

CAPÍTULO TERCERO

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

I. LA POSTURA DE MÉXICO EN LA PRÁCTICA

En este apartado quisiéramos comenzar por mencionar la tesis:

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. RESPETA LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y DEFENSA. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que en todo procedimiento deben respetarse las formalidades esenciales que garanticen a los gobernados una defensa adecuada y oportuna, para lo cual es necesario que se notifique su inicio, que se dé la oportunidad de alegar, ofrecer y desahogar pruebas, y que se dicte la resolución procedente. En congruencia con lo anterior y del análisis relacionado de los artículos 7o., inciso f), y 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1992, se concluye que este ordenamiento respeta las garantías de audiencia y defensa previstas en los numerales 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer, por una parte, que las autoridades centrales deben colaborar entre sí y con otras competentes en sus respectivos Estados, a fin de iniciar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo con el objeto de conseguir la restitución del menor y, por otra, que la autoridad del Estado requerido que conozca de la solicitud respectiva no está obligada a ordenar dicha restitución si la persona, institución u organismo que se opone a ello demuestra que se actualiza alguno de los supuestos a que se refiere el aludido artículo 13, de lo que se sigue que tales dispositivos permiten a la parte que puede resultar

afectada —y que por tanto se opone a la restitución— comparecer a alegar y demostrar lo que a su derecho convenga.⁵⁹

Caso de restitución Italia-México

A. Hechos⁶⁰

Solicitud de restitución de dos menores, instaurada por su padre ante la Autoridad Central Italiana a la luz de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Se trata de una pareja que contrae matrimonio el 21 de febrero de 1995, en la Ciudad de Nogales, Arizona. Tiempo después se trasladan a vivir a la Ciudad de Florencia, Italia. Posteriormente, en el año 2002, deciden regresar a vivir a la Ciudad de Nogales, Arizona. De esta unión nacen dos hijos, ambos titulares de pasaporte italiano y estadounidense. Durante su estancia en la Ciudad de Nogales, la relación entre los cónyuges se fue deteriorando al grado de que el padre decidió regresar a Italia con los niños. Lo anterior sin perjuicio de que ella posteriormente los alcanzaría. Una vez que el padre había regresado a Italia con los menores, la madre los alcanzó con la finalidad de estar con su familia.

En abril de 2004, ambos cónyuges tomaron la decisión de separarse; ella abandonó, sin sus hijos, la casa en Florencia donde había vivido junto con su esposo e hijos y partió para México, donde permaneció cerca de seis meses. En este periodo, así parece, ella estuvo conviviendo con otra persona, comunicándose pocas veces con los niños. Además de que se negó a dar una dirección y teléfono donde se le pudiera localizar, según el padre.

⁵⁹ Tesis 1a. XXXII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXV, febrero del 2007, p. 634.

⁶⁰ Cabe señalar que el caso utilizado para llevar a cabo la presente investigación es un caso real, pero con objeto de guardar discreción omitimos los nombres de los menores y de los padres. Lo que aquí nos interesa plantear es el procedimiento seguido por las autoridades mexicanas, así como los fundamentos utilizados para dictar la resolución.

Por otro lado, los menores vivían con su padre y la familia de él en Florencia, Italia. Ambos menores se estaban integrando positivamente tanto en la escuela como en el ambiente que los rodeaba.

El 29 de septiembre de 2004, la madre regresó a Florencia con la finalidad de definir los términos de una separación consensual y la custodia compartida de sus hijos. Por lo que, el 4 de octubre de 2004 ella pidió ver a los niños, mismos que fueron entregados por el padre a la madre. Los niños iban a permanecer con la madre todo ese día y posteriormente, iban a ser entregados al padre el día siguiente.

Al día siguiente, el padre fue a recoger a los niños y se encontró con la sorpresa de que la madre, según la recepcionista del hotel, había partido esa mañana con sus hijos. El padre se dirigió a las oficinas de la Jefatura de Policía de Florencia a presentar una denuncia formal en forma oral de lo sucedido.

Por indagaciones de la Policía Judicial, resultó que la madre no había viajado sola, sino que todo lo había hecho con la ayuda de otra persona. De informes recogidos de la familia de la madre, resultó que los niños habían sido sustraídos de Italia y que probablemente se encontraban en la ciudad de Puerto Peñasco, Sonora.

B. Procedimiento

Comenzaremos por señalar que una vez sustraídos los menores de Italia, el padre de éstos, instauró la solicitud de restitución de los menores. Posteriormente, la Autoridad Central Italiana remitió la solicitud de restitución a la Autoridad Central Mexicana; en concreto a la Dirección General de Protección y Asunto Consulares, Oficina de Derecho de Familia de la Secretaría de Relaciones Exteriores, solicitando la localización y restitución de los menores. Una vez recibida la solicitud de restitución de los menores por la Autoridad Central Mexicana, ésta procedió a enviarle a la autoridad competente del Estado de la República Mexicana que correspondía, la documentación necesaria para que ésta adoptara las medidas y procedimientos apropiados tendientes a la locali-

zación y restitución de los menores conforme a lo estipulado en el artículo 7o. de la Convención de La Haya.

Al respecto, la Autoridad Central Italiana le solicitó a la Autoridad Central Mexicana, y ésta a su vez a la autoridad competente, que conforme a lo establecido en la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores localizara y restituyera a los menores. De igual manera, se hizo hincapié en que conforme al artículo 23 de la multicitada Convención, los documentos públicos extranjeros transmitidos al territorio nacional por los conductos oficiales no requerirían de legalización o apostilla para surtir efectos legales.⁶¹

⁶¹ A este respecto, los Tribunales Colegiados mexicanos han sostenido lo siguiente:

DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS, LEGALIZACIÓN DE LOS. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 2o., 3o., 4o. y 5o. de la Convención por la que se Suprime el Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, suscrita por el gobierno de México y aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de diecisiete de enero de mil novecientos noventa y cuatro, promulgado y publicado para su debida observancia por el presidente de la República, en el mismo medio de difusión el catorce de agosto de mil novecientos noventa y cinco; la única formalidad que se exige para la eficacia probatoria de dichos instrumentos, es que contengan la “apostilla” correspondiente, puesta por la autoridad competente del Estado de donde emane ese instrumento. Luego entonces, si un documento con la característica anotada, carece de dicha formalidad, es inconcluso que no se le puede conceder valor probatorio alguno, y por tanto no es apto para justificar lo que con él se pretende.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO. Amparo en revisión 394/96. Guadalupe Pulido García. 29 de enero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Alberto Arias Murueta. Secretaria: Gabriela Maldonado Esquivel.

Amparo en revisión 307/97. Carlos Garza López. 5 de septiembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Alberto Arias Murueta. Secretario: Pedro Gutiérrez Muñoz.

Amparo en revisión 412/97. Eduardo Loa de Hoyos. 12 de septiembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Aurelio Sánchez Cárdenas. Secretario: Gonzalo H. Carrillo de León. Amparo en revisión 826/97. Nelly Calderón Salas. 22 de octubre de 1998.

Unanimidad de votos. Ponente: Alfredo Gómez Molina. Secretario: Ramón Zúñiga Vera.

Como podemos observar, la materia familiar en este caso con implicaciones internacionales no es competencia federal, sino es-

Amparo en revisión 40/98. Rosendo Arturo Cavazos Heredia. 20 de enero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Alfredo Gómez Molina. Secretario: Ramón Zúñiga Vera. IUS 194111, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. IX, abril de 1999, p. 342.

DOCUMENTOS PÚBLICOS PROVENIENTES DEL EXTRANJERO. Para que tengan validez en el país requieren de la “apostilla” que exige la convención promulgada en el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha catorce de agosto de mil novecientos noventa Y CINCO. La sola traducción del documento público proveniente del extranjero, es insuficiente para darle valor probatorio, pues si bien es cierto que fue derogado el artículo 131 del Código Federal de Procedimientos Civiles que exigía su legalización por la Secretaría de Relaciones Exteriores, no menos cierto resulta que en el Diario Oficial de la Federación de fecha catorce de agosto de mil novecientos noventa y cinco se publicó la “Convención por la que se suprime el requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros”, aprobado por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, la cual en su artículo 1o., establece cuáles son considerados documentos públicos y en el artículo 2o., dispone: “Cada Estado contratante eximirá de legalización a los documentos a los que se aplique la presente Convención y que deban ser presentados en su territorio. La legalización, en el sentido de la presente Convención, sólo cubrirá la formalidad por la que los agentes diplomáticos o consulares del país en cuyo territorio el documento deba surtir efecto certifiquen la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento ostente.” En su artículo 3o., prevé: “La única formalidad que pueda exigirse para certificar la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre del que el documento esté revestido, será la fijación de la apostilla descrita en el artículo 4o., expedida por la autoridad competente del Estado del que dimane el documento. Sin embargo, la formalidad mencionada en el párrafo precedente no podrá exigirse cuando las leyes, reglamentos o usos en vigor en el Estado en que el documento deba surtir efecto, o bien un acuerdo entre dos o más Estados contratantes, la rechacen, la simplifiquen o dispensen de legalización al propio documento.” Atento a lo anterior, en nuestro sistema, para certificar la autenticidad de un documento público proveniente del extranjero, se requiere de la fijación de la “apostilla” descrita en el artículo 4o. de la referida Convención, pues no existe precepto que rechace, simplifique o dispense de legalización al propio documento.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO. Amparo en revisión 429/96. Efrén Medina. 1o. de octubre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Pedro Fernando Reyes Colín. Secretario: Rubén David Aguilar Santibañez.

Tesis XV.1o.21 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. IV, noviembre de 1996, página 431.

tatal. De manera que, la autoridad competente en este caso fue la juez de Primera Instancia de lo Civil, de Puerto Peñasco, Sonora.

En este sentido, la juez de Primera Instancia de lo Civil siempre tuvo en mente al resolver que el objetivo de este instrumento es restituir al menor sustraído ilícitamente al lugar en donde residía habitualmente, por lo que por ningún motivo, este Tribunal tenía la facultad de resolver sobre el fondo de la cuestión del derecho de guarda, custodia y visita. Con fundamento en lo anterior, la jueza sólo se limitaría: primero, a ordenar la localización y posible depósito provisional de los menores ante las Autoridades del Sistema Local para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), lo anterior únicamente en el caso de que se corriera el riesgo de que los menores pudieran ser víctimas de un nuevo traslado ilícito, en tanto se resuelva en forma definitiva sobre si procede o no la restitución, y en segundo lugar se limitaría a ordenar la posible restitución de los menores al país de su residencia habitual.

Cabe destacar, que si así lo determina la Autoridad Judicial competente mexicana, se podrá negar la restitución de los menores en los siguientes casos cuando se demuestre:

- a) que la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o
- b) que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable; y,

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de restitución del menor.⁶²

⁶² Artículo 12 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

De lo anterior cabe destacar que dichas excepciones únicamente serán procedentes, si se demuestran fehacientemente los hechos por los cuales se niega la restitución. Asimismo, es importante destacar que de conformidad con el artículo 17 de la convención, el solo hecho de que una decisión relativa a la custodia haya sido dictada o sea susceptible de ser reconocida en México, no podrá justificar la negativa para restituir al menor.

Una vez expuesto todo lo anterior, la juez fijó fecha y lugar para que se llevara a cabo una audiencia, dando cumplimiento a lo establecido en los artículos 14 y 16 constitucionales. Asimismo, se dio vista al Ministerio Público, adscrito al juzgado, para que éste manifestara lo que a su derecho conviniera.

Finalmente se le informó al juez que el procurador de la Defensa del Menor y la Familia en el Estado de Sonora, conjuntamente con los funcionarios de la SRE vigilarían el cumplimiento de la aplicación del presente instrumento convencional.

Ahora bien, una vez que la autoridad competente fue informada de la solicitud de restitución, ésta procedió a solicitar al Ministerio Público que le remitiera en calidad de urgente, copias certificadas de la investigación realizada para la localización del domicilio y ubicación de los menores. El Ministerio Público, a su vez, le envió al juez toda la información recabada durante la investigación.

Sobre este punto quisiéramos mencionar que es el director general de asuntos policiales internacionales e Interpol quien en cumplimiento al oficio, mediante el cual se solicita la ubicación en nuestro país de los menores, envía al jefe regional de la Agencia Federal de Investigación en el Estado de Sonora, un oficio para llevar a cabo la localización de los menores sustraídos ilícitamente. Por su parte, la AFI con la finalidad de dar cumplimiento a lo ordenado, se presenta en las instalaciones que ocupan todas y cada una de las dependencias de la localidad, mismas que se requieren como fuentes de información, a las cuales se tiene acceso como son: Registro Civil, Registro Público de la Propiedad, catastro, Comisión Federal de Electricidad, Policía Judicial

del Estado, cereso, correos, migración, televisión por cable entre otras. Esto con el fin de obtener información para la localización y ubicación de los menores. De esta investigación se obtuvo un domicilio, el cual sirvió al Policía Federal Investigador para ubicar, posteriormente, a los menores y a la madre de éstos.

A partir de este momento, ya localizados los menores, la Juez señaló lo siguiente:

1. Que ya existía un decreto⁶³ de separación judicial de cónyuges y medidas provisionales decretadas por el presidente del Tribunal de Florencia, entre las cuales se autorizaba a los cónyuges a vivir separados, se otorgaba la custodia de los menores al padre, se asignaba al padre la casa conyugal y se suspendían los derechos de la madre a visitar (por motivos graves) a los menores.

2. Conforme a lo dispuesto en la Convención de La Haya (artículo 3o.), el traslado de los menores desde la ciudad de Florencia, Italia a la ciudad de Puerto Peñasco, Sonora, fue ilícito toda vez que se produjo con infracción de un derecho de custodia atribuido al padre, con apego al derecho vigente en el Estado de Florencia, Italia. Además de reiterar, que el derecho de custodia era resultado de una resolución judicial.

3. Decretó, con fundamento en el artículo 11 de la convención, que se procediera a sustraer a los menores del domicilio en el que fueron encontrados, para después depositarlos judicialmente en forma provisional bajo custodia de la Institución de Desarrollo Integral de la Familia (DIF) municipal.

4. Con fundamento en los artículos 14 y 16 constitucionales, con el fin de resolver en forma imparcial y conforme a derecho sobre la restitución de los menores, se otorgó vista a la madre para que en la fecha señalada para el desahogo de la audiencia de oposición, manifestara lo que a su derecho conviniera, y ofreciera pruebas que justificaran su oposición a restituir a los menores.

5. Igualmente pidió que se notificara del curso de la solicitud planteada y de la Audiencia de mérito al procurador de la Defensa del Menor y la Familia en el Estado de Sonora y a los

⁶³ Este decreto fue presentado como prueba documental.

funcionarios de la SRE designados para vigilar el cumplimiento del convenio, ya que de ser procedente la solicitud planteada, cualesquiera de los designados tendría la obligación de trasladar a los menores a la Ciudad de México Distrito Federal, ante la Autoridad Central solicitante para que ésta, a su vez, procediera con la restitución de los menores a la Autoridad Central Italiana.

Posteriormente, dos días después de que se dictó la anterior resolución, el DIF notificó al Tribunal que ambos menores de 3 y 5 años de edad respectivamente, habían sido depositados provisionalmente en el Albergue Infantil Amor, A.C., en tanto se realizaban los trámites y acciones correspondientes para determinar su situación legal, con la finalidad de brindarles protección física y psicológica.

En este tiempo se llevó a cabo el procedimiento judicial correspondiente ante la jueza de la Primera Instancia de lo Civil. Durante el procedimiento, ambos progenitores presentaron pruebas para defender sus intereses. Como ya es sabido, el padre pedía la restitución de los menores. Por su parte, la madre se opuso a la restitución de los menores, invocando que conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente convención: “Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”. Para demostrar lo anterior, rindió un informe psicológico en el cual se señalaba que el padre había recibido terapia por problemas psicológicos derivados del consumo de drogas.

Entre otras pruebas, la madre presentó un convenio de separación de común acuerdo del cual se desprendía que ambos estaban de acuerdo en que se trasladaran los menores a México. También probó con recibos de llamadas telefónicas que el padre tenía conocimiento del lugar donde se encontraban sus hijos, ya que él continuamente hablaba con ellos. Todo lo anterior, con el fin de demostrar que el traslado de los menores no era ilícito y que el padre siempre había estado en contacto con los menores, pues ambos habían firmado un convenio de divorcio voluntario

en el cual se estipulaba que la madre tendría la custodia de los menores.

En este orden de ideas, la madre interpuso un amparo en contra de las autoridades que se vieron involucradas en el acto por el cual los menores fueron alejados de ella para ser depositados en el DIF, cuando ella tenía la custodia de ambos menores por un contrato de mutuo acuerdo. En este sentido, pidió ayuda a Derechos Humanos invocando que sus derechos como madre de convivir con sus hijos habían sido violados.

Por su parte, el padre presentó pruebas que demostraban el estado psicológico de los menores durante su estancia con él, cartas de la directora de la escuela a la que acudían en Italia, certificados de residencia, el acta de denuncia en contra de la madre por la sustracción de los menores, y el decreto de separación judicial de cónyuges decretado por el presidente del Tribunal de Florencia, en el cual se advertían las siguientes medidas provisionales: se autorizaba a los cónyuges a vivir separados, se otorgaba la custodia de los menores al padre, se asignaba al padre la casa conyugal y se suspendían los derechos de la madre a visitar (por motivos graves) a los menores. Este último con fecha posterior al traslado de los menores.

Una vez realizada la audiencia de oposición, se abrió un término para alegatos, concluido éste la Juez procedió a dictar su resolución, en la cual negaba la restitución de ambos menores conforme a lo dispuesto en el Convenio de La Haya. Acto seguido la Juez decretó el levantamiento de la medida cautelar urgente en la cual encomendó la custodia provisional de los menores al DIF, para que esté hiciera entrega inmediata de los menores a la madre.

C. Instrumentos normativos utilizados en este caso

En este apartado, en particular, haremos mención de los instrumentos normativos utilizados para dar respuesta a este caso. Por ello, es importante destacar que esta solicitud será resuelta con fundamento en lo dispuesto por la Convención de La Haya

sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, aplicable en cualquier Estado de la República Mexicana en términos de lo previsto para tal efecto por el artículo 133 Constitucional. Así como, en la Tesis Núm. LXXXVII/99. TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES, Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN.

En esta ocasión queremos señalar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 543 y 546 del Código Federal de Procedimientos Civiles, en los asuntos del orden federal, la cooperación judicial internacional se regirá por las disposiciones de dicho ordenamiento y demás leyes aplicables, salvo lo que dispongan los tratados y convenciones de los que México sea parte.

Como podemos observar, la mayor parte de las actuaciones encuentran fundamento en la convención. Sin embargo, el artículo 18 de la presente convención no limita las facultades de la autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor. Motivo por el cual al decretar la restitución de los menores del domicilio donde se encontraban, la jueza autorizó para tal efecto los medios de apremio establecidos en el artículo 162 fracciones II, III y IV del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sonora, consistentes en el auxilio de la Fuerza Pública, cateo por orden escrita y roturas de cerraduras.

En relación con los medios de prueba y desarrollo del procedimiento judicial, se estuvo a lo establecido por el Código de Procedimientos Civiles para el estado de Sonora y a lo estipulado por el Código Civil para el Estado de Sonora.

Ahora bien, en la etapa de alegatos cuando se trató de probar la residencia habitual de los menores, la madre utilizó como referencia el artículo 127 fracción I del Código Civil Sonorense y lo dispuesto en el artículo 4o. de la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado⁶⁴ que señala:

⁶⁴ La presente Convención fue aprobada por el Senado de la República el 4 de febrero de 1987, según decreto publicado en el DOF el 19 de agosto de 1987

Artículo 4. El domicilio de los cónyuges será aquel en el cual éstos vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 2.

Artículo 2. El domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias:

1. El lugar de la residencia habitual;
2. El lugar del centro principal de sus negocios;
3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia;
4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encuentre.

Cabe señalar con respecto al Convenio Interamericano sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, que en este caso, en concreto, no se podría aplicar el instrumento, ya que por su carácter de *inter partes* al no ser Italia Estado parte y México sí, no se cumple con el ámbito de aplicación del convenio.

Ahora bien, el padre por su parte alegó que con fundamento en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de Noviembre de 1959, “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Por otra parte, también citó el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño,⁶⁵ el cual señala: “1. Los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. Para este fin, los Estados partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”.

Por último, al dictar la jueza la resolución en la que negaba la restitución de los menores, hizo referencia a la Ley 153, Ley para

⁶⁵ La citada convención fue aprobada por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, el día diecinueve del mes de junio del año de mil novecientos noventa, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día treinta y uno del mes de julio del propio año.

la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para el Estado de Sonora, la cual tiene por objeto establecer el marco jurídico para la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, asegurándoles un desarrollo pleno e integral lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de equidad. Como podemos observar en la presente ley:

Las disposiciones de esta ley son de orden público, interés social y de observancia general en el Estado y tienen por objeto establecer el marco jurídico para la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como los principios fundamentales tanto en la participación social o comunitaria, como en las medidas administrativas que involucren los derechos y las obligaciones de este sector de la población, sin perjuicio de lo que se señale en otros ordenamientos”.

D. Fundamentos de la resolución

Los fundamentos de la juez Primero del Ramo Civil del Distrito Judicial de Puerto Peñasco, Sonora, para negar la restitución de los menores fueron los siguientes:

1. Conforme al artículo 3 inciso a) de la Convención de La Haya, el traslado realizado por la madre de Italia a México no fue ilícito, ya que el derecho de custodia mencionado en el inciso a) podía ser resultado de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado y ya que por mutuo acuerdo ambos progenitores se separaron y decidieron compartir la custodia, es que la madre en ejercicio de la patria potestad se trajo a los menores a México, motivo por el cual el traslado no puede ser considerado ilícito.

2. Por otra parte, el traslado y la retención de los menores no fue ilícita, en virtud de que el mencionado derecho de custodia, también resultó de una atribución de pleno derecho que ella por ser la madre también sustentaba por ejercer la patria potestad.

Razón por la cual, no se tuvo como válido el derecho de custodia que hizo valer el padre con base en una decisión judicial, pues al momento de que éstos fueron trasladados no existía la decisión del Tribunal de Florencia, en la que se otorgaba por vía urgente la custodia de los menores al padre. Con base en que dicha resolución fue posterior al traslado, no se produjo infracción alguna al derecho de custodia atribuido al padre.

3. Conforme a lo dispuesto en el artículo 13, inciso a, se comprobó que si bien se separaron consensualmente con la custodia conjunta de los menores, el padre, quien se hubiere hecho cargo de los menores en Italia, no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fueron trasladados los menores, toda vez que el Tribunal Italiano le otorgó la custodia a éste después de la ejecución del traslado.

4. Se probó por medio de un diagnóstico psicológico realizado a los menores, que ambos menores de 3 y 5 años de edad, respectivamente, tenían un grado de madurez en el cual sí resultaba apropiado tener en cuenta sus opiniones. A lo que ambos menores expresaron su voluntad de estar con la madre oponiéndose a ser restituidos a Italia con el padre. Concluyendo dicho diagnóstico se arrojó un desequilibrio emocional y baja autoestima en ambos niños, proyectando un deseo de permanecer al lado de la madre y que en caso de restituir a los menores con el padre, atendiendo el grado de necesidad del cuidado de la madre, existiría un grave riesgo ya que los menores estarían expuestos a un peligro psíquico de mayor intensidad. Por lo tanto, lo anterior traería como consecuencia una situación intolerable en la que se vería afectado su buen desarrollo integral y emocional con graves consecuencias futuras (artículo 13, inciso b, de la presente convención).

5. Por otro lado, se tomaron en cuenta como pruebas: el certificado médico e informe psicológico emitido por el DIF, las constancias de estudio del menor, las recomendaciones expedidas a favor de la madre por haber desempeñado su trabajo favorablemente en distintas empresas, constancias de llamadas y correos electrónicos realizados con el padre y el contrato de arrenda-

miento de la casa habitación en la que habita la madre con los menores. De todo lo anterior, se infirió que los menores llevaban once meses viviendo en México, por lo que ya se encontraban integrados en su entorno.

6. Con total independencia de lo anterior, con base en la Ley 153.- Ley para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para el Estado de Sonora, la cual tiene por objeto establecer el marco jurídico para la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, asegurándoles un desarrollo pleno e integral lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de equidad. Se reiteró el rechazo a la solicitud de restitución de los menores a la luz de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

II. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONVENCIONAL

1. Procedimiento conforme a la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Todo comienza cuando uno de los progenitores retiene o sustrae ilícitamente al menor del Estado parte en el cual tenía su residencia habitual violando derechos de custodia y visita, para llevarlo a otro Estado parte. Como ya hemos mencionado varias veces, la finalidad de este instrumento es la restitución inmediata de menores con edad inferior a 16 años que hayan sido trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante, así como velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes sea respetado por los demás Estados contratantes.

Derivado de lo anterior se desprende que este convenio establezca un procedimiento especial para la restitución internacional de menores. Al respecto, la presente Convención establece en sus artículos 6º. y 7º. que: “Cada uno de los Estados con-

tratantes deberá designar una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone la Convención”, entre las cuales deben adoptar ya sea directamente o a través de un intermediario las siguientes:

- a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación de la Convención;
- f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluyendo la participación de un abogado;
- h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a su aplicación.

Como ya se mencionó, repetidas veces, la Autoridad Central Mexicana es la Secretaría de Relaciones Exteriores, en concreto la Dirección General de Protección y Asunto Consulares, oficina de derecho de familia de esta secretaría.⁶⁶

⁶⁶ Queremos hacer un comentario al respecto, la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores fue designada como autoridad central para que, en colaboración con las autoridades competentes de cada estado de la República Mexicana, adopte las medidas apropiadas y procedimientos necesarios para la localización y restitución del menor, y que a partir del 11 de octubre de 2001, se designó a la Dirección General de Protección de Asuntos Consulares de acuerdo al artículo 21 fracción X del reglamento interior de esta secretaría

Ahora bien, dentro del procedimiento especial a seguir para llevar a cabo la restitución internacional del menor, se establece (artículo 8o.) que cualquier sujeto o institución que tenga conocimiento del traslado o retención ilícita podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para garantizar la restitución del menor.⁶⁷ Asimismo, este artículo prevé los elementos que debe incluir la solicitud de restitución. Por otro lado, el artículo 12 establece que será procedente la restitución si el proceso se inició antes de un año (a partir del traslado del menor) en este caso, la autoridad competente podrá ordenar la restitución inmediata del menor, pero si transcurrió un lapso mayor se ordenará la restitución, salvo que se demuestre que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

No obstante lo dispuesto anteriormente, la convención establece algunas causales para negar la restitución, entre las cuales encontramos:

- a) se demuestre que la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; b) se demuestre que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable; o que el propio menor se oponga a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones (artículo 13).

Una vez que las autoridades judiciales o administrativas del Estado al que se trasladó el menor estuvieran informadas del traslado o retención ilícita, éstas no podrán resolver sobre la cuestión

⁶⁷ Es importante destacar que la Convención Interamericana sobre Restitución limita este derecho a las personas o institución que ejercen la patria potestad o tutela del menor.

de fondo de los derechos de custodia (artículo 16). De la misma manera que ninguna decisión tomada en virtud de la presente convención afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia (artículo 19).

Como es de esperarse, a estas alturas las autoridades competentes del Estado parte al cual fue trasladado el menor ya iniciaron un procedimiento del cual se desprenderá una resolución que acepte o niegue la restitución del menor, ya que si en un plazo de seis semanas a partir de haber iniciado el procedimiento no emiten una resolución, la Autoridad Central o el solicitante podrán pedir una declaración que justifique su demora (artículo 11).

Por último, según lo dispuesto en el artículo 26:

Las Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cargo alguno en relación con las solicitudes presentadas en virtud de los dispuesto en la presente Convención ni exigirán al solicitante ningún pago por las costas y gastos de proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.

2. Procedimiento conforme a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores

Como observaremos durante este apartado el procedimiento a seguir convencionalmente es muy parecido en ambos convenios. No obstante, el hecho de que el Convenio Interamericano sobre Restitución es posterior al de La Haya sobre Sustracción de Menores.

La primera diferencia que encontramos entre ambos convenios es en cuanto al uso de los términos “sustracción” y “restitución”. Como podemos observar mientras que el Convenio Interamericano sobre Restitución utiliza el término “restitución”, el de La Haya sobre Sustracción usa el término “sustracción”, el cual creemos es más acertado, ya que hace referencia al acto mismo

de sustraer a los menores; mientras que la restitución se refiere a la consecuencia lógico-jurídica que se da después de que los menores son sustraídos.

Estimamos conveniente empezar analizando el procedimiento especial para la restitución internacional de menores y sus elementos. Este instrumento establece normas que regulan la cooperación internacional en esta materia, entre las cuales encontramos las siguientes:

- Las personas que pueden instaurar el procedimiento de restitución son aquellos sujetos o instituciones que ejercen el derecho de custodia (artículos 4 y 5).
- Son competentes para conocer sobre la solicitud de restitución las autoridades judiciales o administrativas del Estado de residencia habitual del menor antes del traslado. No obstante, en casos de urgencia puede conocer la autoridad del Estado parte en cuyo territorio se encuentre o se supone se encuentre el menor (artículo 6).
- Con fundamento en esta convención, los Estados contratantes deben establecer una Autoridad Central (SRE en el caso mexicano), que deberá colaborar con las autoridades competentes de los respectivos Estados para garantizar la localización, la restitución del menor y los otros objetivos de la convención (artículo 7).
- El procedimiento de restitución podrá ser ejercitado a través de exhorto o carta rogatoria, mediante solicitud a la Autoridad Central directamente o por medio de la vía diplomática o consular (artículo 8). De igual manera, el artículo 9 establece los requisitos que debe contener la solicitud de restitución.
- La Autoridad Central y demás autoridades competentes deberán tomar las medidas necesarias para la devolución voluntaria del menor, y en el caso de que la restitución no se dé voluntariamente se prevé que el Estado requerido tome las medidas necesarias para la custodia provisional de éste, impidiendo su salida del territorio (artículo 10).

- En cuanto a la negativa de restitución tenemos que el artículo 11 establece que la autoridad competente podrá oponerse a la restitución si demuestra que: “a) los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad al traslado o retención; b) existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico, y c) con base a la madurez y opinión del menor, éste se opone a regresar”. Derivado de lo anterior, la autoridad competente deberá evaluar las pruebas de la parte opositora para fundar la negativa (artículo 12), mediante un juicio llevado en el estado requerido.⁶⁸ Ahora bien, las autoridades competentes del Estado requerido no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda del menor (artículo 16).
- El plazo establecido para que la autoridad competente dicte su resolución es de 60 días siguientes a la recepción de la oposición (artículo 12). Ahora bien, una vez tomada la resolución, el Estado requirente tendrá un plazo de 45 días para tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, de no ser así quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas (artículo 13).
- El Estado requerido podrá negar la restitución cuando se violen los principios fundamentales establecidos por este Estado o los principios consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño (artículo 25).
- Por último, este instrumento establece un organismo especializado que coordinará las actividades de las autoridades centrales, y cooperará con otros organismos internacionales competentes en la materia (artículo 27).

⁶⁸ Básicamente este juicio es llevado conforme a la normativa interna del Estado requerido. Esto con la finalidad de garantizar los derechos de audiencia consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

III. COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

1. *Introducción*

Cabe señalar que con respecto a los países no vinculados con México por algún tratado sobre restitución o sustracción de menores, éstos se regularán de acuerdo con las normas del derecho internacional privado interno mexicano.

Por ello, en el presente apartado analizaremos cómo es que los Estados no parte de la Convención de La Haya ni del Convenio Interamericano, solicitan a México la restitución de menores, es decir, nos preguntamos cómo es que México da solución a los casos de restitución de menores, cuando no puede hacer uso de ninguno de los convenios mencionados anteriormente, derivado del hecho de que el Estado solicitante no es Estado parte de ninguno de los convenios.

Comenzaremos por analizar dos aspectos: primero, analizaremos los principales aspectos de la cooperación internacional; segundo, haremos alusión al instrumento más conocido en la cooperación: la carta rogatoria o exhorto.⁶⁹

Como sabemos, cada uno de los Estados tiene monopolizada para sí la función jurisdiccional. Sin embargo, en este tiempo es imposible impartir justicia sin tomar en consideración la influencia que algunos acontecimientos tienen fuera y dentro del territorio de un Estado. Todo empezó cuando se hizo necesario practicar ciertos actos procesales en un territorio diferente de aquel en donde se llevaba el proceso. De ahí que comenzaran las discusiones en torno a la firma de instrumentos internacionales encaminados a obtener asistencia judicial internacional, mejor conocida actualmente como cooperación internacional.⁷⁰

⁶⁹ Véase Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional sobre el proceso. Proceso civil y comercial*, McGraw-Hill, México, 1987.

⁷⁰ Véase Conferencia Permanente de La Haya en Derecho Internacional Privado, capítulo 2.

Como primer punto tenemos que la cooperación internacional implica que haya dos Estados, uno en el que se lleva el proceso y otro en el que se debe practicar una actuación procesal. Segundo, cada uno de estos Estados tiene sus propias leyes y órganos de gobierno, motivo por el cual se requiere el consentimiento de ambos Estados para resolver con justicia un litigio. Tercero, ninguno de los ordenamientos jurídicos se encuentra sueditado al otro, sino que la cooperación de cada Estado es una decisión soberana.⁷¹

De lo anterior se desprende que el Estado que va a cooperar debe establecer los mecanismos por medio de los cuales auxiliará a un proceso seguido en el extranjero. México consta de un sistema político federal; por tanto tiene leyes federales pero también locales, las de cada entidad federativa. De ahí, que conforme al artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, “las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. De lo anterior se desprende que la facultad para legislar sobre cooperación internacional le corresponda a los Estados, ya que en ningún lugar la Constitución concede expresamente al Congreso de la Unión esta facultad.

Los sujetos más relevantes que participan en el derecho cooperacional son: el que solicita la cooperación (sujeto requirente) y el que la otorga (sujeto requerido). Ahora bien, para disminuir el tiempo en las comunicaciones por medio de la Conferencia de La Haya se creó la figura de autoridad central. La autoridad central es una instancia de gobierno designada por cada uno de los Estados ratificantes que se encarga tanto de enviar como de recibir peticiones de cooperación, es decir, a través de ella son canalizadas las peticiones, con la seguridad de que éstas van a ser retransmitidas a las autoridades competentes en el extranjero. Además de la conducción de comunicaciones, la autoridad central sirve para presentar ante las autoridades competentes las cartas rogatorias

⁷¹ En este sentido, la política que gira alrededor de la cooperación internacional es otorgar la cooperación, no negarla, esto es, *in favor cooperationis*.

o exhortos procedentes del extranjero. En el caso mexicano, la Secretaría de Relaciones Exteriores, en concreto, la Dirección de Asuntos Jurídicos es la autoridad central designada en la materia que nos ocupa.

En cuanto a los procesos de cooperación internacional tenemos que existen los siguientes tipos de procedimientos: preprocesales, mediante los cuales se prepara un juicio; intraprocesales, que consisten en otorgar cooperación en un proceso que ya se encuentra en trámite, y por último los procedimientos posprocesales, que se centran en que se reconozca o se cumpla una resolución pronunciada en el extranjero. De lo anterior se desprende que en un caso de restitución de menores, México permite que se lleven acabo procedimientos intraprocesales y posprocesales. En el caso de los procedimientos preprocesales, la ley mexicana no los acepta; no obstante, permite que se escuchen testigos en un proceso de este tipo que se va a seguir en el extranjero.

En este sentido, normalmente, una restitución de menores en la cual no existe un instrumento convencional que vincule a ambos Estados, se lleva acabo por medio de mecanismos conocidos por el nombre de exhortos o cartas rogatorias. De acuerdo con Jorge Alberto Silva, el exhorto o carta rogatoria es: “Una petición proveniente de una autoridad que se dirige a un órgano de autoridad ubicado en diverso foro, pidiéndole su cooperación para cumplimentar un acto necesario en un proceso o la ejecución de la sentencia pronunciada”.⁷²

Ahora bien, el exhorto o carta rogatoria se fundamenta tanto en el derecho convencional como en el derecho interno. En cuanto al primer ámbito, México es suscriptor de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (*DOF*, 25 de abril de 1978) y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (*DOF*, 28 de abril de 1983). Por otro lado, existen otros acuerdos relacionados con el exhorto, como por ejemplo la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (*DOF*, 11 de septiembre de 1968).

⁷² Silva, Jorge Alberto, *cit.*, p. 302.

En el derecho interno, el reconocimiento de sentencias extranjeras y los mecanismos cooperacionales señalados se encuentran regulados prácticamente por todos los Códigos de Procedimientos Civiles de las entidades federativas, incluido el Distrito Federal.

2. Procedimiento

El procedimiento comienza cuando uno de los progenitores acude al juez de la residencia habitual del menor para informarle que éste ha sido sustraído y que por lo tanto solicita que se le restituya al menor. Por su parte el juez, al tener conocimiento de que no existe un instrumento convencional de restitución que vincule a ambos Estados, procede a solicitar la restitución del menor, por medio de un exhorto o carta rogatoria dirigida al Estado en el que se supone se encuentra el menor. A partir de este momento todas las acciones del juez estarán encaminadas a elaborar la carta rogatoria o exhorto. Entre las cuales encontramos la elaboración de formularios, traducciones y legalizaciones,⁷³ entre otras. Una vez que el órgano exhortante ha enviado al órgano exhortado la carta rogatoria, que en el caso de México es el Departamento de Exhortos de la Dirección General Jurídica de la SRE, ésta procede a enviarle el exhorto a la autoridad competente, que en todo caso es un juez mexicano, para que revise si el asunto compete a los órganos mexicanos; si no, podrá rechazar la petición.

Ya hechas las revisiones mencionadas, el juez exhortado estará en posibilidad de iniciar un procedimiento en el cual localizará y tomará todas las medidas necesarias para la restitución del menor. Durante este procedimiento ambas partes tienen la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas con la finalidad de probar las razones por las cuales es necesario que se restituya al menor, o en todo caso los motivos por los cuales no se debe restituir. Como

⁷³ Cabe mencionar que en el caso mexicano quedan exentos de legalización los exhortos de países firmantes de la Convención de La Haya por la que se suprime el requisito de legalización de los documentos públicos extranjeros.

hemos explicado anteriormente, este procedimiento tiene como fin último que el juez tenga conocimiento de la situación real que vivía el menor, para que de esta manera pueda resolver procurando una mayor protección al interés superior del menor, así como asegurar que no se violen las garantías de audiencia consagradas en la Constitución, permitiendo al demandado defenderse y oponerse a la restitución del menor.

Como podemos observar, durante el ofrecimiento de pruebas cualquiera de las partes puede probar que los derechos de guarda y custodia le habían sido otorgados por medio de una resolución judicial. Sin embargo, dicha resolución dictada por la autoridad competente del país extranjero sólo sirve de prueba para demostrar que los derechos de guarda y custodia otorgados a uno de los progenitores han sido violados. En este orden de ideas, el juez mexicano en ningún momento se detiene a examinar el fondo de la cuestión, sino que solo se limita a decidir si procede o no la restitución.

Sobre este punto en particular quisiéramos aclarar que lo que se solicita al juez por medio del exhorto es que restituya al menor. En ningún momento se le pide que reconozca para que surta efectos en nuestro país, la resolución extranjera que otorgó a alguno de los progenitores los derechos de guarda, custodia o visita, pues es a partir del procedimiento llevado a cabo por el juez mexicano, que éste decide si el menor será o no restituído al lugar de su residencia habitual, independientemente de la existencia de dicha resolución extranjera que solo sirve de prueba durante el procedimiento judicial mexicano.

Ahora bien, una vez que han sido ofrecidas y desahogadas todas las pruebas, el juez mexicano culminará el procedimiento con una resolución que rechace o acepte la solicitud de restitución. Por último, el órgano exhortado debe informar al órgano exhortante si rechazó la diligencia que fue solicitada o bien lo que resultó de ésta.

Como podemos observar, se resumió de manera muy general el procedimiento a seguir en un caso de restitución de menores por

medio de carta rogatoria o exhorto, ya que la restitución de menores no es comúnmente solicitada por estos mecanismos de cooperación internacional, sino que generalmente se hace por medio de instrumentos convencionales. Sin embargo, consideramos importante mencionar cómo es que se resuelve una restitución internacional de menores cuando México no está vinculado convencionalmente con el Estado que pide la restitución del menor.