



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA**

**FACULTAD DE DERECHO-MEXICALI**



**RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES**

**Trabajo Terminal que para obtener el Diploma de**

**ESPECIALIDAD EN DERECHO**

**Presenta:**

**Lic. Luz Adriana Mota Picazo**

**Asesor:**

**Mtra. María del Refugio Macías Sandoval**

**Mexicali, Baja California, México**

**Marzo de 2009**

## **DEDICATORIA**

Dedico este trabajo a la maestra titular de esta materia Licenciada María del Refugio Macías Sandoval, en especial agradecimiento por todos los conocimientos y apoyo que demostró durante la realización del mismo.

A mis padres, que como siempre me brindaron todo su apoyo a fin de que pudiera realizar mi trabajo. A mis hermanas, y en especial a mi querida Viridiana que emocionada escuchaba las investigaciones nuevas que encontraba y que por supuesto me apoyó para buscar más información en la red. Los amo

A mis compañeros de la especialidad que con sus aportaciones y apoyo, me fortalecieron para que investigara sobre las dudas que surgían en relación a la sustracción internacional de menores, mi trabajo.

Al Juez Segundo de lo Familiar del Partido Judicial de Tijuana, Licenciado Gustavo Adolfo Villarespe Muñoz, quien me brindó parte de su tiempo para despejar mis dudas y explicarme parte de sus experiencias, el procedimiento de restitución y me manifestó su opinión respecto al mismo.

Finalmente, pero no menos importante a DIOS que me permitió culminar un proyecto más de mi vida profesional.

## ÍNDICE

<b>Introducción</b>	05
---------------------	----

### **Capítulo 1**

#### **Conceptualización básica acerca de los menores de edad**

1.1 Concepto de menor de edad	07
1.2 Interés superior de los menores	09
1.3 Residencia habitual del menor	13
1.4 Sustracción internacional del menor	16
1.5 Restitución internacional del menor	18

### **Capítulo 2**

#### **La protección a los menores de edad**

2.1 Instituciones protectoras de menores de edad	20
2.1.1 Tribunal Superior de Justicia de los Estados	20
2.1.2 Desarrollo Integral de la Familia	21
2.2 Normatividad Internacional	21
2.2.1 Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores	22
2.2.1.1 Ámbito de aplicación material	23

2.2.1.2	Ámbito de aplicación espacial	.	.	.	.	21
2.2.1.3	Ámbito de aplicación temporal	.	.	.	.	27
2.2.2	Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de los Menores	.	.	.	.	29
2.2.2.1	Ámbito de aplicación material	.	.	.	.	29
2.2.2.2	Ámbito de aplicación espacial	.	.	.	.	31
2.2.2.3	Ámbito de aplicación temporal	.	.	.	.	33
2.2.3	Convención sobre los Derechos del Niño	.	.	.	.	35

### **CAPÍTULO 3**

#### **Sustracción y restitución Internacional de menores**

3.1	Generalidades en el Procedimiento de la Restitución Internacional de menores de acuerdo a la Convención de la Haya	.	.	.	.	38
3.2	Procedimiento de la Restitución Internacional de menores de acuerdo a la Convención de la Haya	.	.	.	.	40
3.3	Procedimiento de Restitución Internacional de menores de acuerdo a la convención Interamericana	.	.	.	.	47
3.4	Procedimiento de restitución internacional de menores llevada a cabo ante la autoridad judicial	.	.	.	.	50
	<b>CONCLUSIONES</b>	.	.	.	.	52
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	.	.	.	.	54

## INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es analizar la protección que reciben los menores en el plano internacional, México-Estados Unidos de Norteamérica, al ser trasladados a otro estado el cual no es su residencia habitual, así como exponer la normatividad de la que México forme parte en el ámbito internacional.

El trabajar en un Juzgado de lo Familiar, fue lo que me impulsó a estudiar el tema de restitución internacional de menores, al ser dicha figura, el de la restitución, un problema muy común, aún más cuando es internacional existe poca información, o bien profesionistas que tienen poca información acerca del tema.

El determinar si en la realización de la restitución internacional de los menores, se protege el interés superior del menor es fundamental en el estudio de este trabajo ya que los menores de edad poseen ciertas cualidades y características que los hacen vulnerables a sufrir violaciones a sus derechos más importantes, pasando por alto su interés superior, al ser sujeto de secuestro por alguno de sus padres y en consecuencia someterse a un cambio de residencia habitual.

A nivel nacional como internacional, existen instituciones que protegen los derechos de los menores de edad, así como leyes que se encargan de hacer cumplirlos, todo ello a fin de velar por los derechos de los niños al momento de

ser trasladados o retenidos ilícitamente por algunos de sus progenitores, todo ello a fin de favorecer la restitución de los menores de una forma adecuada.

Dos son los convenios que serán analizados durante el estudio de este trabajo, los cuales tienen como característica esencial el velar por los intereses del menor al momento de restituirlo a su estado de origen; con la ayuda de autoridades tanto administrativas como judiciales, ya que los procedimientos establecidos tienen un carácter sumario por tratarse de una medida urgente que no implica resolver el fondo del negocio.

En el caso de Baja California, México y el Estado de California, de los Estados Unidos de Norteamérica, aunque son estados vecinos, no dejan de estar lejos para el menor que es restituido con el padre o madre que aunque cuente con su apoyo crea cierto impacto para el menor que hasta entonces se había desarrollado en un lugar diferente desde gente, cultura e idioma. Por lo que se debe determinar si México está defendiendo los derechos e intereses de los menores al decretarse la orden de la restitución; así como si se está dando cumplimiento y efectividad al principio del interés Superior del menor. En la ciudad de Tijuana, como ciudad fronteriza, se debe hacer todo lo posible, no solo por proyectar una buena imagen al resto del país y al exterior sino por contar con los instrumentos internacionales para conseguir dichos objetivos.

## CAPÍTULO 1

### CONCEPTUALIZACIÓN BÁSICA ACERCA DE LOS MENORES DE EDAD

Los menores de edad poseen ciertas cualidades y características que los hacen vulnerables a sufrir violaciones a sus derechos más importantes, pasando por alto su interés superior, al ser sujeto de secuestro por alguno de sus padres y en consecuencia someterse a un cambio de residencia habitual.

#### 1.1 CONCEPTO DE MENOR DE EDAD

En términos generales, un menor de edad es, legalmente, un individuo que aún no ha alcanzado la edad adulta. Sin embargo, no existe unanimidad a la hora de establecer una edad; Berraz afirma que “a pesar de la carencia de un criterio uniforme respecto del tema, plantea una situación contradictoria y marcan una suerte de desprolijidad en la labor de las CIDIP (Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado)... Más allá de tener presente lo arduo que resulta desarrollar una labor como la desempeñada, entendemos que el proceso de codificación encarado por las CIDIP deberían guardar uniformidad en cuanto a las calificaciones adoptadas. Ello, a pesar de entender que se trata de cuestiones distintas y de que, a nuestro criterio, la edad de dieciocho años resultaría la más apropiada.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Berraz, C. *La protección internacional del menor en el derecho internacional privado*, Argentina, UNL, 2000, p.56.

Se pueden distinguir dos categorías de tratados que sitúan la minoría de edad bien en los dieciséis años o bien en los dieciocho.

En primer lugar la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores (artículo 2) y el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (artículo 4), que sitúan al menor en aquella persona que no haya cumplido dieciséis años de edad. En este sentido señala la doctrina argentina que “la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, adopta la solución de la Haya, fijando el límite de los dieciséis años; por entender que la uniformidad asegura la efectividad de los instrumentos internaciones, sin que esto importe inmiscuirse en los asuntos de jurisdicción doméstica.”<sup>2</sup>

En segundo lugar, existe un grupo de instrumentos que a su vez puede clasificarse en dos, a saber: aquellos que señalan explícitamente la edad de dieciocho años y aquellos que lo hacen por referencia al instrumento convencional al que acompañan y complementan. Entre los que señalan explícitamente esa edad se encuentra la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (artículo 2) y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada (artículo 3). Entre los instrumentos que no señalan explícitamente la edad de dieciocho años encontramos el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la Prostitución Infantil y

---

<sup>2</sup> Blumkin, S.B. *La sustracción internacional de menores*, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 55, núm. 1, 1995, p.32.

la Utilización de los Niños en la Pornografía. Ahora bien, la Convención que da sentido a este protocolo: la Convención de los Derechos del Niño, define en su artículo 1, que se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Derivado de lo anterior estimo lógico entender por menor para este protocolo quien no haya cumplido la edad de dieciocho años.

Por otro lado, en muchos países occidentales, la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años. Sin embargo es habitual que existan salvedades para ciertos casos: por ejemplo, en Estados Unidos, se puede conducir automóviles desde los quince años. Ser llamados a las fuerzas armadas a los dieciocho, comprar cigarrillos a los dieciocho, y alcohol a los veintiuno.

## **1.2 INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES**

De acuerdo a Kemelmajer<sup>3</sup>, el interés superior del niño es el reconocimiento pleno de sus derechos.

Sin embargo, se ha discutido si el término más apropiado es el de interés superior o mejor interés. Para algunos se entendió que éstas eran expresiones similares; desde otro sector se señaló que el primero traduciría el peligro de dar una idea de superioridad absoluta sobre los demás intereses. Unánimemente se ha destacado el carácter de principio general de derecho, del interés superior del niño. Asimismo se ha señalado que se encuentra plasmado en varias convenciones internacionales y constituciones nacionales y locales, que

---

<sup>3</sup> Kemelmajer de Calucci, Aída (Coord.). *El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas*, Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p.284.

delinean el interés del niño frente a los demás intereses, el Juez (de lo familiar) es, en última instancia, quien lo deberá aplicar en el caso en concreto.

En la determinación de los intereses del niño entran en juego las peculiaridades socioculturales de cada uno de los países. Debe lograrse, pues, una concepción integral de los derechos del niño, contando con los aportes de prevención de las disciplinas extra jurídicas tales como psicología, antropología, psiquiatría, sociología, etcétera.

Para hacer efectivos los derechos del niño es necesario crear instrumentos procesales que le otorgan las posibilidades de hacerlos valer, tales como una acción específica de amparo para el niño o adolescente, o el planteamiento de la nulidad relativa del proceso cuando este último no ha sido oído durante el trámite judicial.

Sin embargo, no deja de ser un concepto jurídico indeterminado, en el informe explicativo de la profesora Elisa Pérez Vera relativo al Convenio de Sustracción se dice que: "... se podría argumentar que el objetivo convencional relativo al retorno del menor debería estar siempre subordinado a la toma de consideración de su interés."<sup>4</sup> A este respecto se ha puesto de manifiesto con razón que la norma jurídica que descansa sobre el interés superior del menor es, a primera vista, de tal imprecisión que parece más que un paradigma social que una norma jurídica concreta.

La parte dispositiva del convenio no contiene referencia explícita alguna al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste

---

<sup>4</sup> Cfr. Vargas Gómez Urrutia. M., *El interés del menor como principio inspirado en el derecho convencional de la conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, Revista de Derecho Privado, México, año 10, núm. 28, 1999, p.109

en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos ilícitamente. No obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan. Entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona.

Este concepto aparece recogido en los convenios que protegen al menor, como piedra angular y principio insustituible de dicha protección. En ese sentido, se encuentran por ejemplo, los artículos 3.1, 9.1, 18.1, 20.1 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el Preámbulo artículos 1.a) y 4.b) del Convenio sobre Protección de Menores y Cooperación en materia de Adopción Internacional; los artículos 14 y 19 de la Convención Interamericana sobre la Ley aplicable a las Adopciones Internacionales; Preámbulo, artículos 1, 6 y 11, del Convenio Interamericano sobre Tráfico Internacional del Menor; Preámbulo del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Se puede establecer un mínimo común denominador respecto de los convenios mencionados, independientemente del foro del que provengan, y señalar dos características íntimamente unidas.

Primera, que en todos ellos se materializa el “interés superior del menor”, bien explícita o implícitamente. Concepto que actúa como un filtro de control para una adecuada y justa aplicación e interpretación de éstos instrumentos convencionales. Así, el interés del menor debe conducir al aterrizaje justo y real

del contenido convencional. A pesar de estar, indiscutiblemente, ante un concepto jurídico indeterminado, se puede afirmar que existen unos parámetros mínimos dentro de los cuales se puede mover este concepto. En este sentido, estimo que puede ser la estabilidad emocional y afectiva del menor, el respeto a su centro de vida, a sus decisiones cuando se le presupone cierto grado de madurez, el evitar rupturas bruscas e innecesarias en su entorno familiar y el amistoso o el mantener un nivel de vida parecido al que el menor tenía. En definitiva, el cuidado del desarrollo integral de su personalidad.

Uriundo de Martineli<sup>5</sup> señala a propósito de la figura del tráfico que el interés superior del menor desplazado consiste en volver al lugar en que tenía su residencia habitual coincidiendo con el interés superior del niño que pudiera proclamarse en la figura de la restitución.

Una segunda característica, derivada de lo anterior, supone que en todos los convenios se encuentran normas materialmente orientadas. La existencia y justificación de estas normas orientadas a la clara protección de una de las partes de la relación jurídica gira en torno a la existencia de una parte débil en la relación jurídica. Lo anterior constituye una clara tendencia a proteger al menor y de nuevo a materializar el interés del menor.

Sin duda este principio en la protección del menor es considerado como de aplicación imperativa e inmediata de obligatorio respeto y cumplimiento. Como bien señala Santos Balandro<sup>6</sup> esta norma debe ser considerada como una

---

<sup>5</sup> Uriundo de Martinoli, A. *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de menores-CIDIP*, V, México, 1994, p. 177.

<sup>6</sup> 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.

regla fundamental de jerarquía superior a cualquier otra, ya sea una regla de conflicto, o una norma o un criterio sustantivo y a la cual deben amoldarse todas las demás a fin de proporcionarles la mayor eficacia.

### **1.3 RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR**

La residencia habitual del menor adquiere la característica de norma indirecta, ya que ésta determina que serán los tribunales o la autoridad central del estado de la residencia habitual del menor, quienes avalarán en primer lugar la existencia del traslado o retención ilícita.

La residencia habitual es una noción familiar para la Conferencia de la Haya, donde se entiende como una cuestión de hecho que debe ser diferenciada especialmente de la noción del domicilio. Esta es concebida como un concepto autárquico, y no subsidiario, sino principal en el ámbito de la Convención de la Haya, contrariamente a lo que ocurre en el derecho argentino que contempla al domicilio como punto de conexión principal, siendo la residencia una conexión subsidiaria que se aplicará en ausencia del domicilio. De lo que se concluye, que el término domicilio, en la aplicación del Convenio, no existe.

Es decir, el Convenio de la Haya, no ofrece ninguna definición de este término, éste se determinará conforme a la norma material del ordenamiento jurídico del Estado que en concreto se esté haciendo mención. Las ventajas que ofrece el punto de conexión residencia habitual pueden resumirse en proximidad y realismo. Como afirma la doctrina se trata de una conexión que viene a

quebrar la tradicional disyuntiva entre nacionalidad (adoptada por los países europeos) y domicilio (elegida en general por los estados americanos), se revela como el lugar en el que aquél se encuentra efectivamente, reflejando la realidad de su situación, que puede tener muy poco que ver con el Estado del que es nacional o aquél en el que tiene su domicilio legal (que es el de sus representantes legales).<sup>7</sup>

La residencia habitual aparece en otros convenios de la Haya, en relación con el estatuto personal pero no limitado a ello.

Así el convenio de 5 de octubre de 1961 sobre conflicto de leyes en materia de forma de las Disposiciones Testamentarias aceptaba la validez formal de tales disposiciones si, en otros criterios, la forma era acorde con la forma en que el testador tuvo su residencia, bien en el momento de testar, bien en el momento de morir.

De forma similar, el Convenio sobre regulación de las Autoridades y Ley aplicable a la Protección de Menores mantenía en primer término la aplicación de la Ley nacional, pero aceptaba la aplicación de la Ley de la residencia habitual del menor para determinar las condiciones relativas al establecimiento, modificación y finalización de varias fases de las medidas protectoras, la regulación de las relaciones entre el menor y las instituciones o personas responsables de él, así como su efecto en relación con terceras personas: de forma resumida, todas las cuestiones relativas a la administración de la persona y los bienes del menor.

---

<sup>7</sup> González Pedrouzo, C., *Aproximación al Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Revista de la facultad de derecho, Uruguay, núm. 18, 2000, p.21

Los únicos aspectos reservados a la Ley nacional eran los relativos a la autoridad con que se investía a una persona o institución en relación con el menor, como el derecho de custodia o la determinación de la residencia. Relaciones que requerían de la intervención de una autoridad administrativa o judicial, por ejemplo, la necesidad de autorizar un acuerdo en la administración legal sigue siendo un problema a resolver mediante la Ley de la residencia habitual del menor.

La diferencia entre domicilio y residencia es altamente controvertida en los países de la Europa continental. Como he enfatizado, el domicilio es un concepto legal, mientras que la residencia es un mero dato de hecho. La residencia se usa habitualmente para determinar la jurisdicción, ingresos de la Seguridad Social y motivos electorales. Aún cuando puede certificarse por Registros Públicos, a veces debe ser determinada por los Tribunales.

Algunos sistemas legales, entre ellos el italiano, se refieren simplemente a la residencia (identificando el lugar habitual); otros a la residencia habitual. Éste último es el concepto que nos interesa.

El concepto de residencia habitual posee un considerable elemento subjetivo que requiere investigar «la mente de las personas» por cuanto hace referencia a lo que consideramos «hogar». Este elemento subjetivo es extremadamente importante por cuanto permite distinguir la residencia de la mera presencia. A veces conlleva una intervención judicial. La decisión de los tribunales es necesaria para determinar si y dónde se encuentra la residencia habitual de una persona, cuando existe un conflicto al respecto. Para justificar su

competencia, los Tribunales deben determinar dónde se encuentra la residencia habitual de una persona y los tribunales, en este caso los italianos, deben regular los efectos en relación con los terceros del cambio de residencia.

La residencia habitual, sin embargo, adquiere relevancia en aquellas situaciones en que las circunstancias del caso requieran una protección especial del individuo, como vemos en tratados internacionales como el Convenio de la Haya en materia de Secuestro de Menores (1985), que protege a los menores que tengan su residencia habitual en el país.

En materia de relaciones familiares, la residencia, entendida como residencia habitual, es susceptible de evitar los problemas relacionados con su determinación. Por ello, parece recomendable desde el punto de vista de su predictibilidad y del respeto por el entorno social de una relación legal.

#### **1.4 SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DEL MENOR**

Varios son los conceptos con que de manera indistinta se da a conocer esta figura; encontramos los términos restitución, sustracción, retención o secuestro. Términos que será usados en el presente trabajo.

Para Pereznieto<sup>8</sup>, la sustracción internacional es el caso de un menor cuya residencia habitual se encontraba en un estado y fue trasladado ilícitamente a otro estado diferente.

Este acto lo realiza y materializa uno de los progenitores, en franca violación de los derechos de guarda, custodia y/o visita.

---

<sup>8</sup> Pereznieto Castro, L., *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial, México, Oxford, 2000, p.188.

La internacionalidad de la sustracción del menor viene originada por la implicación de dos o más estados (el de origen y el de destino) en ese acto jurídico ilícito. Puede llegar a intervenir un tercer estado (estado de tránsito); sin embargo, la internacionalidad se origina con la sola implicación de dos estados, entes soberanos.

La ilicitud del traslado o la retención, de conformidad con la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, artículo 3, se origina cuando:

A) se haya 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. B) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

En parecidos términos se expresa la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional del Menor en cuyo artículo 4 se afirma que: se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

El hecho de que se determine y conceptualice por los convenios dichos términos no busca más que el objetivo de evitar a toda costa las diferentes

interpretaciones y puntos de vista, personal o jurídico, que las distintas jurisprudencias de los Estados parte puedan tener sobre este concreto término.

Respecto a este término, el informe explicativo de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Restitución de Menores, señala que:

...ha parecido aconsejable utilizar el término sustracción en el título del Convenio, debido a su uso habitual en los medios de comunicación y a su resonancia en la opinión pública. No obstante para evitar cualquier equivoco, el propio título precisa, como lo hacía ya el título del anteproyecto, que el convenio solo tiene por objeto regular los aspectos civiles del fenómeno en cuestión... Es preciso reconocer que los términos utilizados, en el título, a pesar de su falta de rigor jurídico, poseen un poder evocador y una fuerza que llama la atención, algo que es fundamental.

## **1.5 RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DEL MENOR**

Cuando se habla de restitución internacional, se hace referencia, *stricto sensu*, a la “consecuencia lógica y esperada de la acción de sustracción y/o retención o secuestro ilegal de un menor.”<sup>9</sup> Es la acción estatal esperada y deseada ante la comisión de estos actos. Así tenemos la acción (secuestro, retención o sustracción) y la reacción (restitución), estamos ante una relación causa-efecto. Concepto al que abordaré más adelante.

De los conceptos asentadas en este capítulo se trata de entender cuáles son las figuras a tratar en el resto del presente trabajo, partiendo del punto de

---

<sup>9</sup> *Ibid*, p.38

que lo importante sobre todo serán los menores y la protección sobre todo al interés superior del mismo.

## **CAPITULO 2**

### **LA PROTECCIÓN A LOS MENORES DE EDAD**

A nivel nacional como internacional, existen instituciones que protegen a los menores de edad, así como leyes que se encargan de hacerlas cumplir, todo ello a fin de velar por los derechos de los niños al momento de ser trasladados o retenidos ilícitamente por algunos de sus progenitores y en consecuencia favorecer la restitución de los menores de una forma adecuada.

#### **2.1 INSTITUCIONES PROTECTORAS DE MENORES DE EDAD**

##### **2.1.1 TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS**

Los Tribunales o Jueces autorizados para atender casos de la Convención, a nivel federal es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Colegiados de Circuito y los Juzgados de Distrito. La Suprema Corte es el más alto tribunal del país. Los colegiados de Circuito atienden casos de apelación y casos de amparo. Los juzgados de Distrito son tribunales de jurisdicción ordinaria, atienden casos de amparo en primera instancia.

Los tribunales de los estados varían de estado a estado pero generalmente están organizados de la siguiente manera: Tribunal Superior de Justicia y Tribunales de Primera Instancia. Las solicitudes referidas en la Convención se envían al Presidente del Tribunal del Tribunal Superior del estado

en donde se encuentra el menor. El presidente del tribunal asignará el caso a un Juez familiar.

### **2.1.2 DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA**

En México existe una organización denominada Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF). Esta organización tiene un mandato especial y es responsable del desarrollo económico y social de la familia y provee asistencia gratuita legal y de otro tipo para familias, menores, ancianos, minusválidos e incapacitados.

El DIF es una entidad nacional administrada por los gobiernos, federal, estatal y municipal. La Secretaría de Relaciones Exteriores de México firmó un acuerdo con los DIF (veintinueve estados) para intervenir en las actuaciones legales en la Haya. No hay un acuerdo con el DIF de la ciudad de México, pero en este caso el DIF nacional intervendrá en las actuaciones en la convención. Una copia de la solicitud y del pedido formal es enviado al DIF del estado donde se encuentra el menor. El abogado del DIF será responsable del bienestar del menor, hablará con el Juez y un representante del DIF asistirá a la audiencia en el tribunal. Las solicitudes deben ser remitidas a la autoridad Central Federal en la Secretaría de Relaciones Exteriores y es la autoridad Central Federal la que preparará las solicitudes tanto para la justicia mexicana como para la autoridad Central extranjera.

### **2.2 NORMATIVIDAD INTERNACIONAL**

## **2.2.1 LA RATIFICACION POR MEXICO DE LA CONVENCION DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES**

La Cámara de senadores del Congreso de la Unión aprobó la Convención de la Haya el 13 de diciembre de 1990. Esta aprobación fue publicada el 14 de enero de 1991 en el Diario Oficial de la Federación.

El instrumento de ratificación fue firmado por el Presidente el 29 de enero de 1991 y depositado en la Haya el 20 de junio de 1991.

El Presidente, en cumplimiento de la obligación que emana del artículo 89 fracción I de la Constitución, promulgó el 3 de febrero de 1992 la Convención que fue publicada con la firma del Secretario de Relaciones Exteriores en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1992.

El 1 de septiembre de 1991 México se convirtió en el vigésimo Estado contratante de la Convención (el cuarto estado en adherirse a ella, pero con 16 estados que la habían ratificado previamente).

El informe explicativo de la profesora Elisa Pérez Vera (en adelante informe explicativo) del 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 décimo cuarto período de sesiones de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, por unanimidad de los estados presentes. El 25 de octubre de 1980, los delegados firmaron el acta final del período de sesiones que incorpora el texto del Convenio y una recomendación

que tiene un formulario modelo de las demandas de retorno de los menores desplazados o retenidos de forma ilícita.<sup>10</sup>

Sobre esta recomendación, el informe explicativo solventa dos puntos en concreto, a saber: su valor jurídico, así como su ámbito de aplicación.

Respecto al primer aspecto señala: una recomendación es en esencia una invitación no vinculante dirigida por una organización internacional a unos, varios o todos los Estados miembros. Por consiguiente, los estados no están obligados *strictu sensu* a utilizar el formulario modelo contenido en esa recomendación: incluso se ha puesto gran cuidado en evitar presentarlo como anexo al convenio.

Respecto al segundo; “el formulario propuesto se limita a ofrecer una solicitud modelo con vistas al retorno del menor.”<sup>11</sup>

### **2.3.1.1 *Ámbito de aplicación material***

Los objetivos primordiales de este instrumento convencional, destacamos, de conformidad con el artículo 1 que son: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

Este artículo merece dos comentarios; primero, el deseo de protección de la persona del menor, a través de la defensa del interés superior de éste, no siempre se refleja en una restitución inmediata del menor, lo anterior supone un

---

<sup>10</sup> <http://hcc.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf> párrafo 1, 19 de marzo del dos mil siete.

<sup>11</sup> *Ibid*, párrafo 48 y 49.

examen casuístico. Este interés superior del menor sí se refleja en el hecho en el hecho de otorgar facilidades en el reconocimiento de decisiones judiciales.<sup>12</sup>

“A mi juicio, el objetivo indirecto que persigue este instrumento se destina a evitar un mal uso o un uso fraudulento de los derechos de guardia, custodia y visita, estableciendo la necesaria y existente relación entre la figura de la sustracción y los derechos de visita”.<sup>13</sup>

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

“...la versión castellana ha adoptado un sustantivo más neutro que el que correspondería a la traducción literal de los términos utilizados en las versiones oficiales inglesa y francesa *abduction* y *énlevement*. En efecto, estos términos corresponden al término castellano “secuestro” que en su acepción normal tiene connotaciones penales que podrían dar lugar a equívocos, teniendo en cuenta que el Convenio se refiere a situaciones que se producen en el ámbito familiar”.<sup>14</sup>

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

---

<sup>12</sup> *Ibid*, p. 114

<sup>13</sup> González Beilfuss, C., *Sustracción Internacional de niños y ejercicio trasnacional de los derechos de visita*, Madrid, Colex, 2004, p.93

<sup>14</sup> *Ibid*, p.13

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

Se debe aclarar, que si bien el menor se encuentra como un primer elemento de esta suma necesaria para la determinación de la sustracción, el otro elemento necesario es la presencia del secuestrador o secuestradores. El informe explicativo señala que se refiere a las personas físicas que pueden ser responsables del traslado o del no retorno de un menor: o bien, la posibilidad de que una institución o cualquier otro organismo actúe como secuestrador.

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

La nacionalidad de las partes no es un criterio, sino un índice, para otorgar el carácter de internacionalidad a una sustracción. Se afirma que la nacionalidad es un criterio rancio y en clara obsolescencia para convertir una

situación jurídica en una categoría objeto de estudio del Derecho Internacional Privado.

Una aclaración que se debe hacer en cuanto a su ámbito de aplicación material, es el artículo 3 de esta Convención, que señala cuándo el traslado o la retención del menor son considerados ilícitos.<sup>15</sup> Este artículo afirma que: “a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención”. De esta redacción se puede extraer otra nota del ámbito de aplicación material del convenio de la Haya, desde que, y como se dijera en el informe explicativo:

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

---

<sup>15</sup> Carrillo Carrillo, B., *Doble secuestro internacional de menores y convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del 25 de octubre de 1980*, Madrid, Colex, 2003, p. 231

residencia habitual del menor; *secundo*, el ejercicio efectivo de dicha custodia, antes del traslado.<sup>16</sup>

Dos aclaraciones son importantes; primera: se afirma que el derecho de custodia puede venir atribuido por el derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; ésta frase genérica de derecho vigente induce a pensar que incluye su sistema de Derecho Internacional privado, es decir, su normativa conflictual.<sup>17</sup> En segundo lugar es necesario tener claro el término de residencia habitual debido a su reiteración y frecuente aparición, mismo que ya quedó explicado en el anterior capítulo.<sup>18</sup>

Este Convenio se aplicará tanto para la sustracciones simples como para las sustracciones internacionales dobles. La condición *sine qua non* para que se aplique a cada uno o ambas es que cumplan con los requisitos de aplicabilidad del mismo (el material personal-material, temporal y espacial). Finalmente, como dicho Convenio es de carácter unitario, solo regula el aspecto de la cooperación entre autoridades judiciales o administrativas con el fin de lograr la localización y restitución de los menores.

### **2.2.1.2 Ámbito de aplicación espacial**

---

<sup>16</sup> <http://hcc.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf> párrafo 64.

<sup>17</sup> Calvo Caravaca, A.L., *El derecho de familia ante el siglo XXI, aspectos internacionales*, Madrid, Colex., 2003, pp. 167 y 168.

<sup>18</sup> *Vid Supra*, p.10

Este Convenio ha sido ratificado por más de setenta Estados, lo cual da una idea del éxito de dicho instrumento, a tal grado que la doctrina lo ha calificado como una “de las joyas de la corona de la Conferencia...”<sup>19</sup>

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

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

---

<sup>19</sup> *Ibid*, p.98.

De lo que se deriva que dicho Convenio solo se aplica entre Estados Parte; es decir, si el menor procede de un Estado Parte, pero ha sido trasladado a un tercer Estado no Parte, este Convenio no es aplicable. Tampoco se aplica si el destino del menor es un Estado Parte pero procede de un Estado no parte.

### **2.2.1.3 *Ámbito de aplicación temporal***

En cuanto a su ámbito de aplicación temporal, se puede señalar que este Convenio tiene una aplicación irretroactiva, es decir, de conformidad con el artículo 35 “el presente Convenio solo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados.”

## **2.2.2 CONVENCIÓN INTERNAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN DE MENORES**

Este instrumento es considerado por la doctrina como aquella Convención “que cumple en el ámbito continental con la exigencia resultante del mandato del texto de Naciones Unidas de concretar una regulación internacional en la materia.”<sup>20</sup> Lo anterior no viene más que a demostrar la gran interrelación internacional de menores.

### **2.2.2.1 *Ámbito de aplicación material***

---

<sup>20</sup> Tellechea Bergman, E., *La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre restitución internacional de menores. Consideraciones acerca de sus soluciones y funcionamiento*, Madrid, Colex, 2003, p.799.

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

Estas afirmaciones pueden venir justificadas por la dificultad de tipificar unánimemente esta figura como delito, derivado de su proclamada ausencia de antijuricidad. Las razones que aduce la doctrina para su difícil tipificación como delito es que no ponen “en principio en peligro al niño, un traslado realizado por parientes, por la falta de espíritu de lucro y porque aun tipificadas, en tanto las conductas punibles son realizadas por familiares; las sanciones tienden a ser mínimas y no resulta en consecuencia operable la extradición.”<sup>21</sup> Lo anterior se puede sostener si echamos un vistazo al Código Federal Penal, en concreto al capítulo II: “Corrupción de menores e incapaces. Pornografía infantil y prostitución sexual de menores” y al capítulo III: Trata de personas y lenocinio”. En este cuerpo normativo vemos como no está como tal tipificada la figura de la restitución.

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

---

<sup>21</sup> Cfr. Dreyzin de Klor, A. (Coord.), *La protección internacional de menores. Restitución, Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias*, Buenos Aire, Advocatus, 1996, p. 45

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

Por otra parte, esta convención presenta un carácter unitario, es decir, regula únicamente la autoridad nacional internacionalmente competente; dejando sin regulación los aspectos del derecho aplicable y de la cooperación internacional; este sentido se asemeja la Convención Interamericana de Tráfico Internacional de menores, instrumento que presenta un carácter unitario, desde que su contenido normativo se destina a regular únicamente el aspecto de la competencia judicial internacional. Lo anterior desemboca en que este instrumento deberá coexistir necesariamente con los cuerpos normativos autónomos para dar una respuesta integral de al caso de la sustracción internacional de menores. Así podremos acudir al Convenio Interamericano para determinar la competencia o incompetencia de los jueces mexicanos, de ahí, declarada su competencia, acudir a su norma conflictual y de reconocimiento y ejecución autónoma (artículos 13 del CCDF y 599 y ss. Del CPCDF, respectivamente).

#### **2.2.2.2 Ámbito de aplicación espacial**

En cuanto a su ámbito de aplicación espacial, podemos señalar que esta convención la tienen firmada y ratificada diez estados<sup>22</sup>. Si bien como diría la doctrina mexicana, no tiene la misma cobertura que el Convenio de la Haya de sustracción, se estima que lo anterior se debe principalmente a los foros de codificación de los que proceden estas convenciones. Mientras el foro de codificación de la Haya es universal, el foro de codificación de la CIDIP es regional.<sup>23</sup>

Esta Convención requiere que el menor tenga su residencia habitual en uno de los estados parte o que habiendo sido trasladado legalmente hubieran sido retenidos ilegalmente.

El artículo 1 presenta una triangulación complicada desde que parece imponer el paso del menor por tres estados diferentes (el estado donde el menor tuviera su residencia, el estado donde haya sido trasladado el menor y el Estado de destino del menor). Frente a la complicada lectura de dicho artículo se ve que no quiere más que imponer la aplicación de este Instrumento cuando el menor tuviera su residencia habitual en un estado parte del convenio y fuera trasladado y retenido en otro estado parte de la convención. Al igual que el convenio de la Haya, los estados de tránsito del menor no influyen para la aplicación o no de este instrumento convencional.

De igual forma que el instrumento de la Haya, el interamericano es también un instrumento que se aplica solo en estados parte; o sea, si el menor

---

<sup>22</sup> La lista de estados parte de este Convenio Interamericano son: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela (fecha de actualización 7 de julio del 2005). Véase <http://www.sre.gob.mx> o <http://www.oea.org>

<sup>23</sup> *Ibid*, p 187.

procede de un estado parte, pero ha sido trasladado a un tercero estado no parte, este instrumento no es aplicable. Tampoco se aplica si el destino del menor es un estado parte, pero procede de un estado no parte.

En cuanto al concepto de residencia habitual nos encontramos nuevamente ante una falta de determinación conceptual, al igual que ocurre con el término urgencia del artículo 6. En este caso la convención no define un término tan importante. Por el contrario se aplaude la decisión de no incorporar una definición de residencia habitual que posiblemente hubiera dificultado las negociaciones de esta Convención; así y ante esta falta de conceptualización me remitiré a la normativa material del ordenamiento de cada estado implicado para saber y fijar los límites y alcances de la residencia habitual. Se está así ante una norma indirecta. El hecho de que aparezca residencia habitual como el punto de conexión a tener en cuenta consolida nuevamente nuestra idea de que la nacionalidad ya no es el punto de referencia ni para la aplicación espacial de los convenios ni para la aplicación de sus normas, sean éstas de competencia o de derecho aplicable. Como bien señala la doctrina en este punto la nacionalidad como punto de conexión tradicionalmente utilizado no resulta el más adecuado para la tutela de los intereses de sujetos que, generalmente, debido a los constantes desplazamientos suelen tener más vinculación con países distintos al su nacionalidad.<sup>24</sup>

### **2.2.2.3 *Ámbito de Aplicación Temporal***

---

<sup>24</sup> Sabido Rodríguez, M. *Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica jurídica*, Madrid, Colex, 2003, p.724

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

Por otra parte, los artículos 36 y 37 de esta convención a la letra dicen: la presente convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

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

Una diferencia entre la Convención Interamericana y el de la Haya, en este caso más bien literal que real es que, mientras la Convención

Interamericana señala que regirá con carácter indefinido (artículo 37), el Convenio de la Haya determina (artículo 44) que tendrá una duración de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor, incluso para los Estados que con posterioridad lo hubieran ratificado, aceptado o adherido.

### **2.2.3 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

Cabe destacar que la misión de UNICEF consiste en proteger los derechos de niños y niñas, para contribuir a resolver sus necesidades básicas y ampliar sus oportunidades a fin de que alcancen su pleno potencial. Para ello, UNICEF se rige bajo las disposiciones y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Basada en diversos sistemas jurídicos y tradiciones culturales, la Convención está compuesta de una serie de normas y obligaciones aceptadas por todos. Estas normas básicas -denominadas también derechos humanos- establecen derechos y libertades mínimas que los gobiernos deben cumplir. Se basan en el respeto a la dignidad y el valor de cada individuo, independientemente de su raza, color, género, idioma, religión, opiniones, orígenes, riqueza, nacimiento o capacidad, y por tanto se aplican a todos los seres humanos en todas partes. Acompañan a estos derechos la obligación de los gobiernos y los individuos de no infringir los derechos paralelos de los demás. Estas normas son interdependientes e indivisibles; no es posible garantizar algunos derechos a costa de otros.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. En 1989, los dirigentes mundiales decidieron que los niños y niñas debían de tener una Convención especial destinada exclusivamente a ellos, ya que los menores de 18 años precisan de cuidados y protección especiales, que los adultos no necesitan. Los dirigentes querían también asegurar que el mundo reconociera que los niños y niñas tenían también derechos humanos.

La Convención establece estos derechos en 54 artículos y dos Protocolos Facultativos. Define los derechos humanos básicos que disfrutan los niños y niñas en todas partes: el derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación; y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social. Los cuatro principios fundamentales de la Convención son la no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. La Convención protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales.

Al aceptar las obligaciones de la Convención (mediante la ratificación o la adhesión), los gobiernos nacionales se han comprometido a proteger y asegurar

los derechos de la infancia y han aceptado que se les considere responsables de este compromiso ante la comunidad internacional. Los Estados parte de la Convención están obligados a la estipular y llevar a cabo todas las medidas y políticas necesarias para proteger el interés superior del niño.

Se concluye que si bien existen convenios que protegen a los menores en un plano internacional, es urgente para poder aplicarlos que los profesionistas del derecho tengan el conocimiento adecuado acerca de los mismos a fin de poder llevar a cabo la restitución de menores cuando así se requiera y apoyarse de las instituciones que se encargarán de proteger a los menores hasta su pronta restitución.

## CAPÍTULO 3

### SUSTRACCIÓN Y RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Los convenios analizados tienen como característica esencial el velar por los intereses del menor al momento de restituirlo a su estado de origen; con la ayuda de autoridades tanto administrativas como judiciales es posible llevar a cabo la restitución a nivel internacional, ya que los procedimientos establecidos tienen un carácter sumario por tratarse de una medida urgente que no implica resolver el fondo del negocio, como lo sería la custodia de menores.

#### 3.1 GENERALIDADES EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

El procedimiento de restitución de acuerdo al Convenio de la Haya y la Interamericana, presenta como una de sus características más destacadas la materialización de la máxima *solve et repete*<sup>25</sup>, es decir, primero se retorna al menor y luego se discute quien ostenta legítimamente los derechos de guarda y visita y dónde y cómo pueden ejercerse tales derechos. En este sentido, los convenios afirman que el hecho de que se lleve a cabo la restitución del menor con uno de sus progenitores no implica un perjuicio sobre la determinación

---

<sup>25</sup> Cfr, Álvarez González, S. *Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles*, Cooperación jurídica internacional, Colección Escuela Diplomática, Madrid, núm. 5, 2001, p.131.

definitiva de su custodia o guarda (artículos 15 de la Convención Interamericana y 16 y 19 del Convenio de la Haya).

El fin último que se persigue es que el menor regrese al estado de su residencia habitual; el Juez de ese punto de conexión es el competente para decidir sobre su guarda y custodia. A fin de conseguir estos objetivos, se establecen procedimientos sumarios, expeditos, los cuales no entran a prejuzgar la cuestión de la guarda y custodia, ya que el fondo de un asunto no impide que se pueda iniciar la acción para la determinación de la guarda, al mismo tiempo que se tramita la solicitud de localización y restitución. El criterio y requisito de no prejuzgar el fondo de los derechos de guarda y custodia es perfectamente aplicado por los jueces mexicanos.

Las autoridades de la residencia habitual del niño son, en principio, las que están mejor situadas para decidir con justicia sobre los derechos de custodia y visita.

Los instrumentos convencionales (Convención de la Haya y la Convención Interamericana) presentan, como objetivo central, asegurar la pronta restitución de menores, respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares; ambos convenios presentan y regulan la figura de autoridad central, la cual está facultada para realizar los actos necesarios para la localización y restitución del menor o auxiliar a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el desarrollo de los procedimientos previstos por las convenciones.

Una diferencia entre ambos instrumentos se centra en el artículo 6 de la Convención Interamericana, el cual establece los foros competentes para conocer del supuesto de restitución internacional del menor, criterios de atribución de competencia que no aparecen recogidos o enumerados en el Convenio de la Haya. Del instrumento interamericano se desprende que son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores, 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 encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido.

### **3.2 PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE ACUERDO CON LA CONVENCION DE LA HAYA**

En el Convenio sobre Aspectos Civiles de la sustracción de Menores, el procedimiento se pone en marcha a través de una Autoridad Central que deberá nombrar cada país adherente y que en nuestro caso es el Ministerio de Relaciones Exteriores, que actúa por medio de la Dirección de Asistencia Judicial Internacional, quien a su vez deberá enviar a la Autoridad Central designada en el país requerido en que se encuentra el menor, la documentación necesaria que indica la Convención, solicitando la inmediata restitución del menor. La Autoridad Requerida podrá iniciar una fase previa voluntaria

procurando obtener una solución amigable o la restitución voluntaria del menor, o en su defecto iniciar la fase judicial.

El artículo 10 del Convenio de la Haya establece que el juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentre el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor. Este Convenio se centra en establecer un sistema de cooperación de autoridades, autoridades centrales, que funcionan como órganos de enlace y una acción para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual, velando primero por el cumplimiento de los derechos de guarda, custodia y visita decretados, y en segundo lugar, por el derecho del menor a convivir y relacionarse con ambos progenitores, en aras de proteger el interés superior del menor. Las autoridades centrales son nombradas y designadas por cada Estado. En México la autoridad central es la Secretaría de Relaciones Exteriores e inclusive puede considerarse como tal al Desarrollo Integral de la Familia.<sup>26</sup>

La autoridad central que recibe una solicitud, si tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro estado contratante, debe transmitir la solicitud directamente y sin demora a la autoridad central de ese Estado contratante, informando a la autoridad central requirente, o en su caso, al solicitante.

De acuerdo al artículo 8, los requisitos que debe contener dicha solicitud, son:

---

<sup>26</sup> Opinión proporcionada por el Lic. Gustavo Adolfo Villarespe Muñoz, Juez Segundo de lo Familiar del Partido Judicial de Tijuana.

- a) información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega ha sustraído o retenido al menor
- b) la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla
- c) los motivos en que se basa el solicitante, para reclamar la restitución del menor
- d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone está el menor
- e) una copia auténtica de toda decisión o acuerdos pertinentes
- f) una certificación o declaración jurada expedida por una autoridad central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho estado
- g) cualquier otro documento pertinente

El artículo 11 consagra el principio de celeridad en el procedimiento de restitución del menor; esta celeridad se dirige a las autoridades administrativas o judiciales y se concreta en la determinación de una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos. De no cumplirse este plazo, el solicitante o la autoridad central del estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la autoridad central del estado requirente, tendrá derecho a pedir explicaciones por la tardanza. Si la autoridad central del estado requerido recibe una respuesta la transmitirá a la autoridad central del Estado requirente o al solicitante.

En el artículo 12 se precisan las situaciones en que las autoridades judiciales o administrativas del Estado en que se encuentra el menor están obligadas a ordenar su retorno; dispone como regla general el plazo inferior a un año para ordenar la restitución inmediata del menor, como excepción el artículo señala que después de la expiración del plazo de un año, ordenará la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente, es decir cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.

De acuerdo al artículo 13, para denegar la solicitud de restitución la divide en las siguientes categorías:

- a) 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) Exista un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable<sup>27</sup>
- c) Si la autoridad comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y una grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

---

<sup>27</sup> Una causa podría ser cuando en el país que solicita la restitución exista guerra o hambruna.

- d) Cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

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

En los casos a que se refiere el Derecho Promulgatorio de la Convención sobre Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, publicada en el DOF el seis de marzo de mil novecientos noventa y dos, el juicio de garantías contra la orden de restitución de menores a su país de origen puede promoverse en cualquier tiempo sin exigir formalidad alguna, según lo dispuesto en el artículo 22 fracción II, de la Ley de Amparo, en virtud de que dicha orden de restitución constituye una virtual deportación.

IUS 197610. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo VI, octubre 1997, p. 767, tesis I. 2do. C.9. C, aislada, Civil. Rubro: “Menores. Término para promover amparo contra la orden de restitución de su país de origen.

Las causales de denegación recogidos deben demostrarse mediante audiencias. El informe explicativo señala que “no son de aplicación automática en el sentido que no determina forzosamente el no retorno del menor, por el contrario, la naturaleza misma de estas excepciones estriba en dar a los jueces

la posibilidad, no de imponerles la obligación de denegar dicho retorno en ciertas circunstancias.”<sup>28</sup>

Respecto a este particular, el Poder Judicial señala:

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

Por su parte, el artículo 14, indica que para determinar la existencia de un traslado o retención ilícitos en el sentido del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas o

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, párrafo 113

no formalmente en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario le serían aplicables.

Ante la posibilidad de que una autoridad central rechace las solicitudes cuando “se sitúen fuera del ámbito de aplicación del Convenio o carezcan claramente de fundamento”, de acuerdo al artículo 27 de dicha convención, “en este caso, la autoridad central informará inmediatamente de sus motivos al solicitante o a la autoridad central por cuyo conducto se haya presentado la solicitud, según el caso”. De este artículo el Poder Judicial Mexicano ha afirmado que:

En la solicitud de restitución de un menor a su país de origen, el Juez que intervenga en la atención de una carta rogatoria de restitución de un menor extranjero a su país de origen, deberá cuidar que el acto procesal encomendado se encuentre debidamente fundamentado y se lleve a cabo de acuerdo a las leyes vigentes en territorio nacional, considerando que a toda persona que se encuentre en territorio mexicano la protegen las leyes nacionales, atento lo preceptuado por el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Promulgatorio de la Convención sobre Derechos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores publicado en el DOF el seis de marzo de mil novecientos noventa y dos, IUS 196610. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su

Gaceta, tomo VI, marzo 1998, p. 8000, tesis I. 2do. C. 12. C, aislada, Civil. Rubro: “Menores extranjeros. Carta Rogatoria. El Juez de origen debe analizar su procedencia legal”.

### **3.3 PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE ACUERDO CON LA CONVENCION INTERAMERICANA**

Los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución de acuerdo con el artículo 4, están legitimados activamente para la puesta en marcha de la acción de restitución.

Los requisitos que debe llevar la solicitud de restitución de acuerdo al artículo 9.1 de la convención son los siguientes:

- a) antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante
- b) la información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y
- c) los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.

Contenido que guarda gran similitud con lo requerido por la Convención de la Haya en su artículo 8vo.

Por su parte, el artículo 10, primer párrafo, señala que “el Juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentre el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las

medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor.” Además establece que si la devolución no se obtuviere en forma voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 9, y sin más trámite, tomarán conocimiento personal del menor, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución; mientras se resuelve la petición de restitución, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción.

El artículo 11 establece las causales por los que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estaría obligada a ordenar la restitución del menor al estado requirente, su alegación es a instancia de parte, no de oficio y debe estar fundada.

Destaca por ejemplo, el hecho de que se demuestre que los titulares de la solicitud de demanda o restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o bien, hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención. Como ejemplo de causa imputable a los menores destaca la posibilidad de que exista un riesgo grave de que la restitución del menor pudiera exponerlo un peligro físico o psíquico, y cuando éste se opone a regresar y a juicio de la autoridad, la edad, la madurez del menor justifique tener en cuenta su opinión.

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

Gran importancia merece el artículo 17 convencional, el cual establece que las disposiciones anteriores que sean pertinentes no limitan el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento; dicho artículo trae la posibilidad de que la autoridad ordene sin límite de tiempo la restitución del menor; interesante excepción que prevé la respuesta a casos especiales donde urge la restitución del menor y, que considero debe entenderse sólo para dar respuesta a situaciones que revistan elevado grado de gravedad.

De un vistazo general a los artículos 8 a 17 se puede ver el establecimiento de un procedimiento caracterizado por su celeridad, sumariedad y flexibilidad.

La localización de los menores está prevista en tres artículos a saber: 18, 19 y 20. El artículo 18 señala que la autoridad central o autoridades judiciales o administrativas de un Estado parte, a solicitud de cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 5to, así como éstas directamente, podrán requerir de las autoridades competentes de otro estado parte la localización de menores que tenga la residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentren en forma ilegal en territorio del otro Estado.

El artículo 20 indica que si la restitución no fuere solicitada dentro del plazo de sesenta días calendario, contados a partir de la comunicación de la localización del menor a autoridades del Estado requirente, las medidas adoptadas en virtud del artículo 19 podrán quedar sin efecto. El levantamiento de las medidas no impedirá el ejercicio del derecho a solicitar la restitución, de acuerdo con los procedimientos y plazos establecidos en esta convención.

Y como lo hiciera el artículo 21 de la Convención de la Haya, la Convención Interamericana recoge en un solo artículo el derecho de visita.

El artículo 26 indica que la presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya un delito.

### **3.4 PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES LLEVADA A CABO ANTE LA AUTORIDAD JUDICIAL**

En cuanto al procedimiento llevado a cabo ante la autoridad judicial, la parte solicitante puede promover un juicio, como por ejemplo, el de custodia y solicitar como medida provisional la restitución de un menor que se encuentre en la ciudad de San Diego California; el Juez podrá decretar tal medida tomando en consideración en primer término quién tiene la custodia del menor, ya que puede darse el caso de que se haya otorgado previamente a la madre y en un día de visita establecido el padre del menor no lo regresara a su residencia habitual y se lo llevare consigo a la ciudad de San Diego, California; en este caso, procede decretar tal medida y solicitar la restitución vía **carta rogatoria**, la cual, una vez

decepcionada por la corte de San Diego, se le da celeridad para así ejecutar la orden del Juez del estado de Baja California, diligencia en la cual deberá estar presente la persona a quien le corresponde la custodia del menor, en este caso la madre del menor, a quien se le hará la restitución del menor.

Puede que la autoridad central, una vez que se la hecho la solicitud de restitución, se haga llegar al Tribunal superior de Justicia y éste a su vez, ordene la inmediata restitución del menor.

Se concluye que si bien los procedimientos que ordenan la restitución internacional del menor son sumarios, estos deben ser conocidos por los profesionistas del derecho, sobre todo el familiar, ya que existen todavía casos en que por falta de preparación de los profesionistas estos procedimientos no pueden llevarse a cabo trayendo con esto que los términos señalados para el trámite transcurran sin que después se pueda hacer algo, ya que transcurrido un año sería en perjuicio del menor la restitución ya que estaríamos hablando de que el menor ya tiene su residencia habitual en otro estado.

## CONCLUSIONES

Debo concluir que es importante analizar los convenios que sobre protección internacional de menores existe. Primordialmente por dos razones: la primera por el hecho de que en la pirámide del ordenamiento jurídico, y aun cuando se desprenda literalmente del artículo 133 constitucional, los tratados se sitúan en una posición infraconstitucional pero supralegal. Lo anterior, además de lógico puesto que el incumplimiento e inaplicabilidad de un convenio genera responsabilidad internacional, es también el criterio que estableció la Suprema corte de Justicia de la Nación en el año de mil novecientos noventa y nueve.

Las convenciones analizadas líneas anteriores, son exitosas desde el punto de vista práctico, ya que ambos son instrumentos aptos a la hora de solucionar un caso concreto, el problema estriba en la falta de conocimiento por parte de los profesionales del derecho, lo cual se ve reflejado en su trabajo, destacándose algunos en el juzgado de mi adscripción.

En México, en materia de familia estimo que no es lo mejor que se contemplen competencias exclusivas sino concurrentes o alternativas, verdaderos foros de ataque como el realizado en junio del año pasado celebrado en la ciudad de Ensenada, Baja California.

Para finalizar a manera de dato estadístico proporcionado por la Secretaría de Relaciones Exteriores el 90% de las solicitudes de restitución son

entre México y los Estados Unidos de América, de acuerdo al Juzgado de mi adscripción Segundo de lo Familiar del Partido Judicial de Tijuana en cuanto a restitución de menores son relativamente pocos, acaso unos cinco tratándose en materia de restituciones internacionales con Estados Unidos, Argentina y Canadá.

## BIBLIOGRAFÍA

BERRAZ, C. *La protección internacional del menor en el derecho internacional privado*, Argentina, UNL, 2000.

BLUMKIN, S.B. *La sustracción internacional de menores*, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 55, núm. 1, 1995.

CALVO CARAVACA, A.L., *El derecho de familia ante el siglo XXI, aspectos internacionales*, Madrid, Colex,, 2003.

CARRILLO CARRILLO, B., *Doble secuestro internacional de menores y convenio de la haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del 25 de octubre de 1980*, Madrid, Colex, 2003.

DREYZIN DE KLOR, A. (Coord.), *La protección internacional de menores. Restitución, Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias*, Buenos Aires, Advocatus, 1996.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Sustracción Internacional de niños y ejercicio trasnacional de los derechos de visita*, Madrid, Colex, 2004.

GONZÁLEZ PEDROUZO, C., *Aproximación al Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Revista de la facultad de derecho, Uruguay, núm. 18, 2000.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coord.). *El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas*, Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

ORIUNDO DE MARTINOLI, A. *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de menores-CIDIP, V*, México, 1994.

PEREZNIETO CASTRO, L., *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*, México, Oxford, 2000, p.188.

SABIDO RODRÍGUEZ, M. *Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica jurídica*, Madrid, Colex, 2003.

SANTOS BELANDRO, R. *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores*, Revista de la Asociación de escribanos del Uruguay, t.80, núm. 1 al 6, 1994.

TELLECHEA BERGMAN, E., *La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre restitución internacional de menores. Consideraciones acerca de sus soluciones y funcionamiento*, Madrid, Colex, 2003.

VARGAS GÓMEZ URRUTIA. M., *El interés del menor como principio inspirado en el derecho convencional de la conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, Revista de Derecho Privado, México, año 10, núm. 28, 1999.

Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Convención sobre los Derechos del Niño

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Civil del Estado de Baja California

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Baja California

<http://www.sre.gob.mx>

<http://hcc.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf>.

