no define qué debe entenderse por residencia habitual. Estimamos no equivocarnos al afirmar que el sentido que inspira la conexión es la presencia efectiva del menor en un Estado o aplicar al vocablo la definición que proporciona el convenio bilateral argentino-uruguayo, es decir, que residencia habitual se emplea en el sentido de centro de vida de menor”. *Idem*.

⁵¹³ Éxito que ya auguraba en el año 1994 el profesor Siqueiros, véase Siqueiros, J. L., “La Convención relativa a la protección de menores y a la cooperación en materia de adopción internacional”, *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 23, 1994, p. 320.

⁵¹⁴ Coincidiendo con lo exitoso de este Convenio encontramos a la profesora Vargas Gómez-Urrutía quien además señala como factor de ambición sus catorce años de negociaciones y sus cerca de sesenta países que consta haberlo ratificado. Vargas Gómez-Urrutía, M., *op. cit.*, p. 122.

⁵¹⁵ Cárdenas Miranda, E. L., “Adopción internacional”, en González Martín, N. y Rodríguez Benot, A., (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, 2001, p. 37.

⁵¹⁶ Coincidimos con las afirmaciones vertidas en la obra al referirse al artículo 2o. como el ámbito de aplicación material del Convenio citado en líneas precedentes. Dreyzin de Klor bien se afirma en su obra que: “mediante esta fórmula se trató de conciliar las soluciones de los diferentes regímenes legales, ya que algunos Estados sólo admiten una forma de adopción, mientras que en otros coexisten la adopción plena con la simple, o,

debe ponerse en relación con el artículo 3o. que dispone: “el Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el Artículo 17, apartado c, antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años”. Un artículo fundamental es el 40, el cual afirma que: “no se admitirá reserva alguna al Convenio” lo cual desemboca en una exacta aplicación en todos los Estados contratantes. Las reservas propician que la armonización de estos instrumentos sufra una profunda relajación. La imposibilidad de realizar reservas conlleva la disminución del riesgo de aparición del alegato del correctivo del orden público.

b) El ámbito de aplicación temporal se establece en el artículo 46:

1. El Convenio entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación prevista en el artículo 43. 2. En lo sucesivo, el Convenio entrará en vigor: a) para cada Estado que lo ratifique, acepte o apruebe posteriormente, o se adhiera al mismo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión; b) para las unidades territoriales a las que se haya hecho extensiva la aplicación del Convenio de conformidad con el artículo 45, el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la notificación prevista en dicho artículo.

Por lo que se refiere a su carácter irretroactivo el artículo 41 afirma que: “el Convenio se aplicará siempre que una solicitud formulada conforme al artículo 14 sea recibida después de la entrada en vigor del Convenio en el Estado de origen y en el Estado de recepción”. Este artículo, escueto y directo, establece expresamente el carácter irretroactivo de este instrumento convencional.

Se firma en La Haya el 29 de mayo de 1993, con entrada en vigor internacional el 1o. de mayo de 1995; de conformidad con el artículo 46, la Convención entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. México firma el 29 de mayo de 1993, la aprobación por el Senado es del 22 de junio de 1994, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de julio de 1994, México lo ratifica el 14 de septiembre de 1994, entra en vigor el 1o. de mayo de 1995 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de octubre de 1994.

incluso, existiendo la misma clase de adopción, producen distintos efectos”. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *op. cit.*, p. 98.

c) En relación con el ámbito de aplicación espacial los Estados parte de este instrumento son: Albania, Alemania, Andorra, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Belice, Bielorrusia, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, China, Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Guinea, Hungría, India, Islandia, Israel, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Mali, Malta, Mauricio, México, Mónaco, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, República Checa, República de Moldova, San Marino, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Uruguay y Venezuela.

Los países latinoamericanos junto con Burkina Faso, Burundi y Mongolia son claramente Estados de origen de menores. Este instrumento requiere, de conformidad con el artículo 2.1, que: “un niño con residencia habitual en un *Estado contratante* (el Estado de origen), ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (el Estado de recepción), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen”.⁵¹⁷ Lo anterior supone que este instrumento convencional sólo se aplicará entre aquellos países que lo han ratificado,⁵¹⁸ convirtiéndose en un Convenio de carácter *inter partes*.

Los objetivos de este instrumento convencional pueden ser resumidos en dos: *a*) imponer el establecimiento de garantías para que la adopciones internacionales no escondan tras esa fachada otra figura ilícita y respete esa adopción el “interés superior del menor” y *b*) asegurar que la sentencia de constitución de la adopción sea reconocida y ejecutada en el resto de Estados contratantes. Para lo anterior prevé un sistema de cooperación entre los Estados contratantes según el artículo 1o. En definitiva, el Convenio ejemplifica el interés por el desarrollo integral de un menor que en última

⁵¹⁷ Respecto a este artículo 2.1 el profesor Rodríguez Martínez señala acertadamente que: “el elemento de internacionalidad radica no en la nacionalidad o ciudadanía de la pareja adoptante, sino más bien en la residencia, es decir, en que la pareja adoptante resida en lugar diferente al lugar de la residencia habitual del menor, siempre que exista la intención de que el menor sea desplazado al Estado receptor”. Rodríguez Martínez, E., “La adopción de menores y las recientes reformas del 28 de mayo de 1998 a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal”, *Revista de Derecho Civil*, México, 1998, p. 214.

⁵¹⁸ González Martín, N., “El Convenio de La Haya de 1993 y el procedimiento de cooperación a través de una entidad colaboradora de adopción internacional: España y México”, *op. cit.*, p. 181.

instancia se desarrollará en un núcleo familiar en un Estado diferente.⁵¹⁹ Se da una cobertura amplia desde que se garantiza la correcta constitución de la figura de la adopción así como el complemento indispensable que supone el reconocimiento y ejecución de dicha constitución.

Esta Convención prevé, en el capítulo III, la creación de Autoridades Centrales y Organismos Acreditados en el mismo tenor que la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores; el artículo 6.1 afirma que: “todo Estado Contratante designará una Autoridad Central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone”.⁵²⁰ Por su parte, el numeral 2 de este artículo afirma:

Un estado federal, un Estado en el que están en vigor diversos sistemas jurídicos o un Estado con unidades territoriales autónomas puede designar más de una Autoridad Central y especificar la extensión territorial o personal de sus funciones. El estado que haga uso de esta facultad, designará la Autoridad Central a la que puede dirigirse toda comunicación para su transmisión a la Autoridad Central competente dentro de ese Estado.

En este orden de ideas, la República mexicana en el Decreto promulgatorio de la Convención, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de octubre de 1994, señala

Carlos Salinas de Gortari, presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed: el día veintinueve del mes de mayo del año de mil novecientos noventa y tres, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente autorizado al efecto firmó *ad referendum*, la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, suscrita en la ciudad de La Haya, Países Bajos, en la misma fecha, cuyo título y forma en español constan en la copia certificada adjunta. La citada Convención fue aprobada por la Cámara de Senadores del honorable Congreso de la Unión, el día veintidós del mes de junio del año mil novecientos noventa y cuatro, según Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día seis del mes de julio del propio año, con las siguientes decla-

⁵¹⁹ Brena Sesma, I., “Convención sobre protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional”, *Revista de Derecho Privado*, año 6, núm. 18, 1995., pp. 87 y 88.

⁵²⁰ Respecto a las Autoridades Centrales se ha llegado a señalar que: “lo importante es que de la actividad desarrollada por las Autoridades Centrales, como instrumentos que realizan la cooperación entre los jueces de los distintos países, se llegue a la conclusión que la adopción ha cumplido con todas las exigencias legales en los dos países interesados. O sea, que deben cooperar para alcanzar la «armonización, coordinación, unificación o *ius commune in concreto* con relación al caso de la adopción internacional». Dreyzin de Klor, A. (coord.), *op. cit.*, pp. 98 y 99.

raciones: “el Gobierno de México al ratificar la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, formula las siguientes declaraciones: I. en relación con los artículos 6o., numeral 2 y 22, numeral 2, únicamente fungirán como Autoridades Centrales para la aplicación de la presente Convención, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia de cada una de las siguientes entidades Federativas, con jurisdicción exclusiva en el territorio al que pertenecen. 1. Aguascalientes. 2. Baja California. 3. Baja California Sur. 4. Campeche. 5. Coahuila. 6. Colima. 7. Chiapas. 8. Chihuahua. 9 Durango. 10. Estado de México. 11. Guanajuato. 12. Guerrero. 13. Hidalgo. 14. Jalisco. 15. Michoacán. 16. Nayarit. 18. Nuevo León. 19. Oaxaca. 20. Puebla. 21. Querétaro. 22. Quintana Roo. 23. San Luis Potosí. 24. Sinaloa. 25. Sonora. 26. Tabasco. 27. Tamaulipas. 28. Tlaxcala. 29. Veracruz. 30. Yucatán. 31. Zacatecas. 32. El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia tendrá jurisdicción exclusiva en el Distrito federal y jurisdicción subsidiaria en las 31 entidades federativas de la república anteriormente citadas. La Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores fungirá como Autoridad Central para la recepción de documentación proveniente del extranjero...”⁵²¹

Las obligaciones que se imponen a estas Autoridades se pueden localizar en los artículos 7o., 8o. y 9o. Convencional.

En este sentido, el artículo 7o. inicia con un enunciado muy genérico donde se afirma que las Autoridades Centrales tienen el deber de cooperar y promover la cooperación entre ellas. A fin de concretar estas labores este mismo artículo establece: “a) proporcionar información sobre la legislación de sus Estados, estadísticas y formularios; b) dar información sobre el funcionamiento del Convenio y suprimir obstáculos en su aplicación”.

⁵²¹ Autoridades que como designa la doctrina “en México, se designó a la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores como la Autoridad Central y sólo se permite el traslado fuera del país a menores que hayan sido previamente adoptados a través de los tribunales familiares nacionales”. Brena Sesma, I., *op. cit.*, p. 88; mismo autor, “La adopción y los convenios internacionales”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 8, núm. 24, 1997, p. 36; mismo autor, “El interés del menor en las adopciones internacionales”, en González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, 2001, p. 86. En esta línea se expresaba en el año 1994 el profesor Siqueiros, J. L., *op. cit.*, pp. 321 y 322 quien señala que: “esta temática es de la competencia de las legislaciones locales”. Compartiendo estas ideas encontramos a Espinal Piña, I. I. y García Mirón, A., “Análisis procedimental y sustantivo de la adopción en México”, en González Martín, N. y Rodríguez Benot, A., (coord.), *Estudios sobre adopción internacional*, *op. cit.*, p. 122; González Martín, N., “Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional: el caso México-España”, en González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coord.), *op. cit.*, p. 171; Jiménez García, J. F., *Derechos de los niños*, México, Cámara de Diputados-LVII Legislatura-UNAM, 2000, p. 27.

Estas obligaciones se complementan con el contenido del artículo 8o. que afirma como otra función tomar: “todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos con relación a una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio”.

Como colofón a esta enumeración de obligaciones, el artículo 9o. señala:

a) tomar medidas apropiadas para: a.1) reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción; a.2) facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción; a.3) promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones; a.4) intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional y a.5) responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras Autoridades centrales o por Autoridades públicas.

Al anterior listado de obligaciones se ofrece una adicional, a saber:

Sugerimos, en el caso concreto mexicano, la conveniencia de la creación de una oficina dentro del DIF Nacional que debería tener la competencia de confeccionar un censo nacional o banco de datos, actualizado mensualmente, de todos los menores en situación legal de adaptabilidad. Con ello se racionalizaría y facilitaría que las solicitudes de adopción llegaran o se dirigieran al lugar o Estado donde realmente fueran precisas y se evitaría la acumulación de trabajo en determinados Estados que no van a poder atender dichas solicitudes.⁵²²

No puede faltar en este entramado convencional el señalamiento al artículo 22.2:

Todo Estado Contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las funciones conferidas a la Autoridad Central por los artículos 15 a 21 podrán también ser ejercidas en ese Estado, dentro de los límites permitidos por la ley y bajo el control de las Autoridades competentes de dicho Estado, por personas u organismos que: a) cumplan las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por dicho Estado, y b) estén capacitadas por su calificación ética y por su formación o experiencia para trabajar en el ámbito de la adopción internacional.

⁵²² González Martín, N., *op. cit.*, p. 177.

A lo anterior se ha calificado como “adopciones independientes”.⁵²³ Este artículo fue muy discutido al momento de su redacción y negociación, se acordó que cada Estado pudiera determinar si las obligaciones de las Autoridades Centrales serían concurrentes con estos organismos o no. La redacción final determinó que algunas funciones y atribuciones se desarrollarían de manera exclusiva y directa por las Autoridades Centrales, como bien lo asevera el artículo 7o.,⁵²⁴ mientras que otras podrían ser concurrentes con los organismos designados por cada Estado, tal como se establece en los artículos 8o. y 9o.

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

a) Por lo que respecta a su ámbito de aplicación material-personal, podemos afirmar que este instrumento se aplicará únicamente para los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Como bien afirma González Pedrouzo:

La versión castellana ha adoptado un sustantivo más neutro que el que correspondería a la traducción literal de los términos utilizados en las versiones oficiales inglesa y francesa *abduction* y *enlèvement*. En efecto, estos términos corresponden al término castellano “secuestro” que en su acepción normal tiene connotaciones penales que podrían dar lugar a equívocos, te-

⁵²³ Siqueiros, J. L., *op. cit.*, p. 317. En este sentido afirma que: “esta opción fue inicialmente rechazada por muchas delegaciones. Sin embargo, se consideró que era preferible regular la actuación de las agencias privadas en el marco de la Convención, que tolerarla en forma irrestricta”. González Martín, N., *op. cit.*, pp. 182 y 183. Esta autora señala que: “entendemos la preferencia del Convenio de La Haya de 1993 por la intervención de la ECAI’s ante el oscurantismo que permea las adopciones «privadas», fundamentalmente, pero tampoco debemos obviar que el Convenio no puede hacer desaparecer «de un plumazo» los actos fraudulentos de aquellas agencias, como comentábamos, mediadoras que están acreditadas, precisamente, por las Autoridades Centrales tanto de los países de origen como de los países de recepción”.

⁵²⁴ El artículo 7o. establece: “2. Tomarán *directamente*...”. La utilización del término “directamente” lo traducimos por el sinónimo “exclusivamente”. Por su parte, y en orden a establecer las diferencias de estos artículos, el artículo 8o. de este Convenio señala lo que denominaremos como “competencias concurrentes”. Esta afirmación se deriva de la frase “las Autoridades Centrales tomarán, *directamente o con la cooperación de autoridades públicas*...”. En la misma línea del artículo 8o. encontramos el artículo 9o. “Las Autoridades Centrales tomarán, *ya sea directamente o con la cooperación de Autoridades públicas o de otros organismos debidamente acreditados en su Estado*...”.

niendo en cuenta que el Convenio se refiere a situaciones que se producen en el ámbito familiar.⁵²⁵

Avocados a un aspecto puramente semántico, del *nomen iuris*, entendemos que el término “secuestro” no refleja con precisión el contenido de este Convenio ya que le imprime un carácter penal, rama jurídica excluida en dicho Convenio, como tampoco refleja la finalidad de la figura de la sustracción; sin embargo, mantendremos el término de “sustracción”, el cual nos parece más acertado que el usado en el Convenio interamericano.

Por otro lado, creemos que el término “restitución” viene a ser la consecuencia lógica y esperada de toda sustracción mientras que la “sustracción” es la conducta realizada que debe ser regulada jurídicamente. Por tanto, consideramos que el término de “sustracción” refleja con mayor exactitud el espíritu y los objetivos de este Convenio.

Por lo que hace a su aplicación personal, este instrumento considera “menor” a quien no ha cumplido la edad de 16 años.⁵²⁶ El Informe explicativo nos da un razonamiento del porqué de la previsión de dicha edad: “el motivo resulta de los propios objetivos convencionales; en efecto, una persona de más de dieciséis años tiene por lo general una voluntad propia que resultará difícil de ignorar, ya sea por uno u otro de sus progenitores, ya sea por una autoridad judicial o administrativa”.⁵²⁷

En este sentido, debemos aclarar que si bien el menor se encuentra como un primer elemento para la determinación de la sustracción, el otro elemento necesario es la presencia del “sustractor o sustractores”. Así, 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 sus-

⁵²⁵ González Pedrouzo, C., “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Uruguay, núm. 18, 2000, p. 13.

⁵²⁶ En este mismo sentido y derivado de la figura del menor, se puede afirmar como lo hiciera González Pedrouzo que: “desde el punto de vista subjetivo, la cuestión del traslado y retención ilícitos de menores, se manifiesta como un triángulo, que tiene como vértice la figura del menor. En los extremos de la base se ubican, por un lado, el titular del derecho de custodia y por el otra parte, la figura de quien traslada o retiene al menor”. *Ibidem*, p. 14.

⁵²⁷ Disponible en: www.hcch.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf, párrafo 77.

tracción 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”.⁵²⁸

Una determinación que resulta por demás necesaria es la ilicitud del traslado o retención de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3o. de esta Convención.⁵²⁹ En este sentido afirma:

a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

De esta redacción podemos extraer que, como se dijera en el Informe explicativo:

Sólo impone la obligación de devolver al menor cuando ha habido un traslado o un no retorno considerado como ilícitos por el Convenio. Ahora bien, al señalar los requisitos que debe cumplir una situación para que su alteración unilateral pueda ser calificada de ilícita, este artículo pone indirectamente de manifiesto las relaciones que el Convenio pretende proteger; dichas relaciones están basadas en un doble elemento: *primo*, la existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de la residencia habitual del menor; *segundo*, el ejercicio efectivo de dicha custodia, antes del traslado.⁵³⁰

Aclaremos que el derecho de custodia puede venir atribuido por el derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; esta frase genérica de “derecho vigente” incluye su sistema de DIPr, es decir, su normativa conflictual.⁵³¹

⁵²⁸ Disponible en: www.hcc.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf, párrafos 81 y 82.

⁵²⁹ Carrillo Carrillo, B., “Doble secuestro internacional de menores y Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 octubre 1980”, Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, *op. cit.*, p. 231.

⁵³⁰ Disponible en: www.hcc.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf, párrafo 64.

⁵³¹ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, *op. cit.*, pp. 167 y 168.

Este Convenio se aplica tanto para las sustracciones simples como para las denominadas “sustracciones internacionales dobles”. La condición *sine qua non* es que se cumplan los requisitos de aplicabilidad del Convenio.

Una última cuestión, es que se trata de un Convenio de carácter unitario desde que sólo regula el aspecto de la cooperación entre autoridades judiciales o administrativas. En este sentido, y como afirma el Informe explicativo de esta Convención, “el Convenio está condenado a coexistir inevitablemente con las normas relativas a la ley aplicable y al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras de cada Estado contratante, con independencia de que su origen sea interno o convencional”.⁵³² Este carácter unitario nos conduce irremediabilmente a la fragmentación de cuerpos normativos, de distinta jerarquía y de distinta época y corte, a la hora de dar una respuesta integral al supuesto de hecho de la sustracción internacional de un menor.

Las cuestiones de competencia judicial civil internacional y de derecho aplicable relativas a las sustracciones internacionales de menores, así como el reconocimiento y ejecución de los derechos tuitivos, son aspectos que quedan excluidos del ámbito de aplicación material de este instrumento convencional. En este sentido, el artículo 16:

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 haya que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.

Lo anterior no es más que una prolongación o reafirmación de la máxima *solve et repete* que ha sido calificada como “una regla de *competencia judicial internacional negativa*: impide conocer”.⁵³³

⁵³² Disponible en: www.hcc.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf, párrafo 39.

⁵³³ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, *El derecho de familia ante...*, *op. cit.*, p. 166; mismos autores, *Derecho de familia internacional, op. cit.*, p. 288; mismos autores, “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, op. cit.*, p. 40; mismos autores, “Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional, op. cit.*, p. 177.

b) El ámbito de aplicación temporal de este Convenio tiene una aplicación explícitamente irretroactiva; de conformidad con el artículo 35, “el presente Convenio sólo se aplicará entre los Estados Contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados”. El Informe explicativo señala respecto de esta nota:

...en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones se propusieron varias soluciones a la cuestión de determinar si el Convenio debía aplicarse a las sustracciones que se hubiesen producido entre dos Estados contratantes con anterioridad a su entrada en vigor o sólo a aquellas que hubiesen tenido lugar con posterioridad a dicha fecha. La primera era sin duda la más generosa, puesto que preveía la aplicación del Convenio a cualquier «sustracción», independientemente del momento en que se hubiera realizado. No obstante, esta decisión fue seguida más tarde de la aceptación de la posibilidad, para cualquier Estado contratante, de hacer una declaración a fin de limitar la aplicación del Convenio a las “sustracciones” que se hubieran producido con posterioridad a su entrada en vigor en ese Estado. De este modo, la situación quedaba muy abierta, a la vez que se reconocía a cada Estado la posibilidad de limitar la aplicación del Convenio, si lo estimaba necesario. Ahora bien, resulta claro que la existencia de declaraciones de este tipo en el contexto de un convenio de aplicación marcadamente bilateral planteaba problemas técnicos. Para resolverlos, la primera Comisión se pronunció finalmente a favor de la solución contraria a la adoptada en primer lugar, es decir, a favor de la solución más restrictiva.⁵³⁴

Se firma en La Haya, el 25 de octubre de 1980, con entrada en vigor internacional de 1o. de diciembre de 1983; el artículo 43 expresa que la Convención entrará en vigor el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito del tercer instrumento. Igualmente, se menciona en el artículo 44 que la Convención permanecerá en vigor durante cinco años. México la aprueba por el Senado el 13 de diciembre de 1990, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* 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* el 6 de marzo de 1992.

c) El ámbito de aplicación espacial debe resaltarse de esta Convenio ya que ha sido ratificado por más de setenta Estados, dato que da una idea del éxito de dicho instrumento. Lo anterior ha motivado que la doctrina lo califique como “una de las *joyas de la corona* de la Conferencia...”⁵³⁵

⁵³⁴ Disponible en: www.hcch.e-vision.nl/upload/exp123s.pdf, párrafo 144.

⁵³⁵ González Beilfuss, C., *op. cit.*, p. 98.

Por otro lado, la necesaria internacionalidad del supuesto de sustracción viene ofrecida por la implicación de dos Estados, el de origen y el de destino del menor. De conformidad con el Informe explicativo:

El carácter internacional resulta de una situación de hecho, es decir, de la dispersión de los miembros de una familia por distintos países. Una situación puramente interna en el momento de su nacimiento puede por tanto caer dentro del ámbito de aplicación del Convenio por el hecho, por ejemplo, de que uno de los miembros de la familia se haya trasladado al extranjero con el menor o del deseo de ejercer un derecho de visita en otro país en el que resida la persona que pretende tener dicho derecho. Por el contrario, la diferencia de nacionalidad de las personas afectadas no implica necesariamente que se esté ante un caso internacional al que deba aplicar el Convenio aunque se trata de un indicio claro de una posible internacionalización, en el sentido en el que se ha descrito.⁵³⁶

Del presente informe deducimos que la nacionalidad de las partes no es un criterio, sino un índice, para otorgar el carácter de internacionalidad a una sustracción de menores.

Por lo que respecta a su carácter *inter partes*, debemos acudir al 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”.⁵³⁷ El Informe explicativo señala en este punto:

...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

⁵³⁶ Disponible en: www.hcc.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf, párrafo 56.

⁵³⁷ Calvo Caravaca y Carrascosa González quienes ponen de manifiesto también el carácter *inter partes* de este Convenio. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Secuestro internacional de menores”, en Calvo Caravaca, A. L. et al., *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 168. Carrillo Carrillo, B., op. 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)”, *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, op. cit., p. 167; *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003, p. 289; “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*, op. cit., p. 41; “Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, op. cit., p. 179.

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.⁵³⁸

La combinación de los artículos 1o. inciso *a* y 4o. determinan este ámbito; el artículo 4o. señala: “el Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita” y por su parte el artículo 1o. inciso *a*: “garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante”. De lo anterior se deriva que el Convenio se aplica sólo entre Estados partes; es decir, si el menor procede de un Estado parte pero ha sido trasladado a un tercer Estado no parte, este Convenio no es aplicable. Tampoco se aplica si el destino del menor es un Estado parte pero procede de un Estado no parte.⁵³⁹ Requisito que determina al mismo tiempo la necesaria internacionalidad de la sustracción del menor. 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.⁵⁴⁰ Los Estados de tránsito no influyen en la suerte aplicativa de este instrumento convencional.

Los objetivos primordiales de este instrumento convencional, de conformidad con el artículo 1o., son dos: *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 contra-

⁵³⁸ Disponible en: www.hcc.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf, párrafo 37.

⁵³⁹ Como bien afirma González Pedrouzo, el ámbito de aplicación espacial por la conjunción de ambos artículos quedaría como sigue: “el Convenio será aplicable cuando se produzca un traslado ilícito desde el Estado Contratante donde el menor tenga la residencia habitual hacia otro Estado Contratante, o cuando tenga lugar una retención ilícita en cualquier Estado Contratante distinto al de la residencia habitual del menor”. González Pedrouzo, C., *op. cit.*, pp. 13 y 14.

⁵⁴⁰ 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, op. cit.*, p. 41; mismos autores, “Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional, op. cit.*, p. 179

tantes. Este artículo refleja el deseo de protección de la persona del menor a través de la defensa del interés superior del menor.⁵⁴¹ Interés que se refleja a la hora de otorgar facilidades en el reconocimiento de las decisiones judiciales.⁵⁴² A nuestro juicio, el objetivo indirecto que persigue este instrumento es evitar un mal uso o un uso fraudulento de los derechos tuitivos estableciendo la necesaria y existente relación entre la figura de la sustracción y los derechos de visita.

Nos preguntarnos si estamos ante una situación privada internacional que se desarrolla instantáneamente (es decir, estas situaciones se verifican en un momento concreto y en ese mismo momento agotan sus efectos jurídicos), o si por el contrario, estamos ante una situación privada duradera. Estimamos que nos encontramos ante una situación jurídica duradera, extendida en el tiempo; de lo anterior se deduce que queda completamente descartada la inclusión en la protección de este Convenio de aquellas sustracciones que inician antes de la entrada en vigor del Convenio y que se extienden en el tiempo, una vez que el Convenio ya ha sido incorporado.⁵⁴³ Así, sólo se protegen aquellas situaciones que se inician y se extienden una vez que el Convenio ha sido adoptado por el Estado.

Respecto a la determinación de la competencia judicial civil internacional, podemos reproducir la decisión emitida por la Tercera Sala,

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 AQUELLOS 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, adoptada en La Haya, Países Bajos, el 25 de octubre de 1980, es la de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante y velar porque los derechos de custodia y visita vigentes en uno de estos Estados se respeten en los demás Estados contratantes; lo cual se refleja en una protección de intereses particulares de los afectados con el traslado o la retención ilícita de menores, mientras que la designación de una autoridad encargada del cumplimiento de las obligaciones que impone la citada convención es sólo con el objeto de promover la colaboración entre las autoridades competentes, a fin de

⁵⁴¹ Estimamos que el interés superior del menor no siempre se refleja en una restitución inmediata del menor al lugar de ubicación de su residencia habitual; el beneficio que puede traer la restitución inmediata debe ser analizado de manera casuística.

⁵⁴² Vargas Gómez-Urrutia, M., *op. cit.*, p. 114.

⁵⁴³ Tardif, E., "La Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: mitos y realidades", *Responsa*, año 3, núm. 13, 1998, p. 29.

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 someten la controversia* (énfasis añadido).⁵⁴⁴

C. *Convenio de La Haya sobre Notificación y Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en materia Civil o Comercial*

Este Convenio viene a superar algunas deficiencias marcadas por los Convenios precedentes. En este sentido se ha señalado que:

Tiende a evitar los problemas prácticos que suscita el sistema de notificaciones diseñado en el Convenio sobre procedimiento civil de 1954, principalmente por la rémora que en ocasiones supone la vía diplomática y por la lentitud del procedimiento, susceptible de reducir las garantías de defensa del destinatario de la notificación.⁵⁴⁵

Tiende a garantizar que los documentos judiciales y extrajudiciales que deben ser notificados en un tercer Estado se conozcan en tiempo y forma por sus destinatarios, impidiendo de esta forma la paralización del proceso. Lo anterior en aras de proteger el debido proceso y asegurar una correcta y útil defensa.

a) El ámbito de aplicación material de este instrumento se refiere a las notificaciones judiciales y extrajudiciales tanto en materia civil como comercial, de conformidad con el artículo 1o. se excluye de su ámbito de aplicación las notificaciones en materia administrativa y penal. De igual forma este instrumento no se aplica cuando la dirección del destinatario es desconocida.⁵⁴⁶

Establece en el artículo 2o. la necesidad de que cada Estado parte designe una Autoridad Central la cual dará trámite a todas las peticiones

⁵⁴⁴ Tesis 3a.XXXII/94, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octava época, t. XIII, junio de 1994, p. 243.

⁵⁴⁵ Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *Curso de derecho internacional privado*, 2a. ed., España, Civitas, 1995, p. 576.

⁵⁴⁶ *Idem*; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 415.

de notificación. Esta primera opción ha sido calificada como el “cauce general”.⁵⁴⁷

México emite una nota en la que se establece:

Al adherirse al Convenio, el gobierno de México formuló las declaraciones siguientes: I. en relación con el artículo 2o., el gobierno de México designa a la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, como Autoridad Central, para la recepción de las peticiones de notificación o traslado de documentos judiciales o extrajudiciales provenientes de otros Estados parte quien remitirá a la Autoridad judicial competente para su diligenciación. La Autoridad Central dirigirá a la Autoridad del Estado requerido una petición conforme a la fórmula modelo anexa en el Convenio, estando exenta la legalización de dichos documentos u otra formalidad análoga. El requisito formal para dar curso a dicha petición es que debe acompañarse del documento judicial o de su copia, todo en doble ejemplar. Dicha Autoridad tiene la facultad de informar al requirente si estima que las disposiciones del Convenio no han sido respetadas y en este sentido, debe precisar sus objeciones a dicha petición. La Autoridad Central procederá a la notificación o traslado por dos vías, bien por las formas prescritas por su legislación o bien por la forma particular solicitada por el requirente, siempre que ésta última no resulte incompatible con la legislación del Estado requerido. Dicha Autoridad expedirá una certificación conforme al modelo anexo al Convenio que describirá el cumplimiento de la petición, indicando la forma, el lugar y la fecha de cumplimiento, así como la persona a la que el documento haya sido remitido, en su caso precisará el impedimento en el cumplimiento.

En este sentido, México realiza, nuevamente una declaración en la que se establece que:

II. En relación con el artículo 5o., los documentos judiciales y extrajudiciales en idioma distinto del español que deban ser objeto de notificación o traslado en territorio mexicano deberán ser acompañados por su debida traducción. III. En relación con el artículo 6o., la Autoridad judicial que haya conocido del asunto será la encargada de expedir la certificación sobre el cumplimiento de la notificación conforme a la fórmula modelo y la Autoridad Central únicamente validará la misma.

La petición de notificación debe realizarse de conformidad a un modelo ofrecido por el Convenio. Esta petición no debe estar necesariamente legalizada. Las menciones impresas en la fórmula modelo anexa al Convenio

⁵⁴⁷ *Idem.*

deben estar redactadas en francés, inglés o en una de las lenguas oficiales del Estado de origen.

Por parte de México esta autoridad viene siendo la Secretaría de Relaciones Exteriores. La designación de la Autoridad Central no obstaculiza la apertura de otras vías de comunicación como: *a)* la vía consular o diplomática de conformidad con el artículo 9o.; *b)* la vía postal si no existe oposición por el Estado de destino de conformidad con el artículo 10, y *c)* que opten por el mecanismo de la comunicación directa entre las distintas Autoridades, de conformidad con el artículo 11.

b) Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación temporal, se firmó en La Haya el 15 de noviembre de 1965, con entrada en vigor internacional de 10 de febrero de 1969; de conformidad con el artículo 27 este instrumento entraba en vigor a los sesenta días del depósito del tercer instrumento de ratificación y según el artículo 30 tendrá una duración de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor, incluso para los Estados que lo hayan ratificado o se hayan adherido a él con posterioridad, salvo denuncia el Convenio se renovará tácitamente cada cinco años. En México lo aprueba el Senado del 29 de abril de 1999, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* del 27 de mayo de 1999, México se vincula por adhesión el 2 de noviembre de 1999, entra en vigor el 1o. de junio de 2000 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* del 16 de febrero de 2001.

c) Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación espacial, según el artículo 29, todo Estado al momento de la firma, ratificación o adhesión podrá declarar que el presente Convenio se extenderá al conjunto de los territorios que represente en el plano internacional o a uno o a varios de esos territorios. Dicha extensión será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

De conformidad con los artículos 8o. y 9o. se tiene la facultad de realizar directamente por vía diplomática o consular dichas notificaciones o traslados a aquellas personas que se encuentren en el extranjero. Todo Estado podrá declarar su oposición a la utilización de esta vía dentro de su territorio.

En relación con el artículo 8o. México hace una declaración en los siguientes términos:

IV. En relación con el artículo 8o., los Estados parte no podrán realizar notificaciones o traslados de documentos judiciales directamente, por medio de sus agentes diplomáticos o consulares, en territorio mexicano, salvo que el documento en cuestión deba ser notificado o trasladado a un nacional del Estado de origen, siempre que tal procedimiento no sea contrario a normas de orden público o garantías individuales.

El Convenio no impide salvo que el Estado de destino se oponga diversas vías para llevar a cabo dichas notificaciones o traslados tal y como establecen los artículos 10 y 11. México realiza una nueva declaración respecto al artículo 10 en el cual señala:

V. en relación con el artículo 10, los Estados Unidos Mexicanos no reconocen la facultad de remitir directamente los documentos judiciales a las personas que se encuentren en su territorio conforme a los procedimientos previstos en los incisos a, b y c; salvo que la Autoridad judicial conceda, excepcionalmente, la simplificación de formalidades distintas a las nacionales, y que ello no resulte lesivo al orden público o a las garantías individuales. La petición deberá contener la descripción de las formalidades cuya aplicación se solicita para diligenciar la notificación o traslado del documento.

El artículo 12 manifiesta que las notificaciones o traslados no podrán dar lugar al pago o reembolso de las tasas o gastos por los servicios del Estado requerido. Lo anterior no obsta a que el requirente esté obligado a pagar o reembolsar gastos ocasionados: por intervención de funcionario judicial o ministerial o persona competente de conformidad con la ley del Estado de destino y por la utilización de una forma particular. México realiza otra declaración respecto a este convenio y en particular a este artículo 12, al señalar que:

VI. En relación con el primer párrafo del artículo 12, los gastos ocasionados por la diligencia de la notificación o traslado de documentos judiciales o extrajudiciales, serán cubiertos por el requirente, salvo que el Estado de origen no exija el pago de tales gastos por la notificación o traslado procedentes de México.

El cumplimiento de la petición de notificación o traslado podrá rechazarse únicamente si el Estado requerido juzga que su cumplimiento implica un atentado a su soberanía o seguridad. El cumplimiento no podrá rehusarse cuando el Estado requerido reivindique competencia judicial exclusiva para el procedimiento en cuestión o cuando su derecho interno no admita la acción a la que se refiere la petición. En caso de denegación, la autoridad central debe informar al requirente e informarle de los motivos de su rechazo.

El artículo 15 prevé las maneras de subsanar las situaciones en que un escrito de demanda o documento equivalente se remite al extranjero y el demandado no comparece. Una nueva declaración realizada por México a este Convenio expresa que:

VII. El artículo 15, segundo párrafo, determina que el gobierno de México no reconoce a la Autoridad judicial la facultad de proveer cuando el demandado no comparece y no se haya recibido comunicación alguna acreditativa de la notificación o traslado o de la entrega de documentos que le fueron remitidos del extranjero para dichos efectos, y a que hacen referencia los apartados a y b del primer párrafo.

El artículo 16 establece la posibilidad de que un escrito de demanda o documento equivalente debió remitirse al extranjero a efectos de notificación o traslado y habiéndose dictado resolución contra el demandado, éste no hubiera comparecido. Otra declaración mexicana en relación con este artículo dispone:

VIII. En relación con el artículo 16, tercer párrafo, el gobierno de México declara que tal demanda no será admisible si se formula después del plazo de un año computado a partir de la fecha de la decisión, o en un plazo superior, que pueda ser razonable a criterio del juez. El gobierno de México entenderá que para los casos en que se haya dictado sentencia, sin que el demandado haya sido debidamente emplazado, la nulidad de actuaciones se realizará de conformidad con los recursos establecidos en la legislación aplicable.

Por su parte, el artículo 17 de manera exclusiva se dedica a documentos extrajudiciales determinando que éstos podrán ser remitidos, a efectos de notificación o traslado, a otro Estado contratante según las modalidades y condiciones previstas por el presente Convenio.

Para poder llevar a cabo las notificaciones o traslados de estos documentos el Convenio prevé la designación de Autoridades Centrales, así como otras autoridades siempre y cuando determine el alcance de sus competencias. En ese caso, se autoriza a los Estados federales que puedan designar varias Autoridades Centrales. La designación de dicha Autoridad se debe notificar al Ministro de Asuntos Exteriores de los Países Bajos. México realiza una segunda nota en la que establece que: “El gobierno de México designó como Autoridad Central a la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores”.

Como cláusula de compatibilidad el artículo 19 establece que el Convenio no se opone a otras formas de remisión no previstas por este Convenio y que estén previstas por la ley interna de un Estado contratante a efectos de llevar a cabo la notificación o traslado. En este sentido, el artículo 22 explícitamente determina que el Convenio reemplazará los artículos 1o. a 7o. de los Convenios relativos al procedimiento civil, respectivamente firmados en

La Haya el 17 de julio de 1905 y el 1o. de marzo de 1954 cuando se solapen los Estados parte.

El presente Convenio no impide la aplicación del artículo 23 del Convenio relativo al procedimiento civil firmado en La Haya el 17 de julio de 1905, ni el artículo 24 del firmado en La Haya el 1o. de marzo de 1954.

Por último, el artículo 25 establece que sin perjuicio de la aplicación de los artículos 22 y 24 este Convenio no deroga los convenios en que los Estados contratantes sean o puedan llegar a ser partes y que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio.

Como anexos a los artículos 3o., 5o. al 7o. ofrecen un modelo de petición y certificación de elementos esenciales del documento, así encontramos un modelo de petición a los fines de notificación o traslado en el extranjero de un documento judicial o extrajudicial, también un modelo de elementos esenciales del documento judicial y extrajudicial.

3. *Convenios de Naciones Unidas*

Convenio de las Naciones Unidas sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero

Esta Convención presenta en poco más de una veintena de artículos lo relativo a la regulación en materia de alimentos.

- a) El ámbito de aplicación material-personal de este Convenio requiere una relación jurídica cuyo objeto sea la obtención de alimentos cuando en dicha relación exista un elemento de internacionalidad. Internacionalidad que viene dada por el hecho de que una persona (acreedor) se encuentre en el territorio de una de las Partes contratantes y el otro (deudor) que esté sujeto a la jurisdicción de otra Parte contratante. En este sentido encontramos que la internacionalidad viene dada por criterios muy laxos. Este Convenio da cobertura a las obligaciones alimenticias entre “personas”, lo que implica que se incluye la obligación alimenticia entre padres e hijos y viceversa. No se refiere exclusivamente a la prestación de alimentos en las relaciones paterno-filiales como tampoco se refiere únicamente a las prestaciones de carácter unidireccional (de padres a hijos); se refiere a prestación de alimentos entre personas proceda de quien proceda. Estamos en presencia de una clara diferencia respecto del instrumento interamericano.

- b) El ámbito de aplicación espacial según el artículo 1o. estamos ante un Convenio *inter partes*; desde que se requiere que ambas partes, tanto el acreedor como el deudor de alimentos se encuentren y estén bajo la jurisdicción de Estados partes del Convenio. Es un Convenio basado en la reciprocidad desde que este instrumento se aplica únicamente entre Estados partes de Convenio.⁵⁴⁸ Criterio que se recoge explícitamente en el artículo 18: “reciprocidad. Una Parte Contratante no podrá invocar las disposiciones de la presente Convención respecto de otra Parte contratante sino en la medida en que ella misma está obligada”.

Podemos mencionar que los Estados que son parte de este instrumento son más de sesenta⁵⁴⁹ y como señala la doctrina: “pertenecen a círculos sociales y jurídicos muy dispares, aunque debe subrayarse que los Estados Unidos no son parte en el mismo, lo que no es casual. Pero la amplia aceptación del Convenio refleja el éxito de su fórmula”.⁵⁵⁰

El artículo 1o. se refiere al demandante pidiéndole únicamente que se “encuentre” en un Estado parte lo que implica que abarca tanto a nacionales como a residentes habituales. Por lo que se refiere al demandado solicita que esté “sujeto a la jurisdicción” de otro Estado parte.⁵⁵¹ La pregunta que nos hacemos es si se da cabida a las personas que están de paso en uno de los territorios de estos Estados

⁵⁴⁸ Viñas Farré, R., “Convenios multilaterales sobre obtención de alimentos: necesidad de una reforma”, *Derecho Siglo XXI, Revista de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL*, núm. 8, 2002, p. 848 quien además señala que es un Convenio de tipo *abierto* ya que no hay disposición alguna que permita a un Estado parte rechazar la participación de cualquier otro Estado.

⁵⁴⁹ Los Estados parte de esta Convención son Argelia, Argentina, Australia, Austria, Barbados, Belarús, Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Camboya, Cano Verde, República Centroafricana, Chile, China, Colombia, Croacia, Cuba, Chipre, Países Bajos, Nueva Zelanda, Nigeria, Noruega, Pakistán, Rumania, Eslovenia, Sri Lanka, Filipinas, Polonia, Portugal, Eslovaquia, España, Suriname, Checoslovaquia, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Guatemala, Haití, Santa Sede, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Kazajistán, Luxemburgo, México, Mónaco, Marruecos, Suecia, Suiza, Macedonia, Túnez, Turquía, Reino Unido y Yugoslavia.

⁵⁵⁰ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003, p. 346.

⁵⁵¹ Afirmaciones se repiten en el artículo 3o. de este instrumento. Lo anterior entendemos que abarca indubitadamente tanto a los nacionales como a los residentes. Hablamos de “residentes legales” en clara contraposición a los “residentes ilegales” que no estimamos que estemos hablando de una categoría cubierta por el ámbito de aplicación personal del Convenio.

parte. En respuesta a este interrogante se ha pronunciado la doctrina que señala que: “tanto el demandante como el demandado han de estar sujetos a la jurisdicción de un Estado Parte en el Convenio (artículo 1o.), sin necesidad de que tengan residencia o domicilio en un Estado parte, *basta la mera presencia o estancia*”.⁵⁵² En este orden de ideas se ha precisado la anterior afirmación señalando que: “no es preciso que tengan su domicilio o residencia habitual en uno de esos países: *basta su “mera presencia”, aunque no su sola “presencia pasajera”*”.⁵⁵³

- c) En cuanto a su ámbito de aplicación temporal no se hace referencia explícita a su carácter retroactivo o irretroactivo. Debido a este silencio convencional volvemos a recurrir a la aplicación supletoria del artículo 28 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados.⁵⁵⁴ Lo anterior da como resultado el carácter irretroactivo de este instrumento convencional.

Por lo que respecta a su entrada en vigor se afirma en el artículo 14 convencional que:

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que se haya efectuado el depósito del tercer instrumento de ratificación o de adhesión con arreglo a lo previsto en el artículo 13. 2. Con respecto a cada uno de los Estados que la ratifiquen o se adhieran a ella después del depósito del tercer instrumento de ratificación o adhesión, la Convención entrará en vigor 30 días después de la fecha en que dicho Estado deposite su instrumento de ratificación o de adhesión.

Este convenio se firma en Nueva York el 7 de septiembre de 1956, la entrada en vigor internacional se produce el 25 de mayo de 1957, la firma por México se da el 20 de junio de 1956, la aprobación del Senado se emite el 20 de diciembre de 1991, la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* se da el 28 de enero de 1992,

⁵⁵² Viñas Farré, R., *op. cit.*, p. 848.

⁵⁵³ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003, p. 346.

⁵⁵⁴ Artículo 28 del Convenio de Viena de Derechos de los Tratados de 23 de mayo de 1969 que señala: “Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte no de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

la vinculación de México se produce el 23 de julio de 1992 por ratificación, entra en vigor para México el 22 de agosto de 1992 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 29 de septiembre de 1992.

La determinación de la competencia en este instrumento se materializará a través de Autoridades Remitentes e Instituciones Intermediarias.⁵⁵⁵ Así, como se ha señalado: “las normas de este Tratado no pretendieron unificar ni los órdenes internos ni tampoco las normas de conflicto de cada uno de los Estados Contratantes. Su valor radica en que organiza con éxito canales aptos —por medio de autoridades expedidoras e intermediarias— tendientes a vehicular las reclamaciones alimentarias dirigidas contra deudores situados de hecho en otro Estado parte”.⁵⁵⁶

Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.1 de este instrumento, la Autoridad intermediaria tiene tres vías “para obtener el pago de alimentos”: a) por transacción entre las partes; b) iniciar y proseguir una acción de alimentos⁵⁵⁷ y c) hacer ejecutar cualquier sentencia, decisión u otro acto judicial. Artículo que se complementa con lo dispuesto en el artículo 1.2, a saber “los medios jurídicos a que se refiere la presente Convención *son adicionales* a cualesquiera otros medios que puedan utilizarse conforme al Derecho interno o al Derecho internacional *y no sustitutivos* de los mismos”.

⁵⁵⁵ Como bien señala Berraz: “Esos organismos pueden ser autoridades judiciales o administrativas que funcionan como Autoridades Remitentes (que reciben la solicitud de alimentos, la cual debe estar acompañada de toda la prueba de que pretenda valerse) y Autoridades Intermedias (que toman las medidas para obtener los alimentos)”. Berraz, C., *La protección internacional del menor en el derecho internacional privado*, UNL, Argentina, 2000, p. 41.

⁵⁵⁶ Buis, E. *et al.*, *op. cit.*, p. 92.

⁵⁵⁷ Los profesores Calvo Carravaca y Carrascosa González afirman que: “El Ministerio Fiscal español ha optado por la posibilidad de ejercitar una «nueva acción» ante nuestros Tribunales, hubiera o no sentencia dictada en otro país que acordase el pago de alimentos... Pero la pregunta surge espontánea: ¿es el ejercicio de una nueva acción la *mejor de las vías posibles* para favorecer la posición jurídica del acreedor necesitado de alimentos, residente en el extranjero? La doctrina ha sido muy crítica con la inflexible actitud del Ministerio Fiscal en España, por dos motivos: a) ejercitar una nueva acción en materia de alimentos es una vía más *lenta* que el *exequatur* de la decisión extranjera; b) es una vía complicada: exige precisar «Ley aplicable» a la obligación de alimentos, y visto que la jurisprudencia no ha estado muy fina a la hora de determinar la Ley aplicable a la obligación de alimentos, ello puede perjudicar al acreedor. A favor de la «vía de la nueva acción» sólo cabe afirmar que, ciertas ocasiones, el éxito del *exequatur* puede ser dudoso”. Calvo Carravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003, p. 348.

Esta Convención no determina, como la Convención interamericana, quién será la autoridad nacional que internacionalmente se declare competente para conocer de un supuesto de alimentos con elemento de internacionalidad. Simplemente establece la previsión de Autoridades Remitentes e Instituciones Intermediarias. En este sentido el artículo 2o. señala:

1. En el momento de depositar el instrumento de ratificación o adhesión cada Parte Contratante designará una o más Autoridades judiciales o administrativas para que ejerzan en su territorio las funciones de Autoridades. 2. Remitentes. En el momento de depositar el instrumento de ratificación o adhesión cada Parte Contratante designará un Organismo público o privado para que ejerza en su territorio las funciones de Institución Intermedia.