

CAPÍTULO SEGUNDO

CONVENIOS SOBRE RESTITUCIÓN Y TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES

I. CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

1. Introducción

Queremos comenzar señalando la jerarquía aplicativa de los tratados internacionales en México según las siguientes tesis aisladas:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión “... serán la Ley Suprema de toda la Unión ...” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante,

esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.”. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.”; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.¹⁷

¹⁷ Tesis P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, noviembre de 1999, p. 46.

Tratados internacionales. Son parte integrante de la ley suprema de la unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario “*pacta sunt servanda*”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.¹⁸

En México tenemos dos instrumentos convencionales que dan respuesta a la restitución o sustracción internacional de menores. Estos convenios son la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores¹⁹ y la Convención sobre los

¹⁸ Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, abril de 2007, p. 6.

¹⁹ El decreto por el que se aprueba esta convención está publicado en el Diario Oficial de la Federación del 6 de julio de 1994. La Convención Interamericana procedente de la CIDIP IV está acompañada por la Convención de Obligaciones de Alimentos. Esto nos habla de que dos de las tres convenciones interamericanas de la CIDIP IV se refieren a minoridad. Cfr. Dreyzin de Klor, A., *La Protección Internacional de Menores. Restitución, adopción, tráfico. Obligaciones alimentarias*, Buenos Aires, Advocatus, 1996, p. 41.

Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional.²⁰ El análisis de estos instrumentos es primordial ya que consideramos de suma importancia dar a conocer su contenido, su aplicabilidad, sus límites y compatibilidades²¹ con el marco interno. Esto con el fin de evitar que se dé un mal uso de las convenciones pudiéndose alargar el conocimiento y resolución de los casos,²² evitando que se produzca un “ejercicio patológico” de los derechos de custodia y visita²³ o que incluso México caiga en responsabilidad internacional.

Respecto al Convenio de La Haya, quisiéramos destacar en este punto lo dispuesto en la siguiente tesis aislada:

CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. CUMPLE CON LOS REQUISITOS LEGALES Y CONSTITUCIONALES PARA SU VALIDEZ. De acuerdo con el artículo 76, fracción I, de la Constitución General de la República, es facultad exclusiva del Senado aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión. A su vez, el artículo 63 establece que las Cámaras Legislativas no pueden abrir sus sesiones, sin la concurrencia, en cada una de ellas, de más de la mitad del número total de sus miembros. Además, conforme al artículo 60 del Reglamento

²⁰ El decreto por el cual se aprueba la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores está publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de enero de 1991.

²¹ Como afirma la doctrina: “No obstante revestir cada caso connotaciones propias resulta importante el encuadramiento que se realiza de ellos, ya que es necesario efectuar una distinción entre los que quedan bajo la órbita de un tratado internacional, de aquellos casos que se producen sin que los países interesados estén vinculados convencionalmente”, Dreyzin de Klor, A., *cit.*, p. 12.

²² Pereznieta, Castro, I., “Algunos aspectos del derecho familiar en México y otros países de Latinoamérica”, en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, p. 17.

²³ Sabido Rodríguez, M., “Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica judicial”, *ibidem*, p. 723.

to para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, ninguna proposición o proyecto podrá discutirse, sin que primero pase a la comisión correspondiente, y ésta haya dictaminado, lo anterior resulta acorde con lo que al efecto señala el artículo 4o. de la Ley sobre la Celebración de Tratados. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 33 del reglamento mencionado, se presentan en sesión secreta, entre otras cuestiones, los asuntos relativos a relaciones exteriores, como lo es la aprobación de tratados o convenciones internacionales. A este respecto, la convención de mérito fue aprobada por el Senado, en sesión secreta, el trece de diciembre de 1990, fecha en la que el número de legisladores que integraba dicha Cámara era de sesenta y cuatro; por lo que, si dicha convención internacional fue aprobada por cuarenta y cinco votos, existió el quórum necesario para la validez jurídica de dicho instrumento, el cual, por su naturaleza jurídica, difiere de la que corresponde a las leyes o reglamentos, en lo que ve a su proceso de formación, razón por la cual no contiene exposición de motivos, pues no se trata de una iniciativa de ley, sino que dada la naturaleza y alcances del decreto promulgatorio que la contiene y conforme al procedimiento para su aprobación, estrictamente, no necesita contener una exposición de motivos. No obstante, lo que sí es indispensable para la validez de la convención internacional es la existencia del instrumento de adhesión, expedido por el presidente de la República, quien, después de la aprobación del Senado, en uso de la facultad que le confiere el artículo 89, fracción X, constitucional, acepta y confirma el texto aprobado del instrumento internacional, como ocurrió en el caso de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.²⁴

Tesis que se relaciona con lo dispuesto en los artículos 37, 38 y 39 del mencionado convenio; los cuales señalan:

Artículo 37. La Convención estará abierta a la firma de los Estados que fueron Miembros de la Conferencia de La Haya sobre el

²⁴ Tesis 1a. CXXVI/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, diciembre de 2004, p. 355.

Derecho Internacional Privado en su Decimocuarta Sesión. Será ratificada, aceptada o probada, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Artículo 38. Cualquier otro Estado podrá adherir a la Convención. El instrumento de adhesión será depositado ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos. Para el Estado que adhiera a la Convención, ésta entrará en vigor el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito de su instrumento de adhesión. La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que adhiera y aquellos Estados Contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado Miembro que ratifique, acepte o apruebe la Convención después de una adhesión. Dicha declaración será depositada ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia certificada a cada uno de los Estados Contratantes. La Convención entrará en vigor entre el Estado que adhiere y el Estado que haya declarado que acepta esa adhesión el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito de la declaración de aceptación.

Artículo 39. Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que la Convención se extenderá al conjunto de los territorios de cuyas relaciones exteriores esté encargado, o sólo a uno o varios de esos territorios. Esta declaración tendrá efecto en el momento en que la Convención entre en vigor para dicho Estado. Esa declaración, así como toda extensión posterior, será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

Como apunta el informe explicativo de Elisa Pérez-Vera (en adelante informe explicativo) el Convenio relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores fue adoptado, en sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 1980, por el decimocuarto periodo de sesiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, por unanimidad de los Estados

presentes.²⁵ El 25 de octubre de 1980, los delegados firmaron el acta final del período de sesiones que incorpora el texto del convenio y una recomendación que contiene un formulario modelo de las demandas de retorno de los menores desplazados o retenidos de forma ilícita.²⁶

El objeto del informe explicativo es: “Poner de manifiesto de la forma más fiel posible los principios en los que se basa el convenio y, cuando resulte necesario, la evolución de las ideas que han llevado a consagrar ciertos principios de entre las distintas opciones existentes” y “proporcionar a quienes tengan que aplicar el convenio un comentario detallado de sus disposiciones”.²⁷

2. Ámbitos de aplicación

A. Ámbito de aplicación material

El Convenio de La Haya marca desde el inicio el horizonte al que apunta, consistente en proteger al menor en el plano internacional de cualquier efecto perjudicial que pudiera causarle un traslado o retención ilícita. Además de establecer los procedimientos para la restitución inmediata del menor al Estado donde tenía su residencia habitual, así como asegurar la protección de los derechos de visita, guarda y custodia.

Los objetivos del Convenio, de conformidad con el artículo 1º., son: “a) garantizar la restitución inmediata de los menores

²⁵ Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Japón, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Checoslovaquia, Venezuela y Yugoslavia. Los Representantes de la República Árabe de Egipto, Israel e Italia, aunque tomaron parte activa en los trabajos de la Primera comisión, no participaron en la votación. Marruecos, la Santa Sede y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas enviaron observadores. Durante sus trabajos, la primera comisión contó asimismo con la participación de los observadores del Consejo de Europa, del Commonwealth Secretariat y del Servicio Social Internacional.

²⁶ <http://hcch.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf>, párrafo 1.

²⁷ *Ibidem*, párrafos 5 y 6.

trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes". Nuestro comentario al respecto es que el Convenio no sólo ampara las situaciones de hecho alteradas por el traslado o retención ilícita de un menor, sino también intenta garantizar, por parte de otros Estados parte, el respeto de las relaciones jurídicas sobre las que descansan tales situaciones.²⁸

Para este instrumento, como ya se mencionó, se considera "menor" a toda aquella persona que no haya alcanzado los 16 años. La edad límite para la aplicación de este convenio es más restrictiva que la admitida en otros Convenios de La Haya, por ejemplo y esto tiene varias razones de ser. Primero, entendemos que una persona mayor de 16 años posee ya una voluntad propia para decidir con cual de los dos progenitores quisiera estar, así, esta decisión sería difícil de ignorar.²⁹ Segundo, en cuanto a la determinación del momento en que la edad impide la aplicación del convenio, tenemos que, una vez cumplidos los 16 años de edad, la convención ya no tendrá aplicabilidad. Si bien el menor es el primer elemento necesario para que exista la sustracción un segundo elemento son las personas físicas que pueden ser responsables del traslado o retención ilícita, que por lo general son el padre y la madre. Sobre tal cuestión el Convenio no atribuye dichas acciones exclusivamente a los progenitores, sino que con una visión más amplia. Los traslados y retenciones ilícitas también pueden ser realizados por cualquier persona, una institución o cualquier otro organismo.

²⁸ Como bien señala Pérez-Vera, es claro que el convenio no se refiere al fondo del derecho de custodia (artículo 19) pero, por otra parte, resulta asimismo evidente que el hecho de calificar de ilícito el traslado o el no retorno de un menor está condicionado por la existencia de un derecho de custodia que da un contenido jurídico a la situación modificada por las acciones que se pretenden evitar.

²⁹ La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que éste se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones. Convenio de La Haya, artículo 13, inciso b.

Ahora bien, la internacionalidad de la sustracción la otorga la necesidad de dos Estados: el de origen o residencia habitual y el de destino del menor. Es decir, la internacionalidad es resultado de una situación de hecho que es, la dispersión de los miembros de la familia en distintos países. Por el contrario, la nacionalidad de las partes no está considerada como un criterio para convertir una situación jurídica en un caso internacional y por lo mismo, no se aplica el convenio ante una posesión de nacionalidades de diferentes Estados.

Respecto al traslado y retención del menor, el artículo 30. de la presente convención señala cuándo estos actos son considerados ilícitos:

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

Así, el Convenio de La Haya impone la obligación de devolver al menor cuando ha habido un traslado o retención ilícitos. Ahora, para entender cuándo estas situaciones se consideran ilícitas, es necesario tener en cuenta qué relaciones son las que el convenio está protegiendo indirectamente. El convenio pretende que no se violen relaciones que ya se encuentran protegidas, al menos, por el derecho del Estado en que dichas relaciones se desarrollaban antes del traslado. En concreto, se refiere al derecho de custodia atribuido por el Estado de la residencia ha-

bitual³⁰ del menor y al ejercicio de dicha custodia antes del traslado.³¹

Cuando el convenio hace referencia al derecho vigente de la residencia habitual del menor está invocando el lugar donde realmente se encontraba el menor antes del traslado —refleja la realidad de su situación— y no el Estado del cual es nacional o aquél donde sus representantes tienen su domicilio legal. Ahora bien, el derecho vigente del Estado en que el menor tenía su residencia habitual es el punto de partida para determinar si ha existido una infracción al derecho de custodia. Este punto, creemos, es un acierto por parte de la Convención, pues incluye aquellas situaciones en las que uno de los progenitores ejerce la custodia y el menor es trasladado antes de que se haya dictado una resolución respecto a su custodia. En cuanto a la segunda fuente de derecho de custodia, entendemos que una decisión judicial o administrativa pudo haber sido dictada tanto por los Tribunales del Estado de la residencia habitual del menor, como por un tercer Estado,³² ya que el convenio no exige que la resolución haya sido formal-

³⁰ El convenio no establece ninguna definición de este término, por ello, consideramos que el concepto de residencia habitual es determinado conforme a la norma material del ordenamiento jurídico del Estado en cuestión.

³¹ Como señala el Informe Explicativo en su párrafo 65: “Aun cuando en el transcurso del decimocuarto período de sesiones se plantearon los problemas que pueden derivarse de la violación de un derecho de visita, sobre todo cuando el titular de la custodia traslada al menor al extranjero, la opinión mayoritaria fue que no se puede asimilar dicha situación a los traslados ilícitos que se intentan prevenir. Este ejemplo, y otros similares en los que la violación del derecho de visita altera notablemente el equilibrio de la situación establecida por una resolución, son ciertamente la prueba de que las resoluciones relativas a la custodia de los menores deberían ser siempre susceptibles de revisión. Pero tal problema escapa al esfuerzo de coordinación emprendido por la Conferencia de La Haya; se habría llegado a resultados discutibles si, a través de la igual protección concedida a los derechos de custodia y de visita, la aplicación del convenio hubiese conducido, en el fondo, a la sustitución de los titulares de uno por los titulares del otro”.

³² Puede ser que la custodia se ejercía en México (Estado de la residencia habitual) con base en la resolución de un tribunal español. Basta con que el derecho mexicano reconozca la resolución española como tal.

mente reconocida. Finalmente, la tercera fuente hace alusión al acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado. Entendemos que hace referencia a cualquier acuerdo que no esté prohibido por dicho derecho y que pueda servir como base de una pretensión jurídica ante las autoridades competentes.

De esta manera, la frase genérica “derecho del Estado de la residencia habitual del menor” nos induce a pensar que el derecho en cuestión puede ser tanto la ley autónoma de dicho Estado como su sistema de derecho internacional privado, es decir, su normativa conflictual.

Por último, creemos importante señalar que nos encontramos ante un convenio de carácter unitario, pues sólo regula el aspecto de la cooperación entre autoridades judiciales o administrativas con el fin de localizar y restituir al menor y como se dijera en el informe explicativo: “El convenio está condenado a coexistir inevitablemente con las normas relativas a la ley aplicable y al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras de cada Estado contratante, con independencia de que su origen sea interno o convencional”.

B. *Ámbito de aplicación espacial*

Estamos ante un convenio que ha sido ratificado por más de setenta países, entre los cuales encontramos: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Belice, Bosnia Herzegovina, Brasil, Burkina Fasso, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, España, Estados Unidos de América, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Fidji, Finlandia, Francia, Georgia, Gran Bretaña Grecia, Guatemala, Honduras, Hungría Irlanda, Israel, Italia, Islandia, Letonia, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Mauricio, México, Mónaco, Moldova, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Países Bajos, Perú, Polonia, Portugal, República Checa, Rumania, Suecia, Sri Lanka, Sudáfrica, Suiza, Trinidad y Tobago, Turkmenistán, Turquía, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela y Yugoslavia.

Esta larga lista sin duda manifiesta la intención de proteger a los menores.

En este sentido, podemos señalar que el artículo 38 del presente convenio especifica el ámbito de aplicación espacial, ya que en él se dispone que la adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión, de ahí que este convenio tenga un carácter *inter partes*.³³ Es decir, este convenio sólo resuelve las situaciones que afectan a los Estados parte, a diferencia de los convenios *erga omnes* que resuelven situaciones entre Estados parte y no parte.

Asimismo, los artículos 1. a) y 4 determinan que el convenio sólo se le aplicará al menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante antes de la infracción de los derechos de custodia o visita, de tal suerte que únicamente se garantizará su restitución inmediata si este menor se traslada o se retiene de manera ilícita en un Estado contratante. De tal manera que, si el menor procede de un Estado parte, pero es trasladado a un Estado no parte, este convenio no es aplicable. De igual manera es inaplicable si procede de un Estado no parte aunque su destino sea a un Estado parte.³⁴

C. Ámbito de aplicación temporal

Este convenio tiene una aplicación temporal no retroactiva. De conformidad con el artículo 35: “La presente convención sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslado o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados”. Este convenio, a diferencia de otros instrumentos

³³ Calvo Caravaca y Carrascosa González ponen de manifiesto el carácter *inter partes* de este Convenio. Vease Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. et al., *Derecho Internacional Privado*, 2a. ed., Madrid, Comares, 2000, vol. II, p. 168.

³⁴ Sobre este punto en particular, los Estados de tránsito no influyen en la aplicación de este instrumento.

convencionales, al hacer una afirmación expresa sobre su ámbito de aplicación temporal, elimina toda posibilidad de aplicar supletoriamente el Convenio de Viena sobre Derechos de los Tratados.

De lo anterior se derivan los siguientes comentarios: primero, quedan excluidas de la protección de este convenio las sustracciones iniciadas antes de la entrada en vigor del mismo y que se extienden en el tiempo, una vez que el Convenio ha sido positivizado. Segundo, sólo están protegidas las situaciones que inician y se extienden una vez que el Convenio ha entrado en vigor.

3. Competencia judicial internacional

A. Regulación convencional

Como podemos observar, la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional, es un instrumento que no incluye en su texto criterios de competencia judicial internacional. De esta manera, nos encontramos ante un instrumento que no regula qué juez nacional será el internacionalmente competente para conocer sobre la sustracción del menor; por el contrario, sólo establece que debe existir cooperación entre autoridades, de tal manera que se cumplan con los objetivos establecidos en su ámbito de aplicación.

Por lo que respecta al artículo 16 de este convenio tenemos que éste señala claramente que: Despues de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor, las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte donde haya sido trasladado o retenido ilícitamente el menor, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones de la presente Convención para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de esta convención.

Como bien señala en informe explicativo:

Esta caracterización del convenio puede realizarse también a través de un planteamiento negativo. Así, se puede comprobar ante todo que no se trata de un convenio relativo a la ley aplicable a la custodia de los menores. En efecto, las referencias relativas al derecho del Estado de la residencia habitual del menor, tienen un alcance limitado, dado que el derecho en cuestión sólo se tiene en cuenta para establecer el carácter ilícito del traslado (por ejemplo, en el artículo 3).³⁵

Por su parte, podemos tomar como referencia en el contexto mexicano, la tesis cuyo rubro es la “Competencia para conocer de las cuestiones relacionadas con la restitución de menores derivadas de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de aquéllos adoptada en La Haya. Corresponde al Juez que elija el actor”, para exemplificar cómo se determina la competencia judicial internacional en México. Su texto señala:

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

³⁵ <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>, párrafo 36.

temente, se actualiza la hipótesis de competencia concurrente que contempla el artículo 104, fracción I, de la Constitución Federal, ya que en las controversias del orden civil o criminal suscitadas sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales en los que sólo se afectan intereses particulares, corresponde al actor elegir el fuero al que se somete la controversia.³⁶

Para finalizar, quisiéramos hacer algunos comentarios al respecto. El objeto de la presente convención es proteger al menor en el plano internacional de cualquier efecto perjudicial que pudiera causarle un traslado o retención ilícita, evitando así, las sustracciones internacionales de menores. Ahora bien, el convenio también se preocupa por garantizar el respeto a las relaciones jurídicas sobre las que descansan tales situaciones, es decir, “velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás estados contratantes”.

Como podemos observar en la mayoría de los casos, la persona que traslada o retiene al menor pretende lograr una resolución judicial o administrativa —favorable a sus intereses— de las autoridades del Estado al que el menor ha sido trasladado o retenido ilícitamente. Ante esta situación de legalizar una situación de hecho que se acaba de crear, es que este convenio no fija criterios de competencia judicial internacional, ya que de ser así, le estaría dando ventaja al “secuestrador” de elegir la jurisdicción más favorable para sus pretensiones.

Como bien señala el informe explicativo:

Se puede afirmar que el problema abordado por el convenio con todo lo dramático que conlleva el que se refiera directamente a la protección de la infancia en las relaciones internacionales adquiere toda su importancia jurídica por la posibilidad que tienen los particulares de establecer vínculos más o menos artificiales de

³⁶ Tesis 3a. XXXII/94, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XIII, 1994, p. 243.

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 coexistía con otras, dictadas por otras jurisdicciones, de contenido contradictorio, tendrá una validez geográficamente limitada pero, en cualquier caso, aportará un título jurídico suficiente para “legitimar” una situación de hecho que ninguno de los sistemas jurídicos afectados deseaba.

B. Regulación autónoma

Queremos enfatizar que se aplica la regulación autónoma cuando no encontramos un convenio sobre la materia que nos vincule con el Estado al cual ha sido trasladado o retenido ilícitamente el menor, es decir, “de no haber convenciones, se acude en la búsqueda de una solución al Derecho Internacional Privado de fuente interna”.³⁷

Como mencionamos anteriormente, la Convención de La Haya no establece criterios que regulen la competencia judicial internacional; sin embargo, sí plantea una vía administrativa que es la Secretaría de Relaciones Exteriores. En todo caso, haremos uso del derecho positivo mexicano; en específico con lo establecido en el artículo 156 del CPCDF, para la determinación de la competencia judicial internacional, cuando no se pueda aplicar el convenio.

4. Derecho aplicable

A. Regulación convencional

En este punto debemos señalar que este instrumento excluye cuestiones relativas al derecho aplicable. Razón por la cual afirmamos junto con Rodríguez Jiménez que el derecho aplicable se

³⁷ Dreyzin de Klor, A., *cit.*, p. 27.

regula a través de una técnica de reglamentación indirecta, por medio de normas de conflicto.³⁸

Como mencionamos anteriormente, este convenio se centra en establecer un sistema de cooperación entre autoridades,³⁹ velando por el retorno inmediato del menor al Estado de su residencia habitual. Motivo por el cual debemos acudir a la legislación interna; en concreto los artículos 13, 14 y 15 del CCDF para determinar el derecho aplicable.

B. *Regulación autónoma*

Como ya hemos mencionado repetidas veces, este convenio simplemente regula la cooperación entre autoridades. De tal manera, que nuevamente estamos ante un sector (derecho aplicable) que se regula por la legislación interna de cada uno de los Estados, por ser materia estatal y no federal. En este sentido, recurrimos a las fracciones del artículo 13 del CCDF, para encuadrar este supuesto de la manera más adecuada, así como a los artículos 14 y 15 de este mismo ordenamiento, aspecto que se analizará más detenidamente en el punto de regulación autónoma del Convenio Interamericano sobre Restitución Internacional de Menores.

II. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

1. *Introducción*

Este instrumento convencional tiene como finalidad regular una problemática de naturaleza meramente civil excluyendo

³⁸ Rodríguez, S., *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 192.

³⁹ En este punto nos referimos a las autoridades centrales designadas por cada Estado. En el caso mexicano la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) es considerada la autoridad central.

cualquier connotación de carácter penal. Este convenio viene a normar la hipótesis relativa al hecho de que alguno de los progenitores (que ejercen la patria potestad), cualquier persona e institución (que desempeñen su tutela), sin autorización de otro con igual derecho, traslade al menor a un Estado parte diferente, con la intención de privarlo de su derecho de guarda y custodia.

Es importante destacar que este instrumento es considerado por la doctrina como aquel “que cumple en el ámbito continental con la exigencia resultante del mandato del texto de Naciones Unidas de concretar una regulación internacional en la materia”.⁴⁰

2. *Ámbitos de aplicación*

A. *Ámbito de aplicación material*

Como se mencionó anteriormente este instrumento se centra en regular, exclusivamente, la esfera civil, tocando un pequeño aspecto penal en su artículo 26.⁴¹

Esta convención tiene como finalidad “asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los

⁴⁰ Tellechea Bergman, E., “La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores. Consideraciones acerca de sus Soluciones y su funcionamiento”, en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *cit.*, p. 799.

⁴¹ Pensamos que una posible razón, por la cual tanto la Convención de La Haya como el Interamericano recogen, exclusivamente, la esfera civil de esta figura es como bien dice la doctrina que: esta figura difícilmente puede ser tipificada como delito por su falta de antijuridicidad. El hecho de que el traslado del menor sea realizado por parientes y sin ánimo de lucro, no pone de manifiesto un peligro evidente para el menor. Por tal motivo, para la doctrina es difícil tipificar esta figura como delito. Sin embargo, el Código Penal Federal en su artículo 366 Quarter establece: “Se impondrán las penas a que se refiere este artículo al padre o madre de un menor de dieciséis años que de manera ilícita o sin el consentimiento de quien o quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor, sin el propósito de obtener un lucro indebido, lo trasladen fuera del territorio nacional con el fin de cambiar su residencia habitual o impedir a la madre o padre, según sea el caso, convivir con el menor o visitarlo”.

Estados parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares”⁴².

Este instrumento fija, claramente que se considera menor a todo aquél que no haya cumplido 16 años de edad. La fijación de la edad por parte del convenio excluye la competencia de cada Estado para la fijación de la edad, además de que evita que la edad pueda cambiar en función de las legislaciones nacionales implicadas. En este sentido, el convenio fija el máximo de edad de la persona sujeta al tratado sin modificar el límite de la mayoría de edad que establece cada Estado parte.

Por otra parte, para efectos de esta convención se entiende, sin modificar la legislación interna de los países miembros, que (artículo 30.): “a) el derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia; b) el derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual”.

Una aclaración que debemos hacer en cuanto a su ámbito de aplicación material concierne al artículo 40. de esta convención, el cual señala que: “un traslado o retención de un menor es ilegal cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor”.

Dos comentarios al respecto: primero, afirmamos que los “derechos que ejercían” los padres, tutores, guardadores o cualquier institución, pueden estar atribuidos por la ley de la residencia habitual del menor. Segundo, el término residencia habitual está determinado conforme al ordenamiento jurídico del Estado que en concreto se esté haciendo mención.

⁴² Artículo 10. de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Por último, estamos ante un convenio de carácter unitario, es decir, únicamente regula la autoridad nacional internacionalmente competente, dejando fuera al derecho aplicable y la cooperación internacional. Por tal motivo, este instrumento siempre coexistirá con la regulación autónoma, ya que el convenio sólo determinará la competencia o incompetencia de los jueces mexicanos, dejando que la normatividad autónoma resuelva cuál va a ser el derecho aplicable, reconocimiento y ejecución.

B. *Ámbito de aplicación espacial*

En cuanto a su ámbito de aplicación espacial, esta convención ha sido firmada y ratificada por diez Estados. La lista de los Estados parte de este convenio son: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela.⁴³

Como mencionamos anteriormente, el objeto de la presente convención es como está establecido en su artículo 1o. “asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente”. De ahí que, al igual que sucedía en el convenio de La Haya, no se toman en cuenta los Estados de tránsito por los que pasa el menor. Lo importante para la aplicabilidad de este convenio es que el Estado de residencia habitual y el Estado donde es trasladado o retenido el menor, sean Estados parte del convenio. De esta manera, este convenio al igual que el de La Haya tiene la característica de ser *inter partes*, es decir, sólo se aplica entre Estados parte.

En cuanto a la definición del término “residencia habitual” tenemos que el Convenio Interamericano no define este concepto,

⁴³ La doctrina señala que dicho convenio no tiene la misma cobertura que el Convenio de La Haya, debido a los foros de codificación del que proceden. Mientras el foro de La Haya es universal, el foro de la CIDIP es regional. *Cfr.* Pereznieta Castro L. y Silva Silva, J. A., *cit.*, p. 187.

sino que deja a la normativa material del ordenamiento de cada Estado implicando los límites y alcances de este término. Nuevamente estamos ante un convenio que hace de la “residencia habitual” el punto de conexión entre el menor y el Estado cuyo ordenamiento jurídico le sea aplicable, excluyendo así la nacionalidad y el domicilio de sus padres o tutores como punto de conexión.⁴⁴

C. Ámbito de aplicación temporal

Este convenio tiene una aplicación temporal no retroactiva, es decir, se aplicará a todas las restituciones presentadas con posterioridad a la entrada en vigor del instrumento para cada Estado en particular.⁴⁵

En cuanto a la determinación de la entrada en vigor y duración del Convenio tenemos que los artículos 36 y 37 señalan lo siguiente:

Artículo 36. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

⁴⁴ En este sentido Blumkin señala que: “Se eligió como punto de conexión la ‘residencia habitual de menor’ y no su nacionalidad, o el domicilio de sus padres o tutores porque la primera garantiza la existencia de un vínculo efectivo entre la persona del incapaz y el Estado cuyo ordenamiento jurídico le sea aplicable. La nacionalidad como punto de conexión no sólo no asegura la existencia de tal vínculo efectivo...; sino que además la nacionalidad puede resultar incierta: un menor puede tener doble nacionalidad... Por eso la nacionalidad fue descartada como punto de conexión”, Blumkin, S. B., “La sustracción internacional de menores”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. 55, núm. 1, 1995, pp. 33 y 34.

⁴⁵ Para la República Mexicana se tomará como fecha de entrada en vigor el 5 de noviembre de 1994.

Artículo 37. La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Parte podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Parte.

3. Competencia judicial internacional

A. Regulación convencional

Respecto a la competencia judicial internacional tenemos que este convenio a diferencia del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, sí establece criterios de competencia judicial internacional. El artículo 6o. de esta convención establece cual será el foro internacionalmente competente para conocer sobre la restitución internacional del menor. Respecto a este convenio, el artículo 6o. señala:

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 las autoridades del Estado parte en cuyo territorio se encuentre o se supone se encuentre el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación. 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 lo anterior se desprende que hay tres foros nacionales internacionalmente competentes. En primer lugar, tenemos que

este instrumento establece como foro para conocer sobre las solicitudes de restitución de menores, el tribunal donde el menor tenga su residencia habitual antes de su traslado o retención. En segundo lugar, en caso de urgencia,⁴⁶ el tribunal donde se encuentre o se supone que se encuentre el menor ilegalmente trasladado o retenido, y en tercero, el tribunal del lugar donde se haya producido el hecho ilícito.

El hecho de que este instrumento prevea una serie de foros alternativos, reduce la posibilidad de una denegación de justicia, al punto de evitar un foro de necesidad. Ahora bien, el concepto de “residencia habitual” no se encuentra definido dentro del convenio, lo anterior desencadena la necesidad de que éste sea determinado por el derecho autónomo material de los Estados contratantes.

Por último, encontramos que este instrumento, de la misma manera que establece el tribunal nacional internacionalmente competente para conocer sobre la restitución del menor, establece en su artículo 21 qué foro, conforme a lo dispuesto en el artículo 60., hará respetar el ejercicio de los derechos de visita por parte de sus titulares.

B. Regulación autónoma

En cuanto a la regulación autónoma, tenemos que en este caso se aplica el derecho interno de manera supletoria en aquellas situaciones en las que el otro Estado (desde el cual es trasladado el menor o al cual es trasladado) no sea parte de este convenio, ya que para que se pueda regular convencionalmente la competencia judicial internacional, los dos Estados deben ser parte del convenio.

De esta manera, tenemos que recurrir a la legislación estatal,⁴⁷ ya no federal, para delimitar el punto de conexión, con la finali-

⁴⁶ El concepto de urgencia no se encuentra definido por la convención, por lo que consideramos que debería definirse en cada caso.

⁴⁷ Para resaltar la importancia del carácter estatal sobre el ámbito federal en este tema, nos interesa que se tome en cuenta el artículo 73 constitucional que

dad de delimitar la competencia judicial internacional de los tribunales mexicanos. Al respecto, quisiéramos comentar que consideramos que la figura de restitución internacional de menores, debiera ser competencia federal y no estatal, ya que al ser estatal se complica la posibilidad de conseguir una aplicación e interpretación uniforme y pareja al interior de la República.⁴⁸

De lo anterior se desprende que sea el CPCDF el cuerpo normativo en el cual nos centremos para delimitar la competencia o incompetencia de los jueces mexicanos; en concreto del Distrito Federal.

4. Derecho aplicable

A. Regulación convencional

Como mencionamos anteriormente, este convenio es de carácter unitario, pues sólo regula el sector de la competencia judicial internacional, dejando sin respuesta al sector del derecho aplicable. En este sentido, este instrumento al igual que el Convenio de La Haya, debe coexistir con la normativa autónoma para dar respuesta global a la restitución internacional del menor.

Si bien el sector del derecho aplicable es regulado autónomamente, creemos que no siempre las legislaciones internas prevén de la mejor manera qué ley es aplicable a un caso de restitución de menores con tinte de internacionalidad. Motivo por el cual, afirmamos que hubiera sido más acertado que esta convención también regulara el sector del derecho aplicable.

establece cuáles son las facultades del Congreso, sin que en ninguna de sus fracciones se establezca algún aspecto que nos haga pensar en asuntos de familia internacional. Por otro lado, el artículo 124 es claro al establecer: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios Federales, se entienden reservadas a los Estados”.

⁴⁸ Este punto se abordará más detenidamente en el capítulo cuarto de la presente investigación.

B. *Regulación autónoma*

De manera muy breve analizaremos el artículo 13 del CCDF que regula la aplicación del derecho. El presente artículo señala: “La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas: II. El estado y capacidad de las personas físicas se rige por las leyes aplicables en el Distrito Federal”.

Como podemos observar, este artículo no contempla específicamente el supuesto de restitución de menores; ahora bien, en su fracción segunda regula que el derecho aplicable a las personas físicas se regirá por las leyes aplicables al Distrito Federal, excluyendo la posibilidad de que se aplique el derecho material de otro Estado, limitándonos a aplicar la ley del foro (*lex fori*).

Por otro lado, tenemos que los artículos 14 y 15 del CCDF regulan la aplicación y no aplicación del derecho extranjero. Sin embargo, el contenido de los artículos 14 y 15 quedan sin sentido práctico y aplicativo frente a la fracción II del artículo 13, que de manera determinante estipula que las únicas leyes aplicables serán las del Distrito Federal.

5. *Compatibilidad entre el Convenio de La Haya y el Interamericano*

En este apartado quisieramos analizar qué instrumento, desde la perspectiva mexicana, debemos aplicar cuando estemos en presencia de dos Estados que tengan firmado y ratificado tanto el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional y el Convenio Interamericano sobre Restitución Internacional de Menores.⁴⁹

En principio, nos queda claro que México tiene firmado y ratificado tanto el Convenio Interamericano sobre Restitución, así como el de La Haya sobre Sustracción, es decir, México puede

⁴⁹ Los diez Estados parte del Convenio Interamericano sobre Restitución Internacional de Menores tienen firmado y ratificado, también, el de La Haya, salvo Bolivia que solo tiene firmado y ratificado el Interamericano.

hacer uso de ambos convenios. Sin embargo, hay Estados que sólo tienen firmado y ratificado uno de los instrumentos. En estos casos México deberá aplicar el instrumento que vincule a ambos Estados. Por ejemplo, Bolivia sólo es Estado contratante del Convenio Interamericano, por lo cual, en este caso, México deberá utilizar éste convenio por ser el que vincula a ambos Estados.

Ahora bien, nos preguntamos cómo es que México decide qué convenio utilizar cuando dos Estados están vinculados por ambos instrumentos. La solución a este problema se encuentra en el Convenio Interamericano en su artículo 34, el cual establece:

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

Como podemos observar, el artículo es muy claro en cuanto a la aplicación de los instrumentos. No obstante, nos llama mucho la atención que la mayoría de los casos en México, se llevan a cabo de conformidad con el Convenio de La Haya. Si bien es cierto que el Convenio de La Haya por ser anterior⁵⁰ ha sido utilizado en más casos que el Interamericano, y que por ello se tiene mayor conocimiento sobre él. Lo cierto es que la cláusula de compatibilidad es muy clara al establecer que se debe aplicar la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Por otro lado, El Convenio de La Haya, en su artículo 34, establece: "La presente convención no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas

⁵⁰ El Convenio de La Haya es de 1980, mientras que el Convenio Interamericano es de 1994.

del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para regular el derecho de visita”.

De lo anterior, concluimos que si el Convenio Interamericano —al ser el último en el tiempo— posee una clara cláusula de compatibilidad y el Convenio de La Haya prevé la aplicación de otros instrumentos, el instrumento que se debería estar aplicando es la Convención Interamericana, salvo en los casos que existiese un acuerdo bilateral entre Estados.

III. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES

1. *Introducción*

En los últimos años, el tráfico de menores ha tomado diversas formas de accionar delictivo. Actualmente el tráfico de menores se da a escala internacional, llegando a detectarse redes de organizaciones delictivas que promueven este delito en todo el mundo. El tráfico de menores se ha convertido en un negocio lucrativo para organizaciones criminales que, ante la ausencia de marcos jurídicos sólidos y confiables, la existencia de guerras y conflictos militares y el debilitamiento de estructuras políticas y sociales de los Estados, se han aprovechado de la situación de riesgo de los menores.

En este contexto, se han suscrito diversas convenciones para evitar el tráfico de menores; no obstante los esfuerzos internacionales han incrementado el tráfico de menores provenientes de países subdesarrollados, por tal motivo fue necesario crear un instrumento que incluyera los aspectos civiles y penales del tráfico internacional de menores en la agenda de la CIDIP V.⁵¹ Por lo anterior, se creó la Convención Interamericana sobre Tráfico

⁵¹ Celebrada en México del 14 al 19 de marzo de 1994, con la participación de 19 Estados pertenecientes a la Organización de los Estados Americanos (OEA): Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecu-

Internacional de Menores, la cual está pendiente de ser aprobada por nuestro país, ya que sólo se encuentra firmada pero no ratificada.

2. *Ámbitos de aplicación*

A. *Ámbito de aplicación material*

La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, por medio de la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo (artículo 1o.). En este sentido, los Estados parte de esta Convención se obligan a:

- a) asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior;
- b) instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados Parte que consagre la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito; y
- c) asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Como podemos observar, la misma convención establece que el éxito de este instrumento depende de la cooperación internacional entre autoridades, ya que en su artículo 1o. inciso b), obliga a las autoridades de los Estados parte a instaurar un sistema de cooperación internacional entre los Estados parte, dotando así de efectividad al sistema de protección del niño. Por otra parte, el artículo 4o. establece que los Estados parte se comprometen en la medida de sus posibilidades, a cooperar con los Estados no

dor, El Salvador, Estados Unidos de América, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

parte en la prevención y sanción del tráfico internacional de menores y en la protección y cuidado de los menores víctimas del hecho ilícito.

Para esta convención se considera menor a todo ser humano cuya edad sea inferior a 18 años. El hecho de que la convención fije una edad para su aplicación restringe la competencia de los Estados parte en la fijación de la edad, para llevar a cabo el objeto de este instrumento.

A diferencia de los anteriores instrumentos, esta convención se destina a regular el tráfico internacional de menores. Entendemos “tráfico internacional de menores” como la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos. Así como la convención define “tráfico internacional de menores”, en su artículo 2o. define el significado de propósitos o medios ilícitos.

Entendemos por “propósitos ilícitos”: la prostitución, la explotación sexual, la servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se halle localizado, entre otros.

Por otra parte, entendemos por “medios ilícitos” el secuestro, el consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que éste se encuentre, entre otros.

En este punto, nos detendremos un momento para analizar el término “entre otros”. Para nosotros es un acierto por parte de este instrumento utilizar el término “entre otros” en ambas definiciones ya que de esta manera no se limita su aplicación, solamente, a lo establecido por el convenio, sino que incluye cualquier otro propósito o medio ilícito que no esté formalmente estipulado por el convenio. Pudiéndose así, ampliar la protección del interés superior del menor en este punto específico.

Si bien este instrumento define ciertos términos, el alcance de su significado, de ninguna manera implica una modificación a la legislación interna de los Estados parte, sino que es únicamente aplicable para los efectos de este convenio.

Ahora bien, tenemos que la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, es de carácter unitario, ya que solamente prevé criterios que regulan la competencia judicial internacional.

B. *Ámbito de aplicación espacial*

En cuanto a su ámbito de aplicación espacial podemos señalar que tienen firmada y ratificada esta convención, países que pueden ser catalogados tanto de origen como de destino de tráfico de menores; estos países son parte del sistema interamericano, sin que por ello se limite la adhesión de cualquier otro Estado después que haya entrado en vigor.⁵²

Tenemos que el convenio en sus artículos 29, 30 y 35 establece su ámbito de aplicación espacial. El artículo 29 establece que: “Esta convención está sujeta a ratificación y que los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA)”.

Por su parte, el artículo 30 nos habla de que: “Esta convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado después de que haya entrado en vigor”, y de nueva cuenta establece a la Secretaría de la OEA como depositaria. Finalmente, el artículo 35 señala que: “La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiera y el retiro de las últimas”.

En cuanto a la participación de México como Estado parte de esta convención tenemos que ésta sólo se encuentra firmada,

⁵² Dreyzin de Klor, A. (coord.), *cit.*, p. 122.

pero no ratificada por México. Por lo cual deducimos que esta convención no ha entrado en vigor en México, ya que la firma del presidente de la República y su posterior publicación en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF), no son suficientes elementos para considerar a este instrumento parte del derecho interno mexicano.

El DOF del 14 de mayo de 1996 determina:

DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Presidencia de la República.

ERNESTO ZEDILLO PONCE DE LEÓN, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión, se ha servido dirigirme el siguiente:

La camara de senadores del honorable congreso de la union, en ejercicio de la facultad que le concede el articulo 76 fraccion I de la constitucion politica de los estados unidos mexicanos, decreta:

ARTÍCULO UNICO.- Se aprueba la CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES, adoptada en la Ciudad de México, el dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, durante la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V), con la siguiente Declaración:

El Gobierno de México al ratificar la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, formula las siguientes declaraciones:

1. En relación con los Artículos 5 y 25, 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 Central para la recepción de documentación proveniente del extranjero.

México, D.F., a 29 de abril de 1996.- Sen. Miguel Alemán Velasco, Presidente.- Sen. Humberto Mayans Canabal, Secretario.- Sen. Pedro Macías de Lara, Secretario.- Rúbricas.

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a los nueve días del mes de mayo de mil novecientos noventa y seis.- Ernesto Zedillo Ponce de León.- Rúbrica.- El Secretario de Gobernación, Emilio Chuayffet Chemor.- Rúbrica.

En otro orden de ideas, afirmamos que esta convención requiere que el menor se encuentre o resida habitualmente en un Estado parte al tiempo de la comisión de un acto de tráfico internacional contra dicho menor (artículo 2o.). De lo anterior podemos deducir que el requisito de la residencia habitual del menor en Estado parte convierte a este convenio en un tratado *inter partes*;⁵³ sin embargo, el artículo 4o. al establecer que los Estados parte deben cooperar con los Estados no parte de la convención, en la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, le está dando a este instrumento el carácter de *erga omnes*. Es decir, para este convenio no es necesario que los Estados implicados sean parte del instrumento, a diferencia del Convenio Interamericano de Restitución donde es necesario que el Estado de origen y destino del menor sean Estados parte.⁵⁴

C. Ámbito de aplicación temporal

En cuanto a su ámbito de aplicación temporal, podemos señalar que esta convención se aplica con carácter irretroactivo, es

⁵³ Santos Balandro, R., “Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores”, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 80, núm. 1 al 6, 1994, p. 41.

⁵⁴ Como señala Lucas Sosa: “De allí, que esta norma superando los marcos tradicionales de los tratados, respondiendo al interés superior de la protección y cuidado de los niños, proyecta la cooperación jurídica con Estados no parte”. Lucas Sosa, G., “la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CICIP V, México, 1994)”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4, 1994.

decir, se aplicará sólo a las solicitudes de tráfico presentadas con posterioridad a la entrada en vigor de este instrumento para cada Estado en particular.

Por otra parte, debemos señalar que está establecido en su artículo 33 que: “Esta convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique esta 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”.

Ahora bien, el artículo 34 establece que

Esta 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.

Para el caso de México, como ya mencionamos anteriormente, esta convención sólo está firmada y ratificada, situación que no es suficiente para que este instrumento entre en vigor en territorio mexicano. Por tal motivo, cualquier solicitud de tráfico por parte de México no se regirá por esta convención. A pesar de lo anterior, creemos necesario conocer este convenio con el fin de que México se anime a ratificarlo.

3. Competencia judicial internacional

A. Regulación convencional

Afirmábamos anteriormente que estamos frente a un convenio altamente novedoso y completo. Novedoso, por el hecho de que si bien ya existían otros convenios internacionales que regulaban

la sustracción de menores, este instrumento viene a regular el tráfico internacional de menores; completo porque establece criterios para regular la competencia judicial internacional tanto en materia civil como en materia penal.

a. Competencia penal

Esta convención es de carácter unitario, es decir, únicamente da respuesta al sector de la competencia judicial internacional. Respecto a los aspectos penales regulados por este instrumento, esta convención establece en su artículo 9o. lo siguiente:

Tendrán competencia para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores:

- a) el Estado parte donde tuvo lugar la conducta ilícita;
- b) el Estado parte de residencia habitual del menor;
- c) el Estado parte en el que se hallare el presunto delincuente si éste no fuere extraditado; y
- d) el Estado parte en el que se hallare el menor víctima de dicho tráfico.

Tendrá preferencia a los efectos del párrafo anterior el Estado parte que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito.

De la lectura del artículo anterior se desprende que este instrumento señala cuatro foros distintos, como posibles foros competentes para conocer sobre el tráfico internacional de un menor, reduciendo así, la posibilidad de una denegación de justicia, y ampliando, por otro lado, la protección del menor. Como podemos observar los cuatro foros son igualmente competentes, de tal manera que cualquiera de estos foros podrá declararse como competente dependiendo de la elección que se haga para presentar la solicitud.⁵⁵

⁵⁵ En este sentido, Dreyzin de Klor señala que: "El convenio aparece informado por el principio de protección integral y efectiva del menor, al que se

b. Competencia civil

Comenzamos por delimitar quiénes pueden promover la solicitud de localización y restitución del menor. De la lectura del artículo 12 de la presente convención se desprende que: “No se limita el ejercicio del pedido de localización y restitución del menor, sino que se delega al derecho del Estado de la residencia habitual la misión de establecer quiénes son los sujetos legítimos para movilizar tal pedido”.⁵⁶

Por lo que se refiere a la atribución de competencia para conocer sobre la solicitud de localización y restitución, tenemos que serán competentes: “A opción de los reclamantes, las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte de residencia habitual del menor, o las del Estado parte donde se encontrare o se presuma que se encuentra retenido”, y en los casos de urgencia se podrá presentar “la solicitud ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito”⁵⁷.

En cuanto a la transmisión de solicitudes encontramos que este instrumento, al igual que los mencionados anteriormente, establece que los Estados contratantes deberán designar autoridades Centrales,⁵⁸ las cuales deberán adoptar las medidas necesarias para que de conformidad con su derecho interno inicien, faciliten y coadyuven con los procedimientos judiciales y administrativos relativos a la localización y restitución del menor (artículo 14).

pretende dotar de la mayor efectividad posible, mediante el establecimiento de conexiones múltiples de aplicación alternativa, aunque se otorga, en el último párrafo del artículo 9º., prioridad al Estado parte que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito. La política legislativa que inspira el precepto es la de facilitar el acceso a la jurisdicción internacional, brindando las más amplias posibilidades de opción que aseguren la prevención y sanción del tráfico internacional de menores e impidan la impunidad de los autores y partícipes del hecho”. Dreyzin de Klor, A. (coord), *cit.*, p 128.

⁵⁶ Dreyzin de Klor, A. (coord.), *cit.*, p. 129.

⁵⁷ Artículo 13 de la presente convención.

⁵⁸ En este caso la Secretaría de Relaciones Exteriores fungirá como Autoridad Central recibiendo solicitudes y documentación proveniente del extranjero.

B. *Regulación autónoma*

En México la competencia judicial internacional, como ya se mencionó anteriormente, no es competencia federal sino estatal, por lo cual nos remitimos al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en concreto, al artículo 156, para establecer la competencia para conocer de los aspectos civiles del tráfico internacional de menores. Al igual que sucedía en la restitución de menores, este artículo no prevé en ninguna de sus fracciones un supuesto en el que encaje el tráfico internacional de menores, motivo por el cual podríamos acudir a la fracción IX, la cual señala que será juez competente: “En los negocios relativos a la tutela de los menores e incapacitados, el juez de la residencia de éstos, para la designación del tutor, y en los demás casos el del domicilio de éste” o a la fracción IV que establece que será juez competente: “El del domicilio del demandado, si se trata del ejercicio de una acción sobre bienes muebles, o de acciones personales o del estado civil”.

Como podemos observar ambas fracciones podrían dar respuesta al sector de la competencia judicial internacional, en el plano civil. Sin embargo, ninguna da una respuesta adecuada al caso de tráfico internacional de menores o en su caso al de restitución, motivo por el cual en el siguiente capítulo haremos un análisis más detallado del derecho interno mexicano, con el fin de proponer posibles reformas que cumplan de la mejor manera posible con las obligaciones contraídas convencionalmente.

Ahora bien, debemos recordar que acudimos, exclusivamente, a la regulación autónoma en aquéllos casos en los cuales no se puede aplicar el instrumento convencional. Por lo que en este caso, ante la falta de ratificación de este Convenio por parte de México, estaremos a lo dispuesto por la normativa autónoma mexicana.

Cabe señalar que en cuanto a la regulación de la competencia penal se estará a lo dispuesto en los ordenamientos penales del Distrito Federal o de cada entidad federativa, según sea el caso.

4. Derecho aplicable

A. Regulación convencional

Como mencionamos anteriormente, este convenio es de carácter unitario, pues sólo da respuesta al sector de la competencia judicial internacional, dejando sin respuesta al sector del derecho aplicable. Razón por la cual, este instrumento al igual que el Convenio de La Haya y el Interamericano, deben coexistir con la normativa autónoma para dar respuesta global al tráfico internacional de menores.

B. Regulación autónoma

En cuanto a regulación autónoma del derecho aplicable encontramos que el artículo 13 del Código Civil para el Distrito Federal tampoco dispone en ninguna de sus fracciones un supuesto específico que dé respuesta al tráfico o en su caso a la restitución internacional de menores. En todo caso debemos utilizar como fundamento la multicitada fracción II, la cual establece que la determinación del derecho aplicable en el Distrito Federal en el caso del “estado y capacidad de las personas se regirá por las leyes aplicables en el Distrito Federal”.