

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

**LA PROBLEMÁTICA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS
CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE ASPECTOS CIVILES DE
LA SUSTRACCIÓN ILEGAL DE MENORES EN LA LEGISLACIÓN
MEXICANA.**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

LUIS ALBERTO MUÑOZ LÓPEZ

ASESOR: MTRO. RICARDO ALBERTO ORTEGA SORIANO

CIUDAD UNIVERSITARIA, 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mis padres y hermanos:

Por su apoyo y por su ejemplo, con el cual me
Mostraron lo que se debe y no se debe hacer.

**A la Universidad Nacional
Autónoma de México:**

Por ser en verdad, mi segunda casa.

A mis maestros:

Por prepararme para un mejor futuro.

A mi asesor Mtro. Ricardo Alberto Ortega Soriano:

Por su puntual dirección y apoyo tanto en la
elaboración de esta investigación, como
en mi desarrollo académico, profesional y personal.

A mis compañeros:

Por los momentos compartidos
durante nuestra formación.

**A mis amigos Berenice, Daniel, Juan,
Mayte, Karen y Gerardo:**

Por su apoyo y por darme ese impulso que
necesitaba para ser una mejor persona
y un mejor profesionalista.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO PRIMERO. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS	8
1.1. Concepto de niño	8
1.1.1. El concepto de niño en el derecho internacional	9
1.1.1.1. Doctrinales	9
1.1.1.2. Instrumentales	12
1.1.1.3. Jurisprudenciales	14
1.1.2. El concepto de niño en el derecho nacional	15
1.1.3. Terminología aplicada al concepto niño	16
1.1.3.1. Aplicación específica	17
1.2. Los derechos de los niños.....	18
1.2.1. Concepto	18
1.2.2. Marco legal	20
1.2.2.1. Instrumentos internacionales.....	20
1.2.2.1.1. Generales de aplicación a todo ser humano.....	21
1.2.2.1.2. Generales de aplicación exclusiva a los niños	22
1.2.2.1.3. Especiales de aplicación exclusiva a los niños en situaciones específicas	25
1.2.2.2. Instrumentos nacionales	26
1.3. Principios y derechos fundamentales reconocidos a los niños	28
1.3.1. Principios generales	30
1.3.1.1. No discriminación	30
1.3.1.2. Interés superior del niño	32
1.3.1.3. Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo.....	35
1.3.1.4. La participación del niño.....	36
1.3.2. El debido proceso legal	38
1.3.2.1. Principio de legalidad	40
1.3.2.2. Juez natural.....	41

1.3.2.3. El derecho a la doble instancia y la garantía del recurso efectivo	43
1.3.2.4. Presunción de inocencia	45
1.3.2.5. Principio de contradicción.....	46
1.3.2.6. Publicidad del proceso	47
1.3.3. Otros derechos	48
1.3.3.1. Derechos de los niños relacionados con su entorno familiar.....	49
1.3.3.2. Traslado y retención ilícito.....	50
CAPITULO SEGUNDO. ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. MARCO GENERAL	52
2.1. Las convenciones sobre aspectos civiles de la sustracción y/o restitución internacional de menores.....	52
2.1.1. Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.....	54
2.1.2. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores	57
2.1.3. Aplicación, entre la Convención de La Haya y la Convención Interamericana.....	59
2.2. Conceptos generales	61
2.2.1. Derecho de Custodia y Derecho de Visita	61
2.2.1.1. Derecho de Custodia.....	62
2.2.1.2. Derecho de visita.....	64
2.2.2. Residencia habitual	66
2.2.3. Sustracción, traslado y retención ilícita.....	68
2.2.3.1. Sustracción.....	68
2.2.3.2. Traslado y retención ilícito.....	69
2.2.4. Restitución	72
2.2.5. Autoridad Central.....	72
2.2.5.1. Atribuciones de la Autoridad Central	74
2.3. Ámbitos de validez	77
2.3.1. Ámbito material de validez.....	78

2.3.2. Ámbito personal de validez.....	78
2.3.3. Ámbito temporal de validez.....	81
2.3.3.1. Retroactividad de la ley	84
2.3.4. Ámbito espacial de validez	85
2.3.4.1. Conflictos de leyes en el espacio	87
2.3.4.1.1. Conflicto de competencia judicial.....	87
2.3.4.1.2. Derecho aplicable	89
CAPITULO TERCERO. PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN.....	93
3.1. Nociones Generales.....	93
3.1.1. Concepto	93
3.1.2. Naturaleza	94
3.2. Tramitación	95
3.2.1. La solicitud de restitución.....	95
3.2.1.1. Legitimación de quién puede presentar la solicitud de restitución.....	96
3.2.1.2. Requisitos de la solicitud de restitución.....	97
3.2.1.3. Plazo para presentar la solicitud de restitución	100
3.2.1.4. Autoridad ante quien se presenta la solicitud de restitución	101
3.2.2. Etapa administrativa	103
3.2.2.1. La localización del niño	105
3.2.3. Etapa judicial	108
3.2.3.1. Presupuestos procesales	108
3.2.3.1.1. Competencia judicial.....	109
3.2.3.1.2. Legitimación procesal	111
3.2.3.2. Tipo de procedimiento.....	112
3.2.3.3. La Resolución.....	116
3.2.3.3.1. Las excepciones a la restitución	117
3.2.3.3.1.1. Que el traslado o la retención fueron lícitos	119
3.2.3.3.1.2. Grave riesgo físico o psíquico para el niño.....	120
3.2.3.3.1.3. El niño se opone a la restitución.....	122

3.2.3.3.1.4. El niño se ha adaptado a su nuevo entorno	124
3.2.3.3.1.5. Principios fundamentales en materia de derechos humanos	125
CAPITULO CUARTO. LOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN ILEGAL DE MENORES	128
4.1. Problemas generales de aplicación de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.	129
4.1.1. El ámbito personal de validez.	129
4.1.2. La facultad discrecional de las autoridades respecto a la procedencia de las excepciones.....	131
4.1.3. El valor de la opinión del niño trasladado o retenido ilícitamente.	132
4.1.4. El concepto de grave riesgo.	134
4.1.5. El artículo 36 de la Convención de La Haya.	136
4.1.6. La asistencia jurídica en el extranjero.....	137
4.1.7. La ejecución de la sentencia de restitución.	139
4.2. Problemas de aplicación en México de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.	142
4.2.1. Ausencia de implementación de las convenciones internacionales en la legislación nacional.....	142
4.2.1.1. Retardo en el procedimiento.	144
4.2.1.2. Transgresión a derechos fundamentales.	145
4.2.1.3. Competencia	149
4.3. Elementos para una reforma legislativa en la materia.	149
CONCLUSIONES	153
BIBLIOGRAFÍA	159

INTRODUCCIÓN

Los casos de crisis matrimoniales propician que en ocasiones haya niños menores de edad a quienes uno de sus progenitores sustrae de la custodia que ostenta el otro, y no sólo cuando la sentencia de separación o divorcio fue la que decidió quién había de ser el titular de esa custodia, sino incluso cuando fueron los propios padres quienes pactaron esa solución en su convenio regulador. El problema es particularmente grave cuando además el cambio de residencia es hacia otro país.

Actualmente, existen un gran número de casos¹, en donde la sustracción ilegal de niños se produce tras la disolución de parejas de diferente nacionalidad, debido a la búsqueda de la protección de las autoridades del Estado del que es nacional.²

Al tener como base la “Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” y la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, es necesario que en las legislaciones internas de los Estados, en este caso México, se establezcan normas eficaces para regular los procedimientos para la restitución internacional de niños, y es de vital importancia que estos procedimientos estén acordes con la normatividad internacional relativa a la protección de los derechos del niño.

1 Cfr. SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES. Dirección General del Acervo Histórico Diplomático, “*Respuestas a Solicitudes de Acceso a Información Pública Gubernamental*”. Expediente UDE-2564/09 folio 0000500084209, respuesta de fecha 21 de julio de 2009 y expediente UDE-0124/10 folio 0000500130609 respuesta de fecha 13 de enero de 2010.

2 Cfr. BERRAZ, Carlos, *La protección Internacional del menor en el Derecho Internacional Privado*, S.N.E., Editorial Centro de Publicaciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 2000, pág. 29.

A pesar de que México, es signatario de las convenciones a que se hace referencia, sólo existe un manual interno en la Secretaría de Relaciones Exteriores, que básicamente transcribe la “Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, sin aportar otras referencias regulatorias importantes.³

Debido a lo anterior, es necesario legislar en la materia, ya sea mediante reformas al “Código Civil Federal” y a los locales, en la que se incluya un apartado sobre la restitución internacional de niños⁴; mediante la creación de una Ley para la restitución internacional de niños, o en su caso un reglamento de las convenciones internacionales citadas⁵.

La presente investigación, tiene como objetivo tratar de dar los lineamientos para incorporar el procedimiento de restitución a la legislación mexicana; y para llegar a ese fin la investigación ha sido dividida en cuatro apartados:

No basta con legislar sobre la restitución de niño, sino que al tratar sobre su situación jurídica, dicha legislación deberá seguir ciertos lineamientos en aras de no violentar sus derechos, por ese motivo en el primer apartado se determinará el concepto de niño, y cuáles son sus derechos fundamentales.

Los apartados dos y tres versarán sobre las convenciones sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en las que México es parte:

3 Cfr. SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES. Dirección General del Acervo Histórico Diplomático, “Respuesta a Solicitud de Acceso a Información Pública Gubernamental”. Expediente UDE-3895/09 folio 0000500131509, respuesta de fecha 11 de noviembre de 2009.

4 Como en el caso del “Código Civil del Estado de Querétaro”.

5 Como ocurrió en Europa con el “Reglamento de Bruselas II bis”.

- En el apartado dos se estudiarán los aspectos generales de las convenciones, tales como su objetivo y los conceptos que las rigen, con el objeto de determinar sus ámbitos de aplicación.
- En el apartado tres se verá el procedimiento de restitución en la “Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”.

Finalmente, en el apartado cuatro, se analizarán los problemas de aplicación de la “Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, tanto los generales, como los específicos para el caso de México; algunos de ellos prácticos y otros relacionados con posibles transgresiones a los derechos fundamentales de los niños, referidos en el apartado uno; y se establecerán los lineamientos generales a que debería sujetarse la regulación interna del procedimiento de restitución.

CAPITULO PRIMERO

LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.

1.1. Concepto de niño.

Existen numerosas disciplinas que intentan definir qué se debe de entender por *niño*, lo que depende principalmente de su ámbito de estudio. Entre éstas se encuentran: la biología, que lo define de acuerdo a su crecimiento y desarrollo físico⁶; la psicología, que lo hace desde el punto de vista de su desarrollo mental, emocional y conductual⁷; y el derecho, que al tomar elementos de las anteriores áreas de conocimiento, considera precisamente las diferencias existentes en su desarrollo físico, mental y emocional para establecer rangos de edad y distinguir el tratamiento legal que se le dará a este sector de la población.

El Juez Sergio García Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su voto concurrente razonado a la opinión Consultiva OC-

6 La biología del desarrollo es la rama de la biología que se encarga del estudio de los procesos físicos del crecimiento, desde un nivel celular hasta un nivel orgánico. El profesor emérito en anatomía y biología celular de la Universidad de Toronto en Canadá, Doctor Keith L. Moore, señala que la infancia “...es el período comprendido entre los 13 meses de vida y la pubertad...”, antes de la infancia existen 3 etapas de desarrollo: la prenatal, la posnatal y la lactancia. Por otro lado después de la infancia está la pubertad, que ocurre “...entre los 12 y los 15 años en las niñas y entre los 13 y los 16 años en los niños...”; la adolescencia que abarca “...entre los 11 y los 19 años...”, es decir, la pubertad está dentro de la adolescencia; y la edad adulta que “...suele alcanzarse entre los 18 y los 21 años...”. MOORE, Keith, *et al.*, *Embriología Clínica*, 8ª ed., Editorial Elsevier Saunders, España, 2008, pág. 7.

7 El Doctor en psicología Albert A. Maisto, profesor de la Universidad de Carolina del Norte en Charlotte, señala que la psicología “...es la ciencia de la conducta y de los procesos mentales...” y en el campo de la psicología del desarrollo “...los psicólogos estudian el desarrollo mental y físico desde el periodo prenatal hasta la niñez, la adolescencia, la adultez y la vejez. Los psicólogos del niño se especializan en el lactante y en el niño. Se ocupan de cuestiones como las siguientes: si el niño nace con una personalidad y un temperamento propio, cómo adquieren los lactantes el apego a sus padres y cuidadores, la edad en que aparecen las diferencias sexuales y que modifican la conducta...”; MAISTO, Albert, *et al.*, *Introducción a la Psicología*, 10ª ed., Editorial Pearson, México, 2001, págs. 2-4, 8.

17/2002 sobre “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, señala que la palabra *niño* tiene un sentido más biológico o psicológico que jurídico, ya que esta última rama de estudio utiliza comúnmente el término *menor de edad*, aunque ambas expresiones pueden coincidir cuando se conceptualizan y se les otorgan las mismas consecuencias de derecho.⁸

En efecto, los términos *niño* y *menor de edad* pueden coincidir, aunque en el derecho existe disparidad de criterios para definir qué es un *niño*.

Los parámetros varían en la legislación interna de cada país. En la terminología utilizada en los instrumentos internacionales se hallan diferentes criterios y rangos de edad para referirse a *niño*, y se han llegado a utilizar otros términos como *menor*, *joven* o *adolescente*.

1.1.1. El concepto de niño en el derecho internacional.

1.1.1.1. Doctrinales.

En la evolución del estudio del derecho de los niños, se habla principalmente de dos grandes corrientes:

- La doctrina *tutelar, proteccionista o de la situación irregular*, que señala:

⁸ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Opinión Consultiva OC-17/2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2002, Serie A número 17, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párrafos 3 y 4, en www.corteidh.or.cr.

*“...son ‘niños’ quienes tengan sus necesidades básicas satisfechas, y ‘menores’, quienes se encuentren marginados socialmente y no puedan satisfacer sus necesidades básicas...”*⁹

Esta doctrina se caracteriza por:

- El desarrollo de legislaciones que consideran a los niños como objetos de protección.
- Considerar a los niños como incapaces para asumir la responsabilidad de sus actos.
- Establecer jurisdicciones especiales para los menores, excluyentes y discriminatorias, con amplias facultades discrecionales para el juez.
- Tomar acciones “en beneficio del menor”, incluso sin el debido proceso legal, lo que se traduce en violación de sus derechos fundamentales.
- Criminalizar las conductas de supervivencia de los niños de los sectores de menos recursos; confunde las cuestiones penales con cuestiones sociales.
- La discrecionalidad del juez al ejercer la tutela del niño, lo cual tiene como consecuencia la mezcla de funciones jurisdiccionales con funciones de asistencia social.¹⁰

9 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”, *Op. cit.*, párrafo 15, resumen de la intervención del Instituto Interamericano de Niño.

10 Al respecto Ruth Stanley, Doctora en Ciencia Política por la Universidad de Berlín señala que “...*el paradigma proteccionista o tutelar, basado en la doctrina de la ‘situación irregular’, consideró a los niños y adolescentes como inmaduros, atribuyéndoles incapacidad para actuar por sí como incapacidad cognoscitiva. La supuesta incapacidad*”

La distinción realizada entre *niño* y *menor* fue criticada, y se consideró que el término *menor* era utilizado de forma peyorativa; por ésta razón, la nueva corriente doctrinal, trata de eliminar el término *menor* como un sustantivo, para utilizar los términos *niño* o *persona menor de edad*.

- La doctrina de *la protección integral*, sustituye a la anterior doctrina y se ve reflejada en la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989; tiene los siguientes postulados¹¹:
 - Considera al niño como un sujeto pleno de derechos.
 - Afirma que el Estado debe garantizar el disfrute efectivo de sus derechos.
 - Establece medidas especiales de protección para evitar intervenciones ilegales del Estado.
 - Exige el respeto al debido proceso en todos los casos, en donde se deberá tomar en cuenta la opinión del niño y de su grupo familiar.
 - Considera que el internamiento debe ser una medida excepcional.

del menor fue la razón para convertirlo en objeto de protección, excluyéndolo del sistema penal y, por lo tanto, negándole las garantías sustantivas y procesales”. STANLEY, Ruth, “Los niños ante la ley: juventud y justicia penal en América Latina” en POTTHAS, Bárbara (editora), *Entre la familia, la sociedad y el Estado: niños y jóvenes en América Latina (siglos XIX-XX)*, S.N.E., Editorial Iberoamericana-Vervuert, Madrid, España, Volumen 103, 2005, pág. 379.

¹¹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, *Op. cit.*, párrafo 15, resumen de la intervención de Costa Rica.

- Sostiene que los intereses de los niños deben ser considerados para el diseño y planeación de las políticas públicas del Estado.
- Señala que el estudio e interpretación de los derechos de los niños debe realizarse en conjunto con toda la normativa internacional referente al tema, en lugar de interpretar en forma aislada.

1.1.1.2. Instrumentales.

Diversos instrumentos internacionales cuya materia son los derechos del niño adoptan definiciones o criterios diferentes para referirse a este grupo de la población.

Entre estos instrumentos destacan los siguientes:

- “Convención sobre los Derechos del Niño”, la cual en su artículo primero señala:

“Para los efectos de la presente Convención, 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.”¹²

¹² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Convención sobre los Derechos del Niño”, artículo 1, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 1989, D.O. 31 de julio de 1990, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, S.N.E., UNICEF House, Suiza, 2001, pág. 620.

- “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores”, en adelante “Reglas de Beijing”, que establece en la regla 2.2.a):

“Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto.”¹³

- “Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad”, señala en el punto 11.a):

“Se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley.”¹⁴

- “Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil”, en adelante “Directrices de Riad”; este documento se abstiene de definir el término *niño*, pero en reiteradas ocasiones se utiliza esta palabra así como la de *joven* para referirse al mismo tipo de población¹⁵. En otras partes del texto los distingue como

13 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores”, regla 2, Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, Nueva York, Estados Unidos de América, 29 de noviembre de 1985, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *Op. cit.*, pág. 664.

14 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de libertad”, regla 11, Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/113, Nueva York, Estados Unidos de América, 14 de diciembre de 1990, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *Op. cit.*, pág. 681.

15 *Cfr.* ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil”, puntos 3, 4 y 5, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/112, Nueva York, Estados Unidos de América, 14 de diciembre de 1990, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *Op. cit.*, pág. 674.

sujetos de diferente rango pero siempre en el entendido de que tales disposiciones le son aplicables a ambos¹⁶.

- Tanto la “Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” como la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” utilizan el término *menor* en su texto.¹⁷

1.1.1.3. Jurisprudenciales.

Como se ha mencionado, existe disparidad en las legislaciones internas de los Estados, así como en los instrumentos de carácter internacional en lo que se refiere al significado del término *niño*, o hasta cuándo una persona puede, legalmente, ser considerada como *niño*.

La actividad jurisdiccional, a través de la interpretación de las normas, constituye una importante fuente para desentrañar el sentido de la ley y para clarificar conceptos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-17/2002 señala que se entenderá como *niño*:

16 Cfr. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil”, puntos 10, 16, 30 y 53, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/112, Nueva York, Estados Unidos de América, 14 de diciembre de 1990, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *Op. cit.*, págs. 675-677.

17 Esto puede deberse a que fueron elaboradas antes de la aprobación de la “Convención sobre los Derechos del Niño”. Mientras que la “Convención sobre los Derechos del Niño” data de noviembre de 1989, la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” es de 1980 y la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” de julio de 1989.

“...a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.”¹⁸

Básicamente traslada lo señalado en la “Convención sobre los Derechos del Niño”, citada con anterioridad; pero la importancia de la definición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos radica en la interpretación y aplicación que se dio a un caso concreto.

1.1.2. El concepto de niño en el derecho nacional.

A partir de la ratificación de México de la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989, se inició un movimiento, tanto a nivel federal como estatal, para integrar los derechos consagrados en la misma a la legislación interna.¹⁹ De este modo, el 29 de mayo de 2000 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, en la que se establece:

18 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”, *Op. cit.*, párrafo 42. La Corte Interamericana de Derechos Humanos aclara en dicho párrafo que el término niño abarca niños, niñas y adolescentes.

19 Al respecto el politólogo italiano Alberto Brunori, representante en México de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en una intervención con motivo del lanzamiento de la campaña de sensibilización sobre los Derechos de la Infancia “*Escúchame, mi voz tiene corazón y derecho*” señaló: “...Acatando lo dispuesto por el artículo 4º de la Convención y tomando como referente las recomendaciones del Comité de los derechos del niño, los Estados han iniciado una verdadera transformación institucional y normativa con el objetivo de hacer efectivos los derechos. México, en este sentido, no ha sido la excepción y a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, realizada el 21 de septiembre de 1990, ha tomado medidas para ello. De modo especial, a partir del año 2000 el Estado Mexicano ha identificado esta labor, de tal manera que en los últimos seis años podemos constatar logros importantes a nivel legislativo e institucional”. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO, “*Escúchame, mi voz tiene corazón y derecho*”, ponencia de BRUNORI, Alberto, “A 20 años de la Convención de los Derechos del Niño”, México, 17 de febrero de 2009, pág. 2, en www.hchr.org.mx.

“...son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos.”²⁰

La distinción entre niño y adolescente por rango de edad se encuentra en varias de las legislaciones estatales de protección a los derechos de los niños²¹; en otras, como la legislación del Distrito Federal, se entiende que un niño es “...todo ser humano menor de 18 años de edad”²².

Todos los derechos consagrados en “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” son aplicables indistintamente tanto a los niños y niñas, como a los y las adolescentes, por lo que se considera innecesaria la distinción entre unos y otros por rango de edad, es decir, los derechos consagrados en la ley son los mismos para toda persona menor de 18 años.

1.1.3. Terminología aplicada al concepto niño.

Del análisis previo, se puede concluir que existen diferencias terminológicas para referirse a este sector de la población, pero su objetivo es el mismo: la protección de sus derechos.

²⁰ “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, México, D.O. 29 de mayo de 2000, artículo 2, en www.diputados.gob.mx.

²¹ Como ejemplo véase el artículo 3 de la “Ley Estatal de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de Zacatecas”, México, P.O. 16 de junio de 2007 en www.congresoazac.gob.mx y el artículo 2 de la “Ley para la Protección de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Aguascalientes”, México, P.O. 5 de febrero de 2001 en www.congresoags.gob.mx.

²² “Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal”, México, G.O.D.F. 31 de enero de 2000, artículo 3, en www.asambleadf.gob.mx.

La legislación puede denominarlos como *niños, jóvenes, adolescentes o menores*, pero en cualquier caso coinciden en que toda persona así considerada, “...por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales...”²³.

Estos términos, cualquiera que sea el que se utilice, son importantes por el objeto que tienen en común: diferenciar este grupo de la población de aquel sector que tiene plena capacidad de ejercicio²⁴, a quienes comúnmente se les denomina *mayores de edad o adultos*.

Para efectos metodológicos del presente trabajo, y de acuerdo con la doctrina de la protección integral, se utilizará el término genérico *niño*; y con el mismo fin se adopta la definición realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva *OC-17/2002* antes citada.

1.1.3.1. Aplicación específica.

Una última consideración a tratar, es el ámbito de aplicación de cada convenio en particular, ya que si bien se adoptó la definición dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hay convenciones referentes a protección de derechos del niño que utilizan un rango de edad diverso al

23 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “*Declaración de los Derechos del Niño*”, Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 1386 (XIV), Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 1959, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *Op. cit.*, pág. 647.

24 La capacidad de ejercicio ha sido definida como: “...*La aptitud que requieren las personas para ejercitar por sí mismas sus derechos y cumplir con sus obligaciones.*”; GONZÁLEZ RUIZ, Samuel Antonio, “*Capacidad*” en MÁRQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, Tomo I, 1998, pág. 467.

señalado; en tales casos, aunque estos instrumentos se refieran a *niños*, se observará el rango de edad señalado en cada convenio.²⁵

1.2. Los derechos de los niños.

1.2.1. Concepto.

Ya se estableció que *niño* es toda persona menor de 18 años; asimismo, se ha señalado que está protegido por una serie de instrumentos tanto nacionales como internacionales, los cuales regulan una serie de principios y derechos inherentes a su calidad de persona menor de edad, por lo que con dichos elementos se tratará de establecer una definición de *derechos del niño*.

El licenciado Joel Francisco Jiménez García²⁶, lo define como “... *un derecho singular, eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social*”²⁷.

Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña en alusión a lo que ha dicho el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, señala que los derechos de la niñez

²⁵ Por ejemplo la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, se aplica a niños menores de 16 años de edad. Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “*Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, 1ª ed., Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, Tomo I, 2003, pág. 644.

²⁶ Académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y catedrático de diversas universidades del país en materia civil y familiar.

²⁷ JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco, *Derecho de los Niños*, 1ª ed., UNAM-IIJ, México, 2000, págs. 11-12.

son “...el conjunto de derechos humanos cuya aplicación está dirigida a los niños y niñas en función de los cuidados y asistencia especiales que requieren para lograr un crecimiento y desarrollo adecuados dentro de un ambiente de bienestar familiar y social”²⁸.

En las anteriores definiciones, se observan elementos en común: el conjunto de normas, la protección hacia un sector de la población y la finalidad de un crecimiento y desarrollo idóneo para integrar a ese sector a la sociedad. En este sentido se puede definir a los derechos de los niños como *el conjunto de principios y normas de carácter general tendientes a la protección de las personas menores de 18 años de edad, y que contienen los derechos y garantías mínimos para el normal desarrollo físico y emocional de este sector de la población.*

Ese conjunto de principios y normas están reconocidos en uno o varios instrumentos nacionales, regionales e internacionales; vinculantes y no vinculantes; generales y especiales.

Entre estos documentos destaca la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989, por ser el primer instrumento vinculante que trata de abarcar todos los aspectos relativos a los derechos de la infancia²⁹.

28 PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, “Derechos de la Niñez” en MÁRQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Op. cit., Tomo II, pág. 1258.

29 La convención ha sido ratificada por 193 países. Estados Unidos de América y Somalia no han entregado el instrumento de ratificación.

1.2.2. Marco legal.

1.2.2.1. Instrumentos internacionales.

Durante el siglo XX se elaboraron varios documentos internacionales referentes a la protección de los niños. Algunos de ellos generales, es decir, que son aplicables a todas las personas incluidos los niños; otros especiales, destinados en forma exclusiva a este sector de la población.

En este apartado, se hace un recuento de los documentos internacionales que de una u otra forma son aplicables a los niños, y se pondrá especial énfasis en los instrumentos generales referentes en forma exclusiva a los derechos de la infancia.

Los derechos de los niños, como una rama especial del derecho son relativamente recientes, pero no por ello son pocos, de hecho existe un gran número de instrumentos que le son aplicables.³⁰

Estos instrumentos se dividirán en 3 grupos: generales de aplicación a todo ser humano, generales de aplicación exclusiva a los niños, y especiales de aplicación exclusiva a los niños en situaciones específicas.

30 El Licenciado César Sotomayor Sánchez, catedrático en la Escuela Libre de Derecho de Puebla señala que *"...No es sino hasta prácticamente el siglo pasado que hincan las acciones formales en un gran número de países, entre ellos México, para reconocer, normar y hacer respetar los derechos de la infancia..."*. SOTOMAYOR SÁNCHEZ, César, *"Los derechos de las niñas y los niños en México"*, en *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*, Escuela Libre de Derecho de Puebla, A.C., Puebla, Puebla, año 2, n. 3, julio-diciembre 2000, pág. 162.

1.2.2.1.1. Generales de aplicación a todo ser humano.

En el primer grupo se incluyen los documentos referentes a los derechos humanos sin ser exclusivamente aplicados a los niños³¹:

- “Declaración Universal de Derechos Humanos” de 1948. Se establecen derechos para todo ser humano, incluidos los niños; en su artículo 25 se reconoce que la infancia debe tener una protección especial.³²
- “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” de 1948. La protección especial de la infancia se consagra en la declaración VII.³³
- “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” de 1966. En sus artículos 10 y 12 regula lo referente a la protección especial de los niños.³⁴
- “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” de 1966. Regula los derechos del niño en el artículo 24.³⁵

31 A lo largo del siglo XX, se elaboraron un sin fin de documentos que de una u otra forma le son aplicables a los niños. Esta lista sólo refleja algunos de ellos.

32 Cfr. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “*Declaración Universal de Derechos Humanos*”, Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), Nueva York, Estados Unidos de América, 10 de diciembre de 1948, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, págs. 33-40.

33 Cfr. CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA, “*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*”, Bogotá, Colombia, 2 de mayo de 1948, *Ibidem*, Tomo I, págs. 23-31.

34 Cfr. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, Nueva York, Estados Unidos de América, 16 de diciembre de 1966, D.O. 12 de mayo de 1981, *Ibidem*, Tomo I, págs. 337-350.

35 Cfr. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*”, Nueva York, Estados Unidos de América, 16 de diciembre de 1966, D.O. 20 de mayo de 1981, *Ibidem*, Tomo I, págs. 251-275.

- “Convención Americana sobre Derechos Humanos” de 1969. Conocida también como *Pacto de San José*. Protege a todo ser humano; en su artículo 19 establece la protección especial de los niños.³⁶
- “Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Protocolo de San Salvador” de 1988. Se incorpora un artículo específico del derecho de la niñez.³⁷

1.2.2.1.2. Generales de aplicación exclusiva a los niños.

En el segundo grupo se incluyen los instrumentos internacionales que se refieren en forma exclusiva a los derechos de los niños, con un tratamiento general, es decir, se refieren a grandes rasgos a todos los derechos que los niños deben tener:

- “Declaración de Ginebra” de 1924.
Es la primera “declaración sistemática” de los derechos del niño redactada por la pedagoga Jebb Eglantyne fundadora de la Alianza

³⁶ Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, D.O. 7 de mayo de 1981, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), et al., *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, págs. 283-313.

³⁷ Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988, D.O. 1 de septiembre de 1998, *Ibidem*, Tomo I, págs. 363-375.

Internacional *Save the Children*. Fue aprobada por la Sociedad de las Naciones en 1924.³⁸

Consta de 5 principios en los que se resalta el interés superior de niño y la obligación de la humanidad de corregir su “situación irregular”.³⁹

- “Declaración de los Derechos del Niño” de 1959.

Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. Esta declaración consta de 10 principios, amplía la “Declaración de Ginebra” y aplica la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” a las necesidades específicas de los niños.⁴⁰

Establece pautas o principios que se aplican a todos los niños de forma indiscriminada como: el derecho al nombre, a la nacionalidad, a la seguridad social, a la educación gratuita y obligatoria; el principio del interés superior del niño y la protección especial; la obligación de

38 Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco, *Derecho de los Niños*, Op. cit., pág. 7.

39 “Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia, que: 1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual. 2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados. 3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad. 4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación. 5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo”. VERHELLEN, Eugeen, *La Convención sobre los Derechos del Niño*, S.N.E., Editorial Garant, Amberes, Bélgica, 2002, págs. 175-176.

40 Terminada la segunda guerra mundial, con la finalidad de mantener y confirmar la “Declaración de Ginebra” de 1924, el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas realizó una consulta a los Estados miembros y a varias organizaciones no gubernamentales, en donde se decidió tomarla como punto de partida para las discusiones. En 1950 se presenta el nuevo borrador a la Comisión de Derechos Humanos, pero debido a la carga de trabajo, fue hasta 1957 que se empezó a examinar el proyecto. Después de consultar a los Estados miembros la Declaración fue finalmente adoptada por unanimidad por los 78 miembros existentes de la Asamblea General en la resolución 1386 (XIV) de 1959, *Ibidem*, págs. 81-82.

los Estados de promulgar leyes que respeten sus derechos, entre otros.⁴¹

Aunque su contenido es un gran avance si se toma como referencia la anterior declaración, es importante resaltar que no tuvo carácter vinculante, lo que limitó su efectividad.⁴²

- “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989.

Fue aprobada mediante la resolución 44/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.⁴³

Es el instrumento jurídico más importante en la materia, en virtud de que:

- Es el primer documento vinculante que desarrolla ampliamente los derechos de la infancia al tratar todos los aspectos circundantes de esta rama.⁴⁴
- Es el primer documento redactado conforme a la *doctrina de la protección integral* de los niños, conforme a la cual el niño deja

41 Cfr. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Declaración de los Derechos del Niño”, Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 1386 (XIV), Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 1959, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *Op. cit.*, págs. 647-648.

42 Polonia, en conjunción con otros Estados miembros, intentaron redactar una convención vinculante en lugar de una declaración. Originalmente el texto se titulaba “La Carta de la ONU sobre los derechos del Niño”, pero Estados Unidos se manifestó en contra, en virtud de que con tal denominación se derivaría en un instrumento legalmente vinculante. VERHELLEN, Eugene, *La Convención sobre los Derechos del Niño*, *Op. cit.*, pág. 86.

43 Cfr. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Convención sobre los Derechos del Niño”, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 1989, D.O. 31 de julio de 1990, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *Op. cit.*, pág. 619.

44 Hay que resaltar que no sólo es el primer documento vinculante, sino que el instrumento internacional de derechos humanos ratificado con mayor rapidez en la historia. Cfr. GAMARRA RUBIO, Fernando, *Convención sobre los Derechos del Niño. Índice Analítico*, 1ª ed., Fondo Editorial PUCP, Lima, Perú, 2001, pág. 11.

de ser un objeto de protección para ser un sujeto de derechos.⁴⁵

- Se basa en varios principios generales⁴⁶ y reconoce derechos y garantías específicos⁴⁷, algunos de los cuales se abordarán más adelante.

1.2.2.1.3. Especiales de aplicación exclusiva a los niños en situaciones específicas.

En este grupo se enunciarán los instrumentos internacionales que se refieren en forma exclusiva a los derechos de los niños, pero son especiales debido a que se limitan a un aspecto o situación específica respecto de ellos⁴⁸:

- **“Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” de 1980.**⁴⁹
- “Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores” de 1984.⁵⁰

45 Cfr. STANLEY, Ruth, “Los niños ante la ley: juventud y justicia penal en América Latina” en POTTHAS, Bárbara (editora), *Entre la familia, la sociedad y el Estado: niños y jóvenes en América Latina (siglos XIX-XX)*, Op. cit., págs. 375-377.

46 Interés superior del niño, la no discriminación, la participación del niño.

47 Educación, salud, debido proceso.

48 La lista es enunciativa, más no limitativa.

49 Véase CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), et al., *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, págs. 643-658.

50 Véase ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores”, La Paz, Bolivia, 24 de mayo de 1984, D.O. 21 de agosto de 1987, *Ibidem*, Tomo I, págs. 659-665.

- “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores” de 1985.⁵¹
- **“Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” de 1989.**⁵²
- “Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional” de 1993.⁵³
- “Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil” de 1990.⁵⁴
- “Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad” de 1990.⁵⁵

1.2.2.2. Instrumentos nacionales.

En el marco jurídico nacional existen, al igual que en el ámbito internacional, distintos instrumentos jurídicos en materia de protección de los niños:

51 Véase ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores”, Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, Nueva York, Estados Unidos de América, 29 de noviembre de 1985, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *Op. cit.*, págs. 663-671.

52 Véase ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, págs. 667-678.

53 Véase CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional”, La Haya, Países Bajos, 29 de mayo de 1993, D.O. 24 de octubre de 1994, *Ibidem*, Tomo I, págs. 705-722.

54 Véase ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil”, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/112, Nueva York, Estados Unidos de América, 14 de diciembre de 1990, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *Op. cit.*, págs. 673-677.

55 Véase ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad”, Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/113, Nueva York, Estados Unidos de América, 14 de diciembre de 1990, *Ibidem*, págs. 679-685.

federales y estatales; generales o especiales. Destacan como documentos básicos las Constituciones Políticas y las leyes de protección a la infancia⁵⁶.

- “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

Se establecen tanto obligaciones para la autoridad parental⁵⁷ como para el Estado, encaminadas a preservar y proveer lo necesario para la satisfacción de los derechos del niño como la alimentación, la salud, la educación y el sano esparcimiento para su desarrollo integral.⁵⁸

- Constitución Política de cada Entidad Federativa.

Algunos establecen dentro de su texto las garantías y derechos de las personas, otros se remiten a lo establecido a la “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.⁵⁹

- “Leyes para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, federal y estatales.

Cualquiera que sea su denominación, es la ley en donde se trasladan los principios y derechos establecidos en la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989.

- Leyes relativas a las Comisiones de Derechos Humanos, nacional y estatales.

- Leyes sobre el Sistema de Asistencia Social.

56 Entre otros.

57 Padres, tutores, adoptantes.

58 “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, México, D.O. 5 de febrero de 1917, artículo 4, en www.diputados.gob.mx.

59 Como ejemplo del primer caso está la “Constitución Política del Estado de Nuevo León”; en la segunda hipótesis se encuentra la “Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Sonora” que en su primer artículo se establece que todo individuo gozará de las garantías consagradas en la “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Véase “Constitución Política del Estado de Nuevo León”, México, P.O. 16 de diciembre de 1917, en www.congreso-nl.gob.mx y “Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Sonora”, México, promulgada el 16 de septiembre de 1917, en www.congresoson.gob.mx.

- Leyes relativas a la Procuración de Justicia de niños menores de edad.
- Códigos Civiles y/o Familiares.

1.3. Principios y derechos fundamentales reconocidos a los niños.

Previo al análisis de los principios y derechos consagrados por la “Convención sobre los Derechos del Niño”, se considera conveniente distinguir entre derecho y garantía.

El jurista italiano Luigi Ferrajoli hace una clara distinción entre estas figuras.

Para este autor los derechos fundamentales son:

*“...todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar...”*⁶⁰

En tanto que las garantías son:

“...las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos

⁶⁰ El mismo autor señala qué se debe entender por derecho subjetivo a “...cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica” y por status “...la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª ed., Editorial Trotta, Madrid, España, 2004, pág. 37.

fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.”⁶¹

El mismo autor establece una clasificación de las garantías: por un lado se encuentran las garantías primarias que son las obligaciones o prohibiciones que derivan del derecho subjetivo; y por el otro, las garantías secundarias que serán los medios para reparar o sancionar la violación de las garantías primarias.⁶²

En términos generales, los derechos fundamentales son las expectativas de derechos que tiene todo ser humano por el solo hecho de encontrarse en una determinada circunstancia; y la garantía será el mecanismo jurídico que otorga el mismo ordenamiento para asegurar el cumplimiento efectivo de ese derecho.

Es importante hacer esta distinción entre derecho y garantía, porque en ocasiones hay identidad entre estos conceptos, por ejemplo el caso de las normas con contenido procesal. Los derechos fundamentales relativos al debido proceso, como el derecho a la audiencia y el derecho a un recurso efectivo también son garantías, ya que son mecanismos para hacer efectivos otros derechos.

Desde la perspectiva de que los derechos y las garantías no son lo mismo, se abordará en apartados posteriores, lo relativo a los derechos de los niños consagrados por la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Op. cit., pág. 25.

⁶² *Ibidem*, pág. 43.

1.3.1. Principios generales.

Para el Comité de los Derechos de los Niños, existen cuatro grandes principios rectores de los derechos de los niños, concebidos bajo la *doctrina de la protección integral o garantista* y consagrados en los instrumentos señalados. Estos son: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el respeto a la participación del niño.⁶³

1.3.1.1. No discriminación.

Consagrado en el artículo 2 de la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989, se refiere a la obligación de los Estados parte de respetar los derechos del niño y asegurar su aplicación a todos los niños sujetos a su jurisdicción sin distinción alguna⁶⁴. Este principio se traduce en el derecho fundamental a la igualdad.

63 Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados Partes con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención”, Nueva York, Estados Unidos de América, aprobada en sesión del 11 de octubre de 1996, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *Op. cit.*, págs. 629-630.

64 Cfr. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Convención sobre los Derechos del Niño”, artículo 2, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 1989, D.O. 31 de julio de 1990, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *Op. cit.*, pág. 620. El principio de no discriminación se encuentra establecido también en la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre”, artículo 2; “Declaración de los Derechos del Niño” de 1959, principios 1 y 10; “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, artículo 2.2; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, artículos 2.1 y 24.; “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, artículos 1.1 y 24; “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Protocolo de San Salvador”, artículo 3; “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores”, regla 2.1.; “Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad”, regla 4; “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, artículo 1; “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, artículos 3, 8, 16, 17 y 18.

La discriminación implica un trato diferencial que priva a determinados sujetos del disfrute de derechos que le corresponderían en condiciones de igualdad.⁶⁵

El Comité de los Derechos del Niño ha definido la discriminación como:

“...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.”⁶⁶

Es importante señalar que no toda distinción de trato debe ser considerada discriminatoria. El trato diferenciado sólo será discriminatorio cuando carezca *“...de justificación objetiva y razonable...”⁶⁷*. En este sentido los niños poseen los derechos que le corresponden a todos los seres humanos y además tienen derechos especiales derivados de su condición, sin que el

65 Cfr. GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, “Discriminación” en MÁRQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Op. cit., Tomo II, págs. 1365-1366.

66 HODGKIN, Rachel, et al., *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Op. cit., pág. 19.

67 Eur. Court H.R., *Case of Willis v. The United Kingdom*, Judgment of 11 June, 2002, párrafo 39; Eur. Court H.R., *Case of WesselsBergervoet v. The Netherlands*, Judgment of 4th June, 2002, párrafo 42; Eur. Court H.R., *Case of Petrovic v. Austria*, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998II, párrafo 30; Eur. Court H.R., *Case «relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium» v. Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, párrafo 34, citado por CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Op. cit., párrafo 46.

trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad se considere discriminatorio.⁶⁸

1.3.1.2. Interés superior del niño.

Muchos de los instrumentos jurídicos que velan por la protección de los niños, como la “Convención sobre los Derechos del Niño”, utilizan expresiones como *interés superior del menor*, *interés superior del niño* o simplemente *interés del menor* o *interés del niño*.⁶⁹

El término *interés superior del niño* ha sido ampliamente discutido y algunos autores lo han considerado como un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido sólo puede precisarse en cada caso concreto.⁷⁰

El *interés superior del menor* constituye uno de los principios fundamentales en torno del cual gira el sistema de protección a la infancia. Se encuentra tanto en la *doctrina de la situación irregular* como en la de la *protección integral*.

68 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “...el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, *Op. cit.*, párrafo 137.3.

69 Artículos 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la “Convención sobre los Derechos del Niño”; “Declaración de los Derechos del Niño” de 1959, principio 7; “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, artículos 3 y 4.

70 Desde una óptica judicial se ha definido como “...un concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia del juez a partir de la valoración de una serie de circunstancias de lógica y de sentido común determinadas por el conocimiento, la experiencia y la sensibilidad que tiene y que adquiere el juez o el mediador durante el proceso sobre los datos e informes facilitados por las partes”. SEIJAS QUINTANA, J.A. “Consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Guarda y custodia. Régimen de Visitas. Aspectos Internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas”, citado por VARGAS GOMEZ-URRUTIA, Marina, *La protección internacional de los derechos del niño y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, S.N.E., Editado por la Secretaría de Cultura del Gobierno de Jalisco, México, 1999, pág. 98.

En la doctrina de la *situación irregular*, el Estado llegaba a tomar medidas de forma discrecional bajo el argumento de que protegían el “interés superior del niño”, sobre todo en cuestiones de derecho de familia⁷¹. Lo anterior se traducía en la trasgresión de otros derechos, tanto de los niños, como de sus padres.

Conforme a la doctrina de la *protección integral*, este principio es entendido como:

“...la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños.”⁷²

Conforme a esta doctrina, el *interés superior del niño* deja de ser un principio utilizado para justificar la discrecionalidad de las autoridades y se convierte en un límite a la misma, con el fin de otorgar a los niños la plena satisfacción de sus derechos y se funda “...en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”⁷³.

71 Cfr. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, Marina, *La protección internacional de los derechos del niño y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Op. cit., pág. 97.

72 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”, Op. cit., párrafo 15, resumen de la intervención de Costa Rica.

73 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “*Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*”, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C número 110, párrafo 163 en HUERTAS DÍAZ, Omar (compilador), et al., *Convención Americana de Derechos Humanos*, S.N.E., Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2005, pág. 192.

En la “Convención sobre los Derechos del Niño”, el principio se menciona en diversos artículos, aunque es el artículo 3 el que lo regula en forma específica.⁷⁴

Sobre este principio se puede mencionar:

- Constituye un derecho fundamental y corresponde a los Estados establecer las garantías respectivas para que sea respetado, tanto por las instituciones públicas, como por las instituciones privadas y los padres o tutores.
- Es una consideración primordial para la protección de los derechos de los niños, por lo que deberá estar presente en todas las medidas que se adopten.
- Constituye un límite para la autoridad.
- Debe ser tomado en cuenta en todas las medidas concernientes a los niños, es decir, el pleno desarrollo y ejercicio de los derechos de la niñez serán los rectores de las políticas públicas, de la legislación, de las resoluciones y de cualquier otra medida pública o privada relacionada con este sector de la población.⁷⁵

74 El primer párrafo del artículo 3 de la “Convención sobre los Derechos del Niño” señala: “3.1 *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Convención sobre los Derechos del Niño”, artículo 3, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 1989, D.O. 31 de julio de 1990, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Op. cit., pág. 620.

75 Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Op. cit., párrafo 137.2.

1.3.1.3. Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo.

El derecho a la vida es “...un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido”⁷⁶.

El derecho a la vida comprende por un lado el derecho a no ser privado de la vida en forma arbitraria y por el otro a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna, es decir, el derecho a la vida implica el derecho a una vida digna.⁷⁷

Este derecho también implica la garantía primaria consistente en una obligación negativa para el Estado de no privar de la vida de modo arbitrario a una persona y la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar el goce de ese derecho, incluso mediante acciones para disminuir la mortalidad, combatir las enfermedades, la malnutrición, entre otros.⁷⁸

En el caso de los niños, el ejercicio del derecho a la supervivencia y el derecho al desarrollo se conforma a través de la satisfacción de otros derechos consagrados en la “Convención sobre los Derechos del Niño”, en donde el Estado debe tomar medidas a corto y largo plazo, para proporcionarle al niño las condiciones óptimas para su infancia y prepararlo para la vida adulta.

76 HUERTAS DÍAZ, Omar (compilador), et al., *Convención Americana de Derechos Humanos*, Op. cit., pág. 49.

77 Cfr. *Idem*.

78 En tal sentido los Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cañado Trinidad y Abreu Burelli han señalado: “El derecho a la vida implica no solo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente, sino también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básico...”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala”, Sentencia de fondo, 28 de agosto de 2002, Serie C número 63, voto concurrente conjunto de los Jueces Cañado Trinidad y Abreu Burelli, párrafo 2, en www.corteidh.or.cr.

El derecho a la supervivencia, es el derecho a la vida digna del que se habló en párrafos anteriores y comprende el derecho a la vida, la satisfacción de las necesidades básicas como la nutrición, la salud y el nivel de vida adecuado.

El derecho al desarrollo se constituye a partir de los derechos que permiten que el niño alcance su máximo potencial, como el derecho a la educación, al acceso a la información, al juego, a la libertad de pensamiento, entre otros.⁷⁹

El reconocimiento del derecho a la vida de los niños y la obligación de los Estados de garantizar su supervivencia y desarrollo se encuentran en el artículo 6 de la “Convención sobre los Derechos del Niño”.⁸⁰

1.3.1.4. La participación del niño.

Este principio resalta el nuevo sistema de protección integral de los derechos de los niños, ya que al ser considerados como sujetos plenos de derecho, en lugar de simples objetos de protección, se les reconoce el derecho fundamental de ser escuchados en todos los asuntos que les afecte.⁸¹

79 Cfr. MARTÍN, Amanda, “La Convención sobre los Derechos del Niño”, en MONCLÚS ESTELLA, Antonio (coordinador), *Educación para el Desarrollo y Cooperación Internacional*, 1ª ed., Editorial Complutense, Madrid España, 2001, págs. 203-204.

80 Véase ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Convención sobre los Derechos del Niño”, artículo 6, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 1989, D.O. 31 de julio de 1990, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *Op. cit.*, pág. 620. El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo también se encuentran en la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre”, artículo 3; “Declaración de los Derechos del Niño” de 1959, principios 4 y 8; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, artículo 6.1.; “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, artículo 4.1; “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, artículos 15 y 19.

81 El reconocimiento expreso de la participación de los niños en los asuntos que les afecte “...es una de las principales innovaciones de la Convención. Establece la obligación de ofrecer a los niños y niñas, en la medida en que van desarrollando sus capacidades, las oportunidades para que asuman un papel activo en sus comunidades y Estados”. MARTÍN, Amanda, “La Convención sobre los Derechos del Niño”, en MONCLÚS ESTELLA, Antonio (coordinador), *Educación para el Desarrollo y Cooperación Internacional*, *Op. cit.*, pág. 204.

De conformidad con el artículo 12 de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, los Estados deben garantizar a los niños, bajo ciertas pautas, el derecho a expresarse y a que se tomen en cuenta sus opiniones. Dichas pautas sostienen que⁸²:

- Los niños pueden expresar su opinión respecto de los asuntos que les afecten, siempre que estén en condiciones de formarse un juicio propio.
- En caso de procedimiento judicial o administrativo que afecte sus intereses, el niño siempre deberá de tener la oportunidad de ser escuchado.
- Esa opinión será debidamente valorada de conformidad con la edad y madurez del niño.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el alcance de la participación del niño en los procedimientos judiciales o administrativos debe estudiarse en cada caso, de acuerdo a las condiciones específicas del niño, para que su participación sea acorde a su interés superior.⁸³

82 Cfr. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Convención sobre los Derechos del Niño”, artículo 12, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 1989, D.O. 31 de julio de 1990, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *Op. cit.*, págs. 620-621. La participación del niño también es mencionada en los artículos 9, 13, 21, 37 y 40. En la legislación nacional está establecido en los artículos 38, 39 y 41 de la “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”.

83 Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, *Op. cit.*, párrafos 101-102.

1.3.2. El debido proceso legal.

Los Estados deben de reconocer y respetar los derechos y libertades de todas las personas por medio de los derechos fundamentales y garantizar su ejercicio y cumplimiento.

Uno de estos derechos fundamentales es el del debido proceso entendido como *“...el derecho de las personas a ser oídas en condiciones de igualdad por tribunales imparciales, para definir sus derechos y obligaciones o para responder por presuntas transgresiones a la ley”*⁸⁴.

El debido proceso legal comprende *“...las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”*⁸⁵.

Al respecto, la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en el artículo 8.1 señala:

*“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”*⁸⁶

84 GÁLIVIZ ORTIZ, Ligia, *Comprensión de los Derechos Humanos. Una visión para el siglo XXI*, 3ª ed., Ediciones Aurora, Bogotá, Colombia, 2005, pág.139.

85 HUERTAS DÍAZ, Omar (compilador), *et al.*, *Convención Americana de Derechos Humanos, Op. cit.*, pág. 111.

86 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Americana de Derechos Humanos”, artículo 8, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, D.O. 9 de enero de 1981, en CENTRO POR LA JUSTICIA Y

Como se observa en los párrafos anteriores las condiciones que componen el debido proceso legal deben ser observadas en todo procedimiento, sea éste penal, o de cualquier otra naturaleza.

En caso de los niños aplica la misma situación, pero debido a que las condiciones en las que participa un niño en un proceso son distintas a aquéllas en las que participa un adulto, resulta necesaria la adopción de medidas específicas para que gocen efectivamente de dichos derechos.⁸⁷

La “Convención sobre los Derechos del Niño” establece en su artículo 40, los elementos que integran el derecho fundamental al debido proceso legal de los niños en la administración de justicia por infracción a normas de carácter penal.

Ahora bien, respecto al derecho del debido proceso legal en ramas distintas a la penal, si bien no están sistematizadas dentro de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, pueden aplicarse las mismas reglas en lo que sean compatibles, mediante una interpretación a la luz de otras disposiciones referentes a los derechos humanos⁸⁸ y del *ius cogens* internacional⁸⁹.

EL DERECHO INTERNACIONAL (compilador), *Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, 3ª ed., S.E., San José, Costa Rica, 2003, pág. 34.

87 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado “...*Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural -competente, independiente e imparcial-, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos*”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”, *Op. cit.*, párrafo 137.10.

88 En la “Convención Americana de Derechos Humanos”, el derecho al debido proceso se encuentra en el artículo 8, aunque también son aplicables las disposiciones previstas en los artículos 9 y 25.

89 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la interpretación de los tratados se debe tomar en cuenta tanto los acuerdos formalmente relacionados con éste como el sistema dentro del cual se suscribió. *Cfr.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “*Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*”, Opinión Consultiva OC-16/1999 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, Serie A número 16, párrafo 113, en www.corteidh.or.cr.

En tal sentido, el derecho al debido proceso legal y las garantías procesales que en él se estipulan, deben respetarse en todos los procedimientos judiciales o administrativos en donde esté en controversia un derecho fundamental del niño, ya sean penales, civiles, laborales o de otra índole⁹⁰.

La existencia de este principio en las legislaciones de los países es importante, en virtud de que se intenta obtener que la actuación de la autoridad esté de acuerdo a la ley y que las resoluciones que emiten sean justas y equitativas.

1.3.2.1. Principio de legalidad.

El principio de legalidad, acogido por diversos documentos jurídicos⁹¹, consiste en que “...*todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado en el derecho en vigor*”⁹².

De acuerdo a la materia de la que se trate, el principio de legalidad se materializa en la aplicación de otros principios: en materia penal se encuentra el principio de *nullum crimen sine lege* -no hay crimen sin ley- que significa que ninguna conducta será calificada como delito si no está prevista

90 Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso de la comunidad indígena de Yakie Axa vs. Paraguay”, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C Número 125, párrafo 62, en www.corteidh.or.cr.

91 Véase artículo 40 de la “Convención sobre los Derechos del Niño”; “Convención Americana de Derechos Humanos”, artículos 8 y 9; “Declaración Universal de los Derechos del Hombre”, artículos 9 y 11.2; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, artículo 15; “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, artículos 14, 16 y 20; “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, artículo 45.

92 En este sentido se habla de *imperio de la ley*, es decir, que “...*todo acto de la autoridad pública debe tener fundamento en una norma jurídica vigente y, más allá, dicha norma jurídica debe encontrar su propio sustento en una norma superior*”. SALAZAR UGARTE, Pedro, “Legalidad” en BACA OLAMENDI, Laura (compiladora), *et al.*, *Léxico de la Política*, 1ª ed., Editorial Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2000, pág. 389.

en ley, con anterioridad al hecho⁹³; en materia administrativa, se traduce en que los órganos del Estado únicamente pueden actuar en aquellos casos en los que el marco jurídico les ha facultado expresamente para ello⁹⁴.

La legalidad, en este sentido, es un derecho fundamental de toda persona, que consiste en el límite de la autoridad, en virtud de que supone:

- La existencia de leyes previas a los actos de autoridad.
- La coherencia de las leyes respecto de una ley de orden superior.⁹⁵
- La competencia de la autoridad y el contenido de sus actos en sí, deberán ser conforme a las leyes establecidas con anterioridad al hecho.

El principio de legalidad, es esencial en todo estado de derecho; de la legalidad depende el ejercicio efectivo de los derechos humanos⁹⁶, en virtud de que toda actuación contraria a los principios y normas establecidos siempre se traduce en una violación a los derechos fundamentales.

1.3.2.2. Juez natural.

El derecho a un Juez natural se refiere a que “...*el juez encargado de la causa debe ser competente, independiente e imparcial...*”.⁹⁷

93 Cfr. MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, 1ª ed., Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1992, págs. 128 129.

94 Cfr. ULLA, Decio, “*El principio de legalidad en el ejercicio de la función administrativa*” en CARELLO, Luis Armando, *Derecho Constitucional y Administrativo*, S.N.E., Editorial Juris, Santa Fe, Argentina, 1999, pág. 115.

95 *Supra* nota 92.

96 El principio de legalidad, es esencial en todo estado de derecho, y la autora Galvis Ortiz, lo considera fundamental para la realización de los derechos humanos. Cfr. GÁLVIZ ORTIZ, Ligia, *Comprensión de los Derechos Humanos. Una visión para el siglo XXI*, *Op. cit.*, pág.140.

97 HUERTAS DÍAZ, Omar (compilador), *et al.*, *Convención Americana de Derechos Humanos*, *Op. cit.*, pág. 113.

Debe ser competente, lo cual implica la “...*idoneidad atribuida a un órgano de autoridad para conocer o llevar a cabo determinadas funciones o actos jurídicos*”⁹⁸.

Asimismo, el poder judicial al ser el encargado de la administración de justicia “... *debe gozar de total independencia frente a los otros poderes y libre de presiones provenientes de la violencia, la extorsión o el chantaje*”⁹⁹.

En los términos anteriores, se encuentra redactado el artículo 8.1 de la “Convención Americana de Derechos Humanos”, que establece que la administración de justicia debe estar a cargo de un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad al hecho.¹⁰⁰

En el caso de controversias o situaciones que involucren niños y adolescentes, es importante señalar que la “Convención sobre los Derechos

98 FLORES GARCÍA, Fernando, “*Competencia*” en MÁRQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Op. cit., Tomo I, pág. 639.

La competencia puede determinarse por grado, materia, cuantía y territorio y con relación al territorio, la competencia puede fijarse de acuerdo a la nacionalidad de las partes, el domicilio de las partes, el lugar de ubicación del inmueble, el lugar de la ejecución del acto, el lugar de la celebración del acto o el domicilio del propietario de un bien mueble. Cfr. CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, 4ª ed., Editorial Oxford, México, 2006, pág. 62.

Además, el órgano judicial que conozca de la causa debe ser creado previamente al hecho motivador de la actuación y proceso judicial, es decir, no debe ser un tribunal de excepción o *ad hoc* Cfr. JAÉN VALLEJO, Manuel, *Tendencias actuales de la Jurisprudencia Constitucional Penal. Las garantías del proceso penal*, S.N.E., Editorial Dykinson, Madrid, España, 2002, pág. 27.

99 GALVIS ORTÍZ, Ligia, *Comprensión de los Derechos Humanos. Una visión para el siglo XXI*, Op. cit., pág.140.

100 Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “*Convención Americana de Derechos Humanos*”, artículo 8, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, D.O. 9 de enero de 1981, en CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (compilador), *Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Op. cit., pág. 34. En el mismo sentido se observa el artículo 40.2.b) de la “Convención sobre los Derechos del Niño”; la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre”, artículo 10; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, artículo 14.1; “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de los Menores”, regla 14.1.; “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, artículo 14.

del Niño” establece que se debe buscar la preservación de la especialidad de las leyes y las autoridades encargadas de esta tarea.¹⁰¹

En este sentido, organismos internacionales han manifestado la importancia de brindar capacitación a las autoridades que resuelven los procedimientos en los que se ventilan derechos de los niños, como un requisito fundamental del ejercicio de sus funciones.¹⁰²

1.3.2.3. El derecho a la doble instancia y la garantía del recurso efectivo.

El derecho a la doble instancia se refiere a que toda resolución o medida dictada debe “...tener la posibilidad de ser revisadas por un tribunal superior”¹⁰³. Esta revisión tiene como propósito que la resolución impugnada sea revocada, modificada o anulada.¹⁰⁴

La doble instancia implica la posibilidad de cuestionar el contenido de una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, en virtud de que la resolución, al ser un acto humano, puede contener errores tanto en

101 Cfr. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Convención sobre los Derechos del Niño”, artículo 40, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 1989, D.O. 31 de julio de 1990, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *Op. cit.*, pág. 624.

Al respecto, Miguel Ángel Sandoval, educador y abogado especialista en ciencias penales y juez de apelación venezolano, señala que “...la intervención de tribunales...debe tomar en cuenta las diversas necesidades especiales de los menores”, SANDOVAL, Miguel A. “La opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos del niño”, en CORNIELES, Cristóbal (coordinador), *Tercer año de vigencia de la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente. IV Jornadas sobre la LOPNA*, 1ª ed., Editorial Texto, Caracas, Venezuela, 2004, pág. 231.

102 Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, *Op. cit.*, párrafo 15, resumen de la intervención del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional.

103 SANDOVAL, Miguel A. “La opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos del niño”, en CORNIELES, Cristóbal (coordinador), *Tercer año de vigencia de la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente. IV Jornadas sobre la LOPNA*, *Op. cit.*, pág. 232.

104 Cfr. FIX ZAMUDIO, Héctor, “Recurso” en MÁRQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, *Op. cit.*, Tomo IV, pág. 3205.

la determinación de los hechos como en los fundamentos invocados, los cuales deben ser subsanados.¹⁰⁵

Tanto la “Convención Americana de Derechos Humanos”, como la “Convención sobre los Derechos del Niño” establecen este derecho y señalan que toda persona, incluso el niño, tiene el derecho a que las sentencias dictadas que afecten sus derechos sean revisadas por un tribunal superior, competente e imparcial.¹⁰⁶

Además del derecho a la doble instancia, de conformidad con artículo 25 de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, toda persona debe tener acceso a un recurso rápido, sencillo y efectivo que lo proteja contra actos que violen sus derechos fundamentales.¹⁰⁷

En México, el recurso a que hace referencia el artículo 25 antes señalado, es el juicio de amparo, pues constituye el medio de defensa que prevé la “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” para que los gobernados reclamen violaciones a sus derechos fundamentales.¹⁰⁸

105 Cfr. GARCÍA-SAYÁN, Diego, *et al.*, *Protección de los Derechos Humanos*, 2ª ed., Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 1999, pág. 124.

106 “Convención Americana de Derechos Humanos” artículo 8.2.h; “Convención sobre los Derechos del Niño” 40.2.b); “Declaración Universal de los Derechos del Hombre”, artículo 8; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, artículo 14.5; “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores”, regla 7.1.; “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, artículo 23; “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, artículo 46.

107 Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “*Convención Americana de Derechos Humanos*”, artículo 25, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, D.O. 9 de enero de 1981, en CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (compilador), *Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, *Op. cit.*, pág. 40.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el Estado no sólo está obligado a establecer un recurso para ampararse contra los actos de autoridad que violen sus derechos fundamentales, sino que además dicho recurso debe ser eficaz, es decir que el recurso “...debe ser capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido...”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “*Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras*”, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C número 4, párrafo 66, en www.corteidh.or.cr.

108 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos recoge la institución del amparo entendido como “...el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados

1.3.2.4. Presunción de inocencia.¹⁰⁹

La presunción de inocencia es el derecho que tiene “...*toda persona acusada de la comisión de un delito, a ser considerada y tratada como inocente, en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad*”¹¹⁰.

Este principio consiste en que toda persona sujeta a un procedimiento por infracción a una ley penal, será considerado “...*inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada*”¹¹¹.

El acusado goza del beneficio de la duda mientras no sea demostrada su culpabilidad, tiene el derecho a no declarar en su contra y la carga de la prueba de su culpabilidad la tienen los propios acusadores, que por lo general es alguna autoridad del propio Estado. Si tal comprobación es incompleta o deficiente, el acusado debe ser absuelto.¹¹²

En el caso de los derechos de los niños se debe considerar la condición especial que tienen al momento de atribuirles responsabilidad penal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-

Partes y por la Convención...”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana de Derechos Humanos”, Opinión Consultiva OC 8/1987 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 30 de enero de 1987, serie A número 8, párrafo 32, en www.corteidh.or.cr.

109 Se encuentra reconocido en los siguientes instrumentos: “Declaración Universal de los Derechos del Hombre”, artículo 11.1; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, artículo 14.2; “Convención sobre los Derechos del Niño”, artículo 40.2.b); “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, artículo 8.2; “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores”, regla 7.1.; “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, artículo 20; “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, artículo 46.

110 RODRÍGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús, “Presunción de inocencia” en MÁRQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit.*, Tomo IV, pág. 2993.

111 HUERTAS DÍAZ, Omar (compilador), *et al.*, *Convención Americana de Derechos Humanos, Op. cit.*, pág. 116.

112 Cfr. SANDOVAL, Miguel A. “La opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos del niño”, en CORNIELES, Cristóbal (coordinador), *Tercer año de vigencia de la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente. IV Jornadas sobre la LOPNA, Op. cit.*, pág. 232.

17/2002, al hacer referencia a la intervención del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional señaló que:

*“...los niños menores de 18 años, pero mayores de 12 ó 14 años, ‘no deberían ser considerados penalmente imputables, pero sí penalmente responsables’, tomando en consideración que, en virtud de su condición de niño, es una persona inimputable que ‘ha tenido obstáculos para participar igualitariamente en la sociedad y para satisfacer sus necesidades’, y por ello el Estado debe tomar en cuenta estas circunstancias y promover las condiciones que les permitan integrarse a la sociedad.”*¹¹³

1.3.2.5. Principio de contradicción.¹¹⁴

El principio de contradicción consiste en *“...la búsqueda del mayor equilibrio entre las partes para la debida defensa de sus derechos e intereses...”*¹¹⁵.

Se traduce en la participación activa de las personas en el proceso, mediante el derecho de las partes a que intervengan por sí o por conducto de un representante legal; el derecho de refutar los hechos que se imputan

113 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”, *Op. cit.*, párrafo 15, resumen de la intervención del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional.

114 “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, artículo 8.2; “Convención sobre los Derechos del Niño”, artículo 40.2.b); “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, artículo 14.3; “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores”, reglas 7 y 15; “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, artículo 20.; “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, artículos 45 y 46.

115 SANDOVAL, Miguel A. “*La opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos del niño*”, en CORNIELES, Cristóbal (coordinador), *Tercer año de vigencia de la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente. IV Jornadas sobre la LOPNA*, *Op. cit.*, pág. 232.

mediante el ofrecimiento y admisión de pruebas, así como el derecho a presentar alegatos.¹¹⁶

En este sentido, en procesos de naturaleza civil, el derecho de contradicción se garantiza con la oportunidad de contestar la demanda y sustentar con pruebas cada una de sus afirmaciones.¹¹⁷

En el caso de procedimientos penales implica además, la posibilidad del acusado de estar presente en todas y cada una de las actuaciones judiciales, para que tenga la posibilidad de oponerse y exponer sus posiciones.¹¹⁸

En el caso de las personas menores de edad, este principio consiste en la posibilidad de que el niño intervenga en los procesos en los que se ventilen derechos o intereses que le afecten; debe ser oído por sí o por conducto de su representante, así como tener la posibilidad de ofrecer pruebas y presentar alegatos.

1.3.2.6. Publicidad del proceso.

La publicidad del proceso es un derecho que *“...permite un control directo de la ciudadanía sobre la rectitud y corrección del proceso y de la igual aplicación de la ley por parte de los órganos encargados de impartir justicia”*¹¹⁹.

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el Comité de Derechos Humanos han señalado que los actos procesales deben ser

116 Cfr. SANDOVAL, Miguel A. “La opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos del niño”, en CORNIELES, Cristóbal (coordinador), *Tercer año de vigencia de la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente. IV Jornadas sobre la LOPNA*, Op. cit., pág. 232.

117 GARCÍA-SAYÁN, Diego, et al., *Protección de los Derechos Humanos*, Op. cit., pág. 123.

118 Cfr. *Idem*.

119 *Ibidem*, pág. 125.

abiertos al público en general, es decir, debe existir la posibilidad de ser observados por personas ajenas al procedimiento¹²⁰, con la finalidad de transparentar las actuaciones judiciales.

La publicidad del proceso puede ser limitada por consideraciones de moral, de orden público y de seguridad nacional.¹²¹

De la misma forma puede limitarse la publicidad del proceso para salvaguardar la vida privada de las partes, como en el caso de los niños, donde en consideración a su interés superior, se restringe la publicidad del proceso a fin de prevenir prejuicios que pudieran afectar su desarrollo y vida futuros.¹²²

1.3.3. Otros derechos.

Como se explicó en apartados anteriores, la “Convención sobre los Derechos del Niño”, es el primer instrumento internacional con carácter vinculante que desarrolla ampliamente todos los derechos que debe tener este sector de la población, como los derechos de libertad, derechos relacionados con la personalidad, los derechos procesales antes descritos, entre otros.

120 Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, *Op. cit.*, párrafo 134 y COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observación General número 13” en GARCÍA-SAYÁN, Diego, *et al.*, *Protección de los Derechos Humanos*, *Op. cit.*, pág. 126.

121 Cfr. GALVIS ORTÍZ, Ligia, *Comprensión de los Derechos Humanos. Una visión para el siglo XXI*, *Op. cit.*, pág. 141.

122 SANDOVAL, Miguel A. “La opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos del niño”, en CORNIELES, Cristóbal (coordinador), *Tercer año de vigencia de la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente. IV Jornadas sobre la LOPNA*, *Op. cit.*, pág. 232.

Tanto el principio como sus excepciones están establecidas en la “Convención sobre los Derechos del Niño”, artículos 16 y 40.2.b); “Convención Americana sobre los Derechos del Hombre”, artículo 8.5; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, artículo 14.1; “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores”, regla 8.1.; “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, artículos 16 y 20.

En este apartado se expondrá en forma breve algunos de esos derechos consagrados en la “Convención sobre los Derechos del Niño”, que tienen relevancia para la presente investigación.

1.3.3.1. Derechos de los niños relacionados con su entorno familiar.

Uno de los ejes rectores de la “Convención sobre los Derechos del Niño” es lo relativo a las relaciones del niño con su familia y en especial con sus padres, por lo que considera fundamental el papel de la familia en el sano desarrollo de los niños.¹²³ En este sentido, el niño tiene, con relación a su entorno familiar, los siguientes derechos:¹²⁴

- En la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
- A que el Estado respete el derecho a preservar sus relaciones familiares.
- A no ser separado de sus padres salvo cuando es necesario por su interés superior. En caso de ser separado de uno o ambos padres tiene el derecho a mantener contacto con ellos.

123 En el preámbulo de la “Convención sobre los Derechos del Niño” se establece: “*Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad...Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...*”. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Convención sobre los Derechos del Niño”, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 1989, D.O. 31 de julio de 1990, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *Op. cit.*, pág. 619.

124 Artículos 7.1, 8.1, 9, 10, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 27 de la “Convención sobre los Derechos del Niño”; “Declaración Universal de los Derechos del Hombre”, artículos 12 y 16; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, artículos 17 y 23; “Declaración Americana sobre Derechos Humanos”, artículos 11 y 17; “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, artículo 4; “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, artículo 23.

- A que la solicitud de reunión familiar sea atendida y a mantener relaciones con sus padres si residen en Estados diferentes.
- A recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia.
- A que el Estado garantice el derecho y la obligación que ambos padres tienen respecto a su crianza y desarrollo, la cual deberán realizar siempre en consideración a su interés superior, en condiciones que garanticen un nivel de vida adecuado.
- A que se le proteja de toda forma de perjuicio o abuso mientras esté en custodia de sus padres.
- A una protección y asistencia especial cuando sean privados de su medio familiar.

1.3.3.2. Traslado y retención ilícito.

Este es el tema central de la presente investigación, por lo que únicamente se hará mención en este apartado, de los instrumentos internacionales específicos que regulan el traslado y la retención ilícitos; su análisis se reservará para capítulos posteriores. Estos instrumentos son:

- La “Convención sobre los Derechos del Niño” que en el artículo 11 establece:

“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.

2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.”¹²⁵

- **La “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de las Sustracción Internacional de Menores” de 1980; y**
- **La “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” de 1989.**

¹²⁵ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Convención sobre los Derechos del Niño”, artículo 11, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 1989, D.O. 31 de julio de 1990, en HODGKIN, Rachel, *et al.*, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *Op. cit.*, pág. 620.

CAPITULO SEGUNDO

ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. MARCO GENERAL.

2.1. Las convenciones sobre aspectos civiles de la sustracción y/o restitución internacional de menores.

La sustracción y/o restitución de niños adquiere frecuentemente dimensiones internacionales, sobre todo cuando las partes involucradas en el conflicto son de diferentes nacionalidades.

Cuando en una unión civil de hecho o de derecho entre dos personas, se tienen hijos, y esta unión se desintegra, alguno de los padres puede inclinarse por trasladar al niño desde el lugar de su residencia habitual hacia otro territorio. Este traslado puede realizarse inclusive hacia otro país, generalmente aquél del cual es nacional el padre que traslada al niño.¹²⁶

Estos traslados en ocasiones son ilegales, y constituyen una acción que va contra los intereses del niño “...*al alterar sus relaciones afectivas con los padres, y las relaciones sociales y culturales adquiridas en el país donde residía*”¹²⁷.

¹²⁶ Cfr. BERRAZ, Carlos, *La protección Internacional del menor en el Derecho Internacional Privado*, S.N.E., Editorial Centro de Publicaciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 2000, pág. 29.

Sobre este punto la Profesora Carmen González Pedrouzo señala que este traslado se realiza “...*con el objeto de ampararse en una jurisdicción y una ley que le resulte más beneficiosa que la de la residencia habitual que el menor poseía al momento de dicho traslado o retención*”. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “*Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, número 18, julio-diciembre 2000, pág. 20.

¹²⁷ BERRAZ, Carlos, *La protección Internacional del menor en el Derecho Internacional Privado*, *Op. cit.*, pág. 29.

En virtud de lo anterior, los Estados, como parte de la comunidad internacional¹²⁸, en busca de métodos adecuados para lograr impedir y en su caso retrotraer sus efectos¹²⁹, celebraron tratados cuyo objetivo principal consiste “...en garantizar la restitución inmediata de los menores retenidos o trasladados de manera ilícita en un Estado parte diferente al de su residencia habitual...”¹³⁰.

En este sentido, México ha ratificado dos instrumentos internacionales con este fin:

- La “Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”¹³¹; y
- La “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”¹³².

En primer lugar, se darán los datos generales de ambas convenciones, sus objetivos y la compatibilidad de su aplicación. Posteriormente se realizará el análisis de la “Convención de La Haya”, con breves referencias a la “Convención Interamericana”.

Esto en virtud de que la aplicabilidad de la “Convención de la Haya” es mayor que la “Convención Interamericana”, tanto en el número de Estados

128 El Doctor Carlos Arellano García señala que “...Los Estados son miembros de la comunidad internacional. No viven en estado de aislamiento, por tanto, han de relacionarse entre sí...” ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1993, pág. 489.

129 Carlos Berraz señala que esta infracción a los intereses del niño creo “...la necesidad de que los países tuvieran que preocuparse realmente por esta situación, y explorar los caminos y métodos necesarios para lograr impedirlos”. BERRAZ, Carlos, *La protección Internacional del menor en el Derecho Internacional Privado*, Op. cit., pág. 29.

130 BLUMKIN, Silvia B., “La sustracción internacional de menores”, en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Comisión de Publicaciones del Colegio, Buenos Aires, Argentina, Tomo 55, número 1, julio de 1995, pág. 32.

131 En adelante “Convención de la Haya”.

132 En adelante “Convención Interamericana”.

contratantes que han firmado, ratificado o se han adherido al instrumento¹³³, como en el número de casos prácticos en los que México ha intervenido¹³⁴.

2.1.1. Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Fue aprobado por unanimidad¹³⁵ de los Estados presentes en la Decimocuarta sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado el 25 de octubre de 1980 y entró en vigor el 1 de diciembre de 1983.¹³⁶

De los textos sobre situaciones en las que se afectan derechos de los niños aprobados dentro de la Conferencia de La Haya, éste es el que cuenta con mayor número de ratificaciones y adhesiones¹³⁷. En marzo de 2004 tenía

133 La "Convención de la Haya" tiene actualmente 82 Estados contratantes, mientras que la "Convención Interamericana" sólo tiene 14.

134 Más del 80% de los casos en los que México ha intervenido, ya sea como autoridad requirente o autoridad requerida, entre 2008 y 2009 son con Estados Unidos de América, cuyas relaciones en la materia se rigen por la "Convención de la Haya". Cfr. SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES. Dirección General del Acervo Histórico Diplomático, "*Respuestas a Solicitudes de Acceso a Información Pública Gubernamental*". Expediente UDE-2564/09 folio 0000500084209, respuesta de fecha 21 de julio de 2009 y expediente UDE-0124/10 folio 0000500130609 respuesta de fecha 13 de enero de 2010.

135 Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Checoslovaquia (ahora República Checa y Eslovaquia), Venezuela y Yugoslavia; La República Árabe de Egipto, Israel e Italia, no participaron en la votación; Marruecos, la Santa Sede y la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sólo enviaron observadores. Cfr. MATUS CALLEROS, Eileen, *Derecho Internacional Privado Mexicano ante la Restitución Internacional de Menores*, 1ª ed. IJ-UNAM, México, 2009, pág. 33.

136 Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, "*Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*", *Op. cit.*, pág. 12.

137 Cfr. *Idem*.

vigencia en 76 países¹³⁸ y para agosto de 2009 tenía 82 Estados contratantes¹³⁹.

Esta Convención está organizada en seis capítulos¹⁴⁰:

- El primero denominado *Ámbito de aplicaciones de la Convención* donde se detallan los objetivos de la convención, los conceptos fundamentales y su ámbito de aplicación;
- El segundo titulado *Autoridades Centrales* donde se establecen las facultades y obligaciones de las Autoridades Centrales en el procedimiento de restitución;

138 Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores*, S.N.E., Editorial Dykinson, Madrid, España, 2005, pág. 54.

139 Estados miembros de la Conferencia de La Haya que han ratificado la Convención: Albania, Alemania, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, La ex República Yugoslava de Macedonia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, México, Mónaco, Montenegro, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República Popular China, Rumania, Serbia, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania, Uruguay, Venezuela; Estados no miembros de la Conferencia de La Haya que se han adherido a la convención: Armenia, Bahamas, Belice, Burkina Faso, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Fiji, Guatemala, Honduras, Mauricio, Nicaragua, República de Moldova, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Marino, Seychelles, Tailandia, Trinidad y Tobago, Turkmenistán, Uzbekistán, Zimbabwe; Países con los que la Convención ha entrado en vigor para México: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Belarús, Bélgica, Belice, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Chipre, Croacia, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Fiji, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Guatemala, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Mauricio, Mónaco, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Moldova, República Dominicana, República Popular China, Rumania, Saint Kitts y Nevis, San Marino, Serbia, Sudáfrica, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Tailandia, Trinidad y Tobago, Turkmenistán, Turquía, Ucrania, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Zimbabwe. Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, "*Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*", La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, Estado de firmas y ratificaciones, última actualización 26 de agosto de 2009, en <http://www.hcch.net>.

140 Véase CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, "*Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*", La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, págs. 643-658.

- El tercero *Restitución del Menor*, en el que se establece a grandes rasgos el procedimiento de retorno del niño y las excepciones al mismo;
- El cuarto *Derecho de Visita*;
- El quinto *Disposiciones Generales* que contiene preceptos sobre la aplicación de la convención; y
- El sexto llamado *Cláusulas Finales*, que contienen disposiciones relativas sobre la entrada en vigor de la convención, la ratificación y adhesión, entre otros.

De conformidad con el texto de esta convención, su finalidad es:

“a) *Garantizar la restitución 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.*”¹⁴¹

Respecto al primer inciso el objetivo de la convención es restablecer las cosas al estado en que se encontraban antes del traslado y evitar un desequilibrio procesal entre las partes en conflicto¹⁴², en cuanto al segundo

141 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “*Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, artículo 1, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, págs. 643-644.

142 La Profesora Carmen González Pedrouzo, a la que ya se hizo referencia, señala que el traslado ilícito es una conducta que se puede asimilar al fraude a la ley, ya que a través del traslado ilícito “...se manipulan los criterios

objetivo, éste impone una obligación a todos los Estados parte, relacionada con la protección y el respeto de los acuerdos o resoluciones sobre guarda y custodia y derechos de visita dictados de conformidad con la ley de la residencia habitual del niño.¹⁴³

Para cumplir esos objetivos, la convención establece una serie de pautas obligatorias para los Estados contratantes de la misma, los cuales serán desarrollados en el transcurso del presente y subsecuente capítulo.

Por último, cabe resaltar que una característica especial de esta convención es su naturaleza ya que “...es de cooperación entre autoridades judiciales y administrativas de los Estados Parte, a través de las Autoridades Centrales...”¹⁴⁴ y es “...de carácter autónomo respecto a los demás mecanismos de protección internacional de los menores...”¹⁴⁵.

2.1.2. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Esta Convención fue firmada en el marco de la Cuarta Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, realizada en Montevideo, Uruguay, entre los días 9 y 15 julio de 1989, conjuntamente con la “Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias” y la “Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de

de jurisdicción en beneficio propio...”. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Cíviles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 20.

143 *Cfr. Idem.*

144 VARGAS GOMEZ-URRUTIA, Mariana, *La protección internacional de los derechos del niño y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, *Op. cit.*, pág. 127.

145 *Ibidem*, pág. 126.

Mercadería por Carretera”¹⁴⁶. Entró en vigor el 4 de noviembre de 1994 y actualmente se encuentra vigente para 14 Estados contratantes¹⁴⁷.

Esta dividida en siete partes¹⁴⁸, que coinciden en su mayoría con la “Convención de la Haya”:

- La primera parte tiene como título *Ámbito de aplicación*;
- La segunda *Autoridad Central*;
- La tercera *Procedimiento para la Restitución*;
- La cuarta *Localización de Menores*;
- La quinta *Derecho de Visita*;
- La sexta *Disposiciones Generales*; y
- La séptima *Disposiciones Finales*.

A diferencia de la “Convención de la Haya”, en el presente tratado se establece un apartado especial respecto de la localización de los menores.¹⁴⁹

Su objeto, al igual que la “Convención de la Haya”, es *asegurar la pronta restitución de menores, así como hacer respetar el ejercicio de derechos de*

146 Cfr. BERRAZ, Carlos, *La protección Internacional del menor en el Derecho Internacional Privado*, Op. cit., pág. 29.

147 Antigua y Barbuda, Argentina, Belize, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela. Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “*Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*”, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, Estado de firmas y ratificaciones, en www.oas.org.

148 Véase ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “*Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*”, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), et al., *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, págs. 667-678.

149 En la “Convención de la Haya” sí se establece la localización de los niños, pero sólo se menciona como una de las obligaciones de la Autoridad Central. Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “*Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, artículo 7, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), et al., *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 645.

visita y el de custodia o guarda, entendidos de acuerdo a la definición que da la propia convención.¹⁵⁰

2.1.3. Aplicación, entre la Convención de La Haya y la Convención Interamericana.

Argentina, Belize, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela son los países que suscribieron ambas convenciones y para los cuales, su cumplimiento es obligatorio.¹⁵¹

Ante un caso práctico, cualquier país que tenga suscrito ambas convenciones, ¿Cuál deberá aplicar? El artículo 34 de la “Convención Interamericana” responde a esta incógnita:

*“Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueron parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención...”*¹⁵²

150 Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, artículo 1, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 667.

Sobre la definición de estas figuras en la convención el Profesor en Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional del Litoral, en Argentina, Carlos, Berraz, señala que “...si se hubiera dejado librada a la *lex fori* la calificación de esos conceptos normativos, podría haber conflictos que generarían problemas graves de reconocimiento e inutilizarían las posibilidades prácticas de la Convención...” BERRAZ, Carlos, La protección Internacional del menor en el Derecho Internacional Privado, *Op. cit.*, pág. 32.

151 Véanse notas 139 y 147.

152 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, artículo 34, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA

Se observa que como regla, los países que han suscrito ambas convenciones aplicarán la “Convención Interamericana”¹⁵³, pero el mismo artículo 34 en su párrafo 2 señala una excepción:

“Artículo 34...

*Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya...”*¹⁵⁴

Con lo anterior queda claro qué convención se aplica entre la “Convención de la Haya” y la “Convención Interamericana”, pero en muchas ocasiones hay convenios regionales y/o bilaterales en la materia distintos a estos dos. En tales casos, tanto la “Convención Interamericana” como la “Convención de la Haya” permiten su aplicación.¹⁵⁵

DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 677.

153 La “Convención de la Haya” permite este tipo de disposiciones al establecer en su artículo 34: “...la presente Convención no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para regular el derecho de visita”. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 34, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 654.

154 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, artículo 34, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 677.

155 Véase artículo 34 de la “Convención de la Haya” y artículo 35 de la “Convención Interamericana”.

2.2. Conceptos generales.

Tanto en la “Convención de la Haya”, como en la “Convención Interamericana”, constantemente se hace referencia a diversos términos como los son: traslado ilícito, retención ilícita, restitución, residencia habitual, derecho de visita o derecho de custodia.

En el presente apartado se tratará de dar una definición de dichos términos acorde a la materia de dichos tratados.

2.2.1. Derecho de Custodia y Derecho de Visita.

Para entender mejor los términos *derechos de custodia* y el *derecho de visita*, hay que hablar en primer lugar de una institución jurídica llamada *patria potestad*.

Etimológicamente *patria potestad* proviene del latín *patrius*, que significa lo relativo al padre y *potestas* que se refiere a potestad.¹⁵⁶

El Doctor Ignacio Galindo Garfias la define como:

“...un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos se ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos dirigir

¹⁵⁶ Cfr. CHAVEZ ASENSIO, Manuel, *La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paternofiliales*, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1992, pág. 275.

*su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere.”*¹⁵⁷

Ahora bien, cuando los padres o las personas que ejercen la patria potestad sobre un niño se separan, estos deben continuar con el cumplimiento de sus deberes en especial lo relativo a la guardia y custodia, en donde uno de los padres continuará con el cuidado y atención del niño y el otro conservará los derechos de vigilancia y convivencia.¹⁵⁸

2.2.1.1. Derecho de Custodia.

Dentro de los deberes de los padres o quienes tengan la patria potestad de un niño, la guarda y custodia es el primer deber con relación a los niños menores no emancipados¹⁵⁹ y significa “...*tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado...*”¹⁶⁰.

157 GALINDO GARFÍAS, Ignacio, *Derecho Civil. Primer Curso*, 9ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F. 1989, pág. 667.

158 Cfr. Artículo 416 del *Código Civil Federal*, México, D.O. 26 de mayo, 14 de julio 3 y 31 de agosto, de 1928, en www.diputados.gob.mx.

159 La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que “...*la patria potestad comprende una serie de derechos y de obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etcétera...*”. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “*Patria Potestad. Supresión de alguno o algunos de los derechos que la misma comprende (legislación del Estado de Veracruz)*”, tesis aislada, Amparo directo 2078/74, Víctor Manuel Martínez Fernández, 15 de agosto de 1975, Unanimidad de cuatro votos, Séptima Época, Tercera Sala, en *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 80 cuarta parte, pág. 30.

160 CHAVEZ ASENCIO, Manuel, *La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paternofiliales*, Op. cit., pág. 301. Para Marcel Planiol “...*La guarda de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres...*”. MARCEL, PLANIOL, “*Tratado Elemental de Derecho Civil*”, citado por CHAVEZ ASENCIO, Manuel, *La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paternofiliales*, Op. cit., pág. 302.

Para los efectos de la “Convención de la Haya” el derecho de custodia comprende “...el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia...”¹⁶¹.

Para que ese derecho de custodia sea válido para efectos de la “Convención de la Haya” debe haber sido atribuido de conformidad con “...el derecho vigente del Estado en que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención...”¹⁶².

161 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 5, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), et al., *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 645.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 3 de la “Convención Interamericana”. Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, artículo 3, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), et al., *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 667.

Respecto al derecho de custodia, la jurisprudencia internacional ha señalado que incluye los cuidados y educación del menor; la atención de sus necesidades físicas y educativas e incluso se ha considerado que el hecho de que el padre o la madre trabaje fuera de casa no implica que éste no tiene la guarda del menor. Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Op. cit., pág. 17.

162 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 3, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), et al., *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 644.

El artículo 4 de la “Convención Interamericana”, sólo hace referencia a que el derecho de custodia debe estar de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor, a diferencia de la “Convención de la Haya” que establece que será de conformidad con la residencia habitual que tenía el menor inmediatamente antes del traslado o retención. Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, artículo 4, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), et al., *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 668.

Para la Lic. Carmen González Pedrouzo, el hecho de que el derecho de custodia deba estar con arreglo a las leyes del Estado en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención “...no implica que este derecho de custodia deba necesariamente tener origen en el derecho del Estado de residencia habitual del menor, o en una decisión de las autoridades judiciales o administrativas de ese Estado. Este podría haberse atribuido por las autoridades de un tercer Estado y luego haber sido reconocido por las autoridades del Estado de residencia habitual, de acuerdo con su derecho”. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Op. cit., pág. 17.

Y por último, el derecho de custodia debe ser consecuencia¹⁶³:

- De pleno derecho¹⁶⁴, es decir, que surja de la ley del Estado en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención;
- De una decisión judicial o administrativa dictada conforme a esa ley; o
- De un acuerdo vigente según esa ley.

2.2.1.2. Derecho de visita.

Otro de los deberes de los padres o quienes tengan la patria potestad de un niño es el deber de convivencia. Es una consecuencia del deber de cuidado y custodia y “...tiene por objetivo lograr la estabilidad personal y emocional del menor...”¹⁶⁵.

Esta convivencia se da en forma natural en una familia integrada, pero en los casos de separación de los padres o de las personas que ejercen la patria potestad sobre el niño surge el derecho denominado *de visita* que tiene su origen en esta convivencia¹⁶⁶ y que incluye el llamado derecho *de acceso*,

163 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 3, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 644.

164 La referencia a la atribución “de pleno derecho” comenta la profesora González Pedrouzo, se refiere “...a aquellos casos en que la conducta infractora se produce antes de que haya habido una decisión de la autoridad judicial o administrativa acerca de la custodia y también incluirá el caso de los acuerdos concluidos entre los padres sin homologación o decisión judicial”. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Op. cit., pág. 17.

165 CHAVEZ ASENCIO, Manuel, *La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paternofiliales*, Op. cit., pág. 303.

166 Cfr. *Idem*.

que consiste en “...la posibilidad de llevar al menor por un período de tiempo fuera del lugar de su residencia habitual...”¹⁶⁷.

La cuestión del derecho de visita, generalmente es una consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial de los cónyuges y surge como el derecho opuesto al derecho de guarda o custodia, en virtud de que quien no tiene la custodia del niño es quien tiene el derecho a reclamar el derecho de visita.¹⁶⁸

Para la “Convención de la Haya”, el derecho de visita comprende “...el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual”¹⁶⁹.

Los derechos de custodia y de visita están relacionados y el respeto de uno de ellos tiene como consecuencia el respeto del otro, razón por la cuál ambos fueron considerados en la “Convención de la Haya”.¹⁷⁰

167 BLUMKIN, Silvia B., “La sustracción internacional de menores”, *Op. cit.*, pág. 33.

168 Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 18.

169 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 5, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 645.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 3 de la “Convención Interamericana”. Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, artículo 3, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 668.

Esta definición, de conformidad con la Jurista Elisa Pérez Vela, no intenta excluir las otras modalidades del derecho de visita, sólo resalta la calidad internacional de Convenio de La Haya, ya que la expresión otro lugar diferente se refiere a que el derecho de acceso incluye la visita transfronteriza. Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela”, Madrid, España, Abril de 1981, pág. 26, en www.hcch.net.

170 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela”, *Op. cit.*, págs. 5-6, 17-18.

2.2.2. Residencia habitual.

El término *residencia* puede definirse como “...el lugar en el que una persona habita...”¹⁷¹ y pueden distinguirse dos tipos: la residencia simple y la residencia habitual. La diferencia entre una y otra, es que la residencia habitual requiere de un elemento temporal para conformarse, es decir, debe ser prolongada.¹⁷²

La residencia consiste en una circunstancia de hecho, que ha adquirido una importancia especial en la normativa internacional como punto de conexión de los sujetos en sus relaciones jurídicas con un ordenamiento jurídico determinado.¹⁷³

La elección del punto de conexión *residencia habitual* permite superar los inconvenientes derivados de otros puntos de conexión como la *nacionalidad*¹⁷⁴ o el *domicilio*¹⁷⁵, que podrían obligar a un niño a someterse a

171 TRIGUEROS GAISMAN, Laura, “Residencia” en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Op. cit., 1998, pág. 3341.

172 Cfr. *Idem*.

En el mismo sentido se pronunció la High Court at Wellington de Nueva Zelanda en el caso *H. v. H.* Cfr. HIGH COURT AT WELLINGTON (NUEVA ZELANDA), “*H. v. H. (1995)*”, 12 de abril de 1995, en www.incadat.com.

173 Cfr. TRIGUEROS GAISMAN, Laura, “Residencia” en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Op. cit., 1998, pág. 3341.

174 La nacionalidad “...es el atributo jurídico que señala al individuo como miembro del pueblo constitutivo de un Estado”. TRIGUEROS GAISMAN, Laura, “Nacionalidad” en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Op. cit., pág. 2578.

Este punto de conexión fue proclamado como la panacea del Derecho Internacional Privado por la Escuela Italiana capitaneada por Mancini. Mientras que en Europa prevalece este punto de conexión en América prevalece el principio del domicilio. Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 8ª ed., Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995, págs. 172-173.

175 El domicilio es un concepto jurídico calificado de forma distinta por cada Estado y compuesto generalmente de dos elementos: “...uno objetivo, la residencia por un tiempo determinado en un lugar, y otro subjetivo, la intención de permanencia en él...”. En 1988 se modificó la definición de domicilio consagrada en el artículo 29 del Código Civil Federal, y se eliminó el elemento subjetivo, por lo que en la legislación mexicana ya no existe diferencia entre domicilio y residencia. Cfr. TRIGUEROS GAISMAN, Laura, “Residencia” en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Op. cit., 1998, pág. 3341.

la ley de un Estado en el cual no radica o no está efectivamente vinculado¹⁷⁶. En el caso de los niños, la residencia habitual será el lugar en se encuentra efectivamente, y reflejará su situación legal respecto de una circunstancia de hecho, que puede diferir de la situación legal que tendría respecto del Estado del que es nacional o respecto del Estado en el que tiene su domicilio legal, es decir, el de sus representantes legales.¹⁷⁷

La “Convención de la Haya” no define, ni interpreta lo que se debe entender por *residencia habitual*; presupone que se trata de “...una noción puramente de hecho, fundamentalmente distinta de la de domicilio...”¹⁷⁸. Lo que sí define es cuál residencia habitual.

La residencia habitual, como se ha establecido, es una situación de hecho, y una persona puede cambiar de residencia en diversas ocasiones, pero para efectos de la “Convención de la Haya”, se ha fijado que será la residencia habitual que tenía el niño “...inmediatamente antes de su traslado o retención...”¹⁷⁹, es decir, no será cualquier residencia habitual que haya tenido el niño, sino la que tenía inmediatamente antes de su traslado o retención.

176 Tanto la nacionalidad como el domicilio podrían crear ventajas para la autoridad parental, que buscaría la ley más favorable a sus intereses. Cfr. BLUMKIN, Silvia B., “La sustracción internacional de menores”, *Op. cit.*, pág. 35.

177 Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 21.

178 *Idem.*

179 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 3, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 644.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 4 de la “Convención Interamericana”. Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, artículo 4, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 668.

Un último aspecto a mencionar respecto al tema de residencia habitual, es que en el caso de Estados plurilegislativos “...*toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado, se interpretará que se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado...*”¹⁸⁰.

2.2.3. Sustracción, traslado y retención ilícita.

2.2.3.1. Sustracción.

La palabra *sustracción* proviene del verbo *sustraer* que significa “...*apartar, separar, extraer...*”¹⁸¹, también tiene la siguiente acepción “...*hurtar, robar fraudulentamente...*”¹⁸².

Por *sustracción internacional de menores*, se entiende:

“...*la acción de traslado ilícito de un menor a un país distinto de aquél donde tiene su residencia habitual, siendo el sujeto activo de dicha acción una persona que forma parte del círculo familiar del menor, por lo general, uno de sus progenitores.*”¹⁸³

180 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “*Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, artículo 31, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 653.

Esta situación está contemplada en el mismo sentido en el artículo 33 de la “*Convención Interamericana*”. Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “*Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*”, artículo 33, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 676.

181 *Diccionario Enciclopédico Quillet*, 12ª ed., México, 1983, Tomo XI, págs. 320-321.

182 *Idem*.

183 ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores*, *Op. cit.*, pág. 27.

Los términos utilizados en las versiones oficiales inglesa y francesa de la “Convención de la Haya” utilizan en sus títulos los términos *abduction* y *envèlement*, respectivamente, cuyo significado traducido al español es *secuestro*, que en su sentido normal tiene connotaciones de orden penal.¹⁸⁴

Dada la materia de la “Convención de la Haya”, que se refiere a cuestiones civiles, o más en específico situaciones de orden familiar, para su versión oficial en español se utilizó el término *sustracción* para evitar confusiones¹⁸⁵, que indica la acción de sacar del país a un niño para trasladarlo a otro.

Si bien es cierto, que la “Convención de la Haya” se denomina “sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, el término *sustracción* no se vuelve a utilizar en su contenido.¹⁸⁶

2.2.3.2. Traslado y retención ilícito.

Trasladar significa “...llevar o mudar a una persona o cosa de un lugar a otro”¹⁸⁷, mientras que *retener* se define como “...detener, conservar, guardar en sí”¹⁸⁸.

184 Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 13.

185 Cfr. *Idem*.

Independientemente que se haya utilizado el vocablo *sustracción* en lugar de *secuestro*, de cualquier forma ha sido criticado “...porque se lo asimilaba al ‘secuestro’, vocablo que podría tener connotaciones penales; además hay quienes afirman que no puede hablarse de ‘secuestro’ cuando es uno de los padres del niño quien lo traslada a otro Estado”. BLUMKIN, Silvia B., “La sustracción internacional de menores”, *Op. cit.*, pág. 31.

186 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela”, Madrid, *Op. cit.*, págs. 15-16, en www.hcch.net.

187 *Diccionario Enciclopédico Quillet*, *Op. cit.*, Tomo XII, pág. 59.

188 *Ibidem*, Tomo XI, pág. 27.

Para efectos de la “Convención de la Haya” un traslado ilícito se produce cuando el niño es llevado fuera del Estado donde tiene su residencia habitual en infracción a un derecho de custodia; y la retención se da cuando el niño ya se encuentra, por un tiempo determinado, fuera del Estado de su residencia habitual en forma legal, pero no es devuelto a éste al final de ese tiempo.¹⁸⁹

De conformidad con la “Convención de la Haya” un traslado o una retención se considerarán *ilícitos*¹⁹⁰:

- Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia otorgado a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, de conformidad con el derecho vigente en el Estado en que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
- Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Respecto a lo anterior, cabe hacer las siguientes observaciones:

189 La profesora Carmen González Pedrouzo comenta que en la práctica jurisprudencial se ha tratado de definir si efectivamente existe una diferencia entre los conceptos o si el traslado ilícito puede estar seguido de una retención continua, y señala que la Cámara de los Lores del Reino Unido llegó a la conclusión de que son términos distintos habida cuenta que la convención habla de traslado o retención. Cfr. Decisiones de la Cámara de los Lores del 13 de junio de 1991 citado por GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “*Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, *Op. cit.*, págs. 18-19.

190 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “*Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, artículo 3, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 644.

- El derecho de custodia infringido se debe establecer con arreglo al derecho vigente en el lugar en que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, por lo que la calificación de la ilicitud del traslado o retención se realizará según las normas del Estado en el cual el niño tenía su residencia habitual.¹⁹¹
- Para que un traslado o retención se consideren ilícitos, se tienen que dar los dos supuestos de forma simultánea, ya que la “Convención de la Haya” utiliza una conjunción copulativa entre ambos, es decir, que no basta que se infrinja un derecho de custodia, sino que este derecho tiene que ejercerse de forma efectiva, o bien que se hubiera ejercido en forma efectiva de no haberse realizado la conducta ilícita.¹⁹²

191 Cfr. TREVIÑO SOSA, José, “El drama de la sustracción internacional de menores”, en *El mundo del Abogado, una revista actual*, México, D.F., año 5, número 46, febrero 2003, pág. 57.

Carlos Berraz señala que la “Convención de la Haya” “...de manera indirecta, remite la calificación del traslado ilegal o la retención a la solución que brinda en tal sentido el derecho aplicable en el país donde el menor reside...”. BERRAZ, Carlos, *La protección Internacional del menor en el Derecho Internacional Privado*, Op. cit., pág. 32.

Carmen Pedrouzo señala además que el texto de la convención “...deja abierta la puerta al reenvío, lo que implica la posibilidad de aplicar tanto las normas de derecho interno como las de Derecho Internacional Privado del Estado...”. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Op. cit., pág. 17.

192 La Profesora González Pedrouzo señala: “...El carácter efectivo del derecho de custodia supone que el padre haya mantenido un cierto contacto con el niño, por ejemplo, la jurisprudencia alemana ha establecido que un padre que abandona el hogar aunque mantenga contacto con el niño no ejerce la custodia en forma efectiva...”. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Op. cit., pág. 19.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 4 de la “Convención Interamericana”. Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, artículo 4, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), et al., *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 668.

2.2.4. Restitución.

Restitución significa “...restablecer o poner una cosa en el estado que antes tenía...”¹⁹³.

La Doctora en Derecho Sonia Rodríguez señala que la *restitución internacional* es “...la consecuencia lógica y esperada de la acción de sustracción y/o retención o secuestro ilegal de un menor...”¹⁹⁴, es la reacción del Estado frente a estos actos para retrotraer sus efectos a la situación a la que se encontraban antes de que ocurrieran.

La restitución es una acción de conservación, que pretende remediar “...por una vía de hecho el traslado del niño por uno de sus progenitores..., para restablecer la situación que había sido modificada de modo unilateral e ilícito”¹⁹⁵.

2.2.5. Autoridad Central.

Por *autoridad* se entiende “...la posesión de quien se encuentra investido de facultades o funciones o la persona o cosa que goza (o se le atribuye) ‘fuerza, ascendencia u obligatoriedad’...”¹⁹⁶.

Autoridad en su sentido jurídico indica que “...alguien está facultado jurídicamente para realizar un acto válido, presupone la posesión de

¹⁹³ Diccionario Enciclopédico Quillet, Op. cit., Tomo XI, pág. 27.

¹⁹⁴ RODRIGUEZ, Sonia, *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, 1ª ed., IJ-UNAM, México, 2006, pág. 37.

¹⁹⁵ VARGAS GOMEZ-URRUTIA, Mariana, *La protección internacional de los derechos del niño y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Op. cit., pág. 127.

¹⁹⁶ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Autoridad” en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Op. cit., pág. 339.

*capacidad o potestad para modificar válidamente la situación jurídica de los demás...*¹⁹⁷.

La *autoridad central* es un instituto creado tradicionalmente para funciones de cooperación internacional y que se encuentra arraigado en los Convenios de La Haya y las Convenciones Interamericanas, ambos sobre Derecho Internacional Privado.¹⁹⁸

La cooperación de Autoridades Centrales se proyecta en dos planos:

- Tradicionalmente sólo sirve como simple intermediario de transmisión de peticiones realizadas por las autoridades de otros Estados para remitirlas a sus autoridades domesticas; o bien peticiones realizadas por sus propias autoridades para que las remita a la autoridad competente en el extranjero.¹⁹⁹
- A partir de la “Convención de la Haya” la figura de la Autoridad Central ya no es sólo colaborador en las funciones de auxilio judicial, sino que es un agente activo en el proceso.²⁰⁰

Así como el niño es el eje subjetivo en torno al cual gira la “Convención de la Haya”, la Autoridad Central es el eje institucional. Esta institución es la base del procedimiento de restitución y su carácter cooperativo.²⁰¹

197 TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Autoridad” en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Op. cit., pág. 339.

198 Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Op. cit., pág. 22.

199 Esta colaboración se realiza en el marco del auxilio judicial, sin que la intervención de la Autoridad Central tenga trascendencia desde un punto de vista jurídico-procesal. Cfr. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, Mariana, *La protección internacional de los derechos del niño y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Op cit., pág. 124.

200 Cfr. *Idem*.

201 Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Op. cit., pág. 22.

El artículo 6 de la “Convención de la Haya”, establece la obligación de las partes contratantes de designar una Autoridad Central y en el caso de Estados federales, Estados en los que esté vigente más de un sistema de Derecho y Estados con organización territorial autónoma, se señala la posibilidad de designar más de una.²⁰²

En México, la Secretaría de Relaciones Exteriores es la Autoridad Central para efectos de la “Convención de la Haya”. Esta secretaría ha celebrado convenios de coordinación con el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia Nacional y Estatal, para que éstas funjan como autoridad central en cada entidad federativa.²⁰³

2.2.5.1. Atribuciones de la Autoridad Central.

La atribución de facultades consiste en los derechos y obligaciones que la ley confiere a la autoridad administrativa para que ésta lleve a cabo sus fines. Mediante estos derechos y obligaciones, el Estado realiza una serie de actos que le permiten alcanzar sus objetivos.²⁰⁴

202 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 6, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 645.

La “Convención Interamericana” establece esta obligación en su artículo 7. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, artículo 7, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, págs. 668-669.

203 Cfr. TREVIÑO SOSA, José, “El drama de la sustracción internacional de menores”, *Op. cit.*, pág. 57.

204 Cfr. RAMÍREZ GUTIÉRREZ, José O., *et al.*, «Atribución de Facultades», en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, *Op. cit.*, pág. 315.

Estas atribuciones pueden clasificarse por especialidades, entre las que se encuentran las atribuciones relacionadas con el manejo de los asuntos externos del Estado.²⁰⁵

Un tratado internacional también otorga derechos e impone obligaciones a las partes contratantes, generalmente a todo el Estado, pero en ocasiones producen efectos con mayor intensidad sobre determinados órganos²⁰⁶, como lo es el caso de la “Convención de la Haya” y la “Convención Interamericana” respecto de la Autoridad Central.

Las obligaciones de la Autoridad Central están señaladas básicamente en el artículo 7 de la “Convención de la Haya”, y la profesora Carmen González Pedrouzo señala que las obligaciones de las autoridades centrales, de conformidad con la “Convención de la Haya” pueden clasificarse en dos tipos: las que debe cumplir por sí mismas y las que puede cumplir directamente o por conducto de un intermediario.²⁰⁷

Entre las primeras se encuentran las obligaciones que se relacionan con la “...naturaleza cooperativa del procedimiento de restitución...”²⁰⁸ y son:

- Colaborar con otras autoridades centrales; y
- Promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados.

205 Cfr. ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, Op. cit., pág. 489.

206 Cfr. SEPULVEDA, Cesar, *Derecho Internacional*, 16ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1991, págs. 139-140.

207 Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Op. cit., pág. 22.

208 *Idem*.

Se encuentran establecidas en el primer párrafo del artículo 7. Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 7, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), et al., *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 645.

Entre las facultades que pueden delegar se encuentran²⁰⁹:

- Localizar al niño traslado o retenido de manera ilícita²¹⁰;
- Prevenir que el niño sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- Garantizar la restitución voluntaria del niño o facilitar una solución amigable²¹¹;
- Intercambiar información relativa a la situación social del niño, si se estima conveniente;
- Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación de la Convención²¹²;
- Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del niño y, en

209 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, "Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", artículo 7, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, págs. 645-646.

La profesora Pérez Vela, señala al respecto que "...Es evidente, por ejemplo, que la localización de un menor puede exigir la intervención de la policía; asimismo, la adopción de medidas provisionales o la iniciación de procedimientos judiciales respecto de relaciones privadas pueden caer fuera de las competencias susceptibles de ser atribuidas a las autoridades administrativas por ciertas leyes internas. No obstante, en todos los casos, la Autoridad central sigue siendo el destinatario de las obligaciones que el Convenio le impone, en su condición de 'organizador' de la cooperación deseada para luchar contra los traslados ilícitos de menores". CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, "Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela", Op. cit., pág. 12.

210 Respecto a esta facultad se ha resaltado el importante rol desempeñado por Interpol. Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, "Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", Op. cit., pág. 22.

211 Esta idea fue desarrollada en el artículo 10 de la "Convención de la Haya", en primer lugar se pretende alcanzar una solución extrajudicial a la cuestión, mediante una restitución voluntaria y será la Autoridad Central quien determinará cuando se consideran fracasados los intentos de obtenerla y acudir a la vía judicial. Cfr. *Ibidem*, pág. 23.

212 La información esta relacionada a la determinación del derecho de guarda en el Estado de residencia habitual y al no especificar el destinatario, la Profesora Carmen González señala que puede entenderse que "...la información puede brindarse tanto a autoridades judiciales o administrativas como a otra Autoridad Central...". *Idem*.

su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita²¹³;

- Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado²¹⁴;
- Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del niño sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado²¹⁵; y
- Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación de la presente Convención y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a su aplicación.

2.3. Ámbitos de validez.

Existen diversos criterios que nos van a indicar el alcance o la esfera de validez de las normas jurídicas. Estos criterios se denominan ámbitos de validez y nos indican cuándo y dónde son vigentes las normas jurídicas, así como para quién se aplican y bajo qué conductas.²¹⁶

213 Este procedimiento deberá estar conforme a lo que permita la legislación del Estado al que pertenece la Autoridad Central. Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, "Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", *Op. cit.*, pág. 23.

214 Esta facultad se relaciona con el artículo 25 de la misma convención. Cuando la Autoridad Central no puede acceder directamente a las autoridades competentes deberá acordar o facilitar al actor la asistencia jurídica necesaria, y debe prever el caso de carencia de recursos del actor. Cfr. *Idem*.

215 Esta facultad se ha relacionado con la posibilidad de rechazo del retorno inmediato del niño de conformidad con la excepción del grave riesgo de exposición a un peligro, ya sea físico o psíquico consagrado en el artículo 13.1.b. Las Autoridades Centrales deberán asegurarse que los órganos de protección de la infancia estén prevenidos para proteger el bienestar del niño hasta que el tribunal competente decida sobre la restitución, además de cooperar en lo necesario "...para permitir que ambos padres participen en el procedimiento de guarda del menor, teniendo en cuenta su interés superior...". *Idem*.

216 Cfr. CAMPUZANO, Claudia, et al., "Ámbitos de validez", en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, *Op. cit.*, pág. 174.

2.3.1. **Ámbito material de validez.**

El ámbito material de validez es entendido como “...*la materia regulada por la norma*”²¹⁷, es decir, una norma es válida dentro de la materia que regula²¹⁸.

El ámbito material de validez de la “Convención de la Haya” lo da su denominación y su objeto.

El título de la “Convención de la Haya” se refiere a los *aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, a situaciones que se producen en el ámbito familiar y más en específico, de acuerdo con su objeto, a garantizar la restitución de los niños que han sido trasladados o retenidos ilegalmente y velar por que se respeten los derechos de visita entre los estados contratantes²¹⁹.

2.3.2. **Ámbito personal de validez.**

El Dr. Miguel Villoro Toranzo, al referirse al ámbito personal de validez de las normas señala que:

217 VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 17ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2002, pág. 291.

218 Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 47ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1995, pág. 80.

219 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “*Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, artículo 1, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, págs. 643-644.

La Profesora Carmen González Pedrouzo señala que “...*la inclusión de la expresión ‘aspectos civiles’ reafirma la materia civilista objeto de la Convención de La Haya*”. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “*Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, *Op. cit.*, pág. 13.

“...no todas las normas son válidas para todas las personas, sino que hay normas que sólo son válidas para un grupo que puede ser extenso o reducido de personas, y otras que sólo son válidas para personas determinadas.”²²⁰

En este sentido el ámbito personal de validez estará determinado “...por los sujetos a quienes obliga”²²¹.

De conformidad con el artículo 4 de la “Convención de la Haya” y el artículo 2 de la “Convención Interamericana”, éstas se aplican a los niños menores de 16 años²²², por lo que se establece un límite “objetivo” a su ámbito personal de validez²²³. Esta razón “objetiva” fue justificada en el sentido de que:

“...una persona de más de 16 años tiene una voluntad propia que no puede desconocerse por sus padres o las

220 VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Op. cit., pág. 299.

221 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Op. cit., pág. 80.

222 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 4, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 644 y ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, artículo 2, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 667.

La “Convención Interamericana” también fija el límite de los dieciséis años, por entender que la uniformidad asegura la efectividad de los instrumentos internacionales. Cfr. BLUMKIN, Silvia B., “La sustracción internacional de menores”, Op. cit., pág. 32.

223 Cfr. BLUMKIN, Silvia B., “La sustracción internacional de menores”, Op. cit., pág. 32.

autoridades, aún cuando según su ley personal no hubiera alcanzado la mayoría de edad.²²⁴

Respecto a la fijación de la edad de los niños para aplicabilidad de las convenciones, se han realizado diversas críticas en el sentido de que debieron omitir su calificación y que cada Estado parte debería determinar hasta que edad se aplicarían con base en su derecho interno.²²⁵

Otro punto respecto a la edad es que si un niño cumple los 16 años durante la tramitación del procedimiento de restitución, la autoridad judicial o administrativa que deba resolver el caso, ya no podrá hacerlo²²⁶. Los artículos señalados son claros en el sentido de que, tanto la “Convención de la Haya” como la “Convención Interamericana” sólo se aplican a niños menores de 16 años, y no a niños que hubieran tenido menos de 16 años al momento de el traslado o retención ilícito.²²⁷

224 PEREZ VELA, Elisa, “*Conclusions des discussions de la Commission spéciale de mars 1979 sur le kidnapping légal. Rapport de la Commission spéciale y Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants. Convention et Recommandation adoptées para la Quatorzième Session et Rapport explicatif, separata, Tirage à part des Actes et Documents de la Quatorzième session*” citado por GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “*Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, *Op. cit.*, pág. 14.

225 La propuesta dada por el Comité Jurídico Interamericano y por varios de los representantes de los diferentes países que participaron en la elaboración de la “Convención Interamericana” era en el sentido de que la calificación de la edad de los niños para determinar su aplicación se dejará a los Estados de conformidad con su legislación interna y comenta Carlos Berraz que incluso algunos de los Estados participantes de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado consideraron que el artículo 2º violaba sus propias disposiciones de orden público. *Cfr.* BERRAZ, Carlos, *La protección Internacional del menor en el Derecho Internacional Privado*, *Op. cit.*, pág. 30.

226 *Cfr.* GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “*Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, *Op. cit.*, págs. 14-15.

En el caso *Re H.* de la High Court de Inglaterra se determinó que la “Convención de la Haya” no era aplicable al caso por que el niño había cumplido 16 durante el trámite del procedimiento de restitución. HIGH COURT (INGLATERRA), “*Re H. (Abduction: Child of 16)(2000) 2 FLR 51;(2000) 3 FCR 404; (2000) Fam Law 530*”, 14 de febrero de 2000, en www.incatat.com.

227 En la “Convención Interamericana” sí se sugirió que se especificara que la misma se aplicaría cuando el niño traslado o retenido ilícitamente no hubiera cumplido los dieciséis años al momento en que ellos se produjeron; pero

La profesora Carmen González Pedrouzo señala que el traslado y retención ilícitos se manifiestan “como un triángulo” en el que intervienen el niño, el titular del derecho de custodia y la persona que traslada o retiene ilícitamente al niño, por lo que considera dentro del ámbito personal de validez de la “Convención de la Haya”, en los términos que las mismas establezcan, a los siguientes sujetos²²⁸:

- Al titular del derecho de custodia;
- Al titular del derecho de visita; y
- La persona que traslada o retiene ilícitamente al niño, quien se trata de alguien que forma parte del círculo familiar del niño, en la mayoría de los casos es el padre o la madre.²²⁹

2.3.3. Ámbito temporal de validez.

El ámbito temporal de validez de las normas “...*está constituido por el lapso durante el cual conserva su vigencia...*”²³⁰.

se optó por dejar la forma en fue aprobada. Cfr. BERRAZ, Carlos, *La protección Internacional del menor en el Derecho Internacional Privado*, Op. cit., págs. 30-31.

228 GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Op. cit., págs. 14-16.

229 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela”, Op. cit., pág. 4.

230 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Op. cit., pág. 80.

La validez temporal de una norma se extiende desde la entrada en vigor establecida en el decreto de promulgación²³¹ hasta su abrogación²³² expresa o tácita por otra norma.²³³

En el ámbito internacional, los tratados entran en vigor cuando son ratificados²³⁴ y terminan sus efectos por causas muy diversas, algunas contempladas por el mismo tratado como el término o la denuncia²³⁵, mientras que otras, como la guerra y el incumplimiento, aparecen en el transcurso de su vigencia.²³⁶

En la “Convención de la Haya”, el ámbito temporal de validez está determinado por los artículos 38, 43 y 44:

- Entrará en vigor el primer día del tercer mes calendario siguiente al depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.²³⁷

231 La promulgación, o publicación “...es el medio por el cual el tratado se hace conocer a los habitantes del país...”. SEPULVEDA, Cesar, *Derecho Internacional*, Op. cit., pág. 133.

232 Abrogación “...es el acto de la voluntad de la autoridad que determina la revocación o supresión total de una ley; si la revocación de una ley es sólo parcial, entonces habrá derogación...”. VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Op. cit., pág. 294.

233 Cfr. *Ibidem*, pág. 295.

234 “La ratificación de los tratados es la aprobación dada al tratado, que hace que éste quede obligado por tal tratado... es un acto complejo, que comprende varios pasos. Concluido el tratado, se hace llegar a los órganos representativos del Estado. El jefe del Estado determinará si son de seguirse las instancias subsecuentes o si lo firmado no conviene a los intereses del país. Pero si se encuentra, como es ordinario, que el tratado satisface, entonces ese órgano lo somete a los procedimientos internos de discusión y de aprobación, con las recomendaciones y aclaraciones que se juzguen pertinentes. Si el tratado emerge incólume de esa discusión, y si, por otra parte, el Jefe del Estado no tiene objeción, entonces se procede a las etapas finales de la ratificación, o sea, la hechura de un instrumento en donde aparece el texto del tratado, la anotación de que ha sido aprobado por los órganos encargados y la declaración del Jefe de Estado de que ratifica el tratado. Sobreviene después el llamado intercambio de ratificaciones, en el lugar que se ha prefijado en el pacto”. SEPULVEDA, Cesar, *Derecho Internacional*, Op. cit., págs. 131-132.

235 “La denuncia ...es aquella declaración de voluntad –prevista en el pacto- que produce una parte para manifestar que hace uso del derecho de retirarse de ese convenio, sin responsabilidad”. *Ibidem*, pág. 144.

236 Cfr. *Ibidem*, pág. 143.

237 La “Convención de la Haya” entró en vigor el 1 de diciembre de 1983. Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 43, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA

- Para cada Estado que ratifique, acepte, apruebe o se adhiera después de la fecha anterior, entrará en vigor el primer día del tercer mes calendario siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.²³⁸
- Será vigente por cinco años a partir de su entrada en vigor, mismos que serán prorrogables por periodos iguales en caso de no haber denuncia.²³⁹

DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 657.

La "Convención Interamericana" entró en vigor el trigésimo día a partir de que se depositó el segundo instrumento de ratificación. *Cfr.* ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, "Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores", artículo 36, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 677.

238 México entregó su instrumento de adhesión el 20 de junio de 1991 y la "Convención de la Haya" entró en vigor para México el 1 de septiembre de 1991. *Cfr.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, "Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", artículos 43 y 38, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, págs. 655 y 657.

La "Convención Interamericana" entra en vigor para los países que entregan su instrumento de ratificación o adhesión con posterioridad a su entrada en vigor general al trigésimo día a partir del depósito del mismo. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, "Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores", artículo 36, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 677.

239 La denuncia tiene que presentarse por lo menos seis meses antes de que termine uno de sus periodos de cinco años de vigencia, para que la denuncia surta efectos y la convención deje de surtir efectos para ese Estado al finalizar el periodo. *Cfr.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, "Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", artículo 44, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 657.

La "Convención Interamericana" no tiene término, rige indefinidamente, pero cualquier Estado parte puede denunciarla, y surtirá efectos un año después de su presentación. *Cfr.* ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, "Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores", artículo 37, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 677.

2.3.3.1. Retroactividad de la ley.

La retroactividad consiste en determinar si una norma puede ser aplicable a actos jurídicos realizados con anterioridad a su entrada en vigor, pero cuyos efectos continúan en el tiempo de la misma, es decir, que:

*“El problema de la retroactividad sólo se plantea cuando una situación jurídica del tiempo de la ley antigua sigue produciendo efectos jurídicos en el tiempo de la vigencia de la nueva ley...”*²⁴⁰

La retroactividad consiste en aplicar leyes vigentes en un tiempo a hechos o actos jurídicos anteriores a ese tiempo, cuyas consecuencias de derecho no se agotaron durante la vigencia de la ley anterior.

El principio general respecto a este punto, es que la ley no debe aplicarse retroactivamente en perjuicio de persona alguna, por lo que si se interpreta en *contrario sensu*, la aplicación retroactiva es legal sólo en los casos en que se beneficia a alguien, y nadie sale perjudicado.²⁴¹

La “Convención de la Haya” da solución al principio de retroactividad de la ley, y señala en forma clara y precisa que:

“La presente Convención sólo se aplicará entre los Estados Contratantes en los casos de traslado retenciones (SIC)

²⁴⁰ VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Op. cit., pág. 296.

²⁴¹ Cfr. *Idem* y PENICHE BOLIO, Francisco, *Introducción al Estudio del Derecho*, 16ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2001, pág.183.

*ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados.”*²⁴²

Conforme a lo anterior, la “Convención de la Haya” resulta aplicable cuando el hecho de la retención o el traslado ilícito del niño, ocurre con posterioridad a su entrada en vigor entre el Estado de residencia habitual que tenía el niño inmediatamente antes de su traslado o retención y el Estado al que el niño fue trasladado o es retenido.²⁴³

2.3.4. Ámbito espacial de validez.

El ámbito espacial de validez “...es la porción del espacio en que un precepto es aplicable...”²⁴⁴ y “...atiende al lugar o espacio geográfico en que tienen validez las normas jurídicas...”²⁴⁵.

El ámbito espacial de validez en la “Convención de la Haya” se establece en los artículos 1 y 4, que señalan que la misma será aplicable cuando:

- Un niño tenga su residencia habitual en un Estado contratante.²⁴⁶

242 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 35, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 654.

La “Convención Interamericana” no tiene disposición relativa en este sentido. La Doctora Sonia Rodríguez señala que la “Convención Interamericana” será aplicable para las solicitudes de restitución que se presenten con posterioridad a la entrada en vigor para cada Estado en particular, independientemente de cuando se realizó el hecho del traslado o retención ilícito. *Cfr.* RODRIGUEZ, Sonia, *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, *Op. cit.*, pág. 176.

243 *Cfr.* GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 16.

244 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, *Op. cit.*, pág. 80.

245 VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, *Op. cit.*, pág. 285.

246 *Cfr.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 4, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de

- Sea trasladado o retenido ilícitamente en un Estado contratante.²⁴⁷

En virtud de lo anterior la “Convención de la Haya” será aplicable cuando se produzca un traslado ilícito desde el Estado contratante donde el niño tenga la residencia habitual hacia otro Estado contratante, o bien cuando exista una retención ilícita en cualquier Estado contratante, siempre la residencia habitual del niño retenido haya sido otro Estado contratante, es decir, se exige que el niño trasladado o retenido ilegalmente resida habitualmente en un Estado contratante, y que el lugar de destino del traslado o la retención sea en otro Estado contratante.²⁴⁸

Conforme a lo anterior quedan fuera de la aplicación de la “Convención de la Haya”²⁴⁹:

- Los traslados o retenciones ilícitos que se producen dentro de la frontera del Estado de residencia habitual del niño.

1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 644.

En el mismo sentido se aplica la “Convención Interamericana”. Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “*Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*”, artículo 1, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 667.

247 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “*Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, artículo 1, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 643.

En el mismo sentido se aplica la “Convención Interamericana”. Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “*Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*”, artículo 1, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 667.

248 Cfr. BERRAZ, Carlos, *La protección Internacional del menor en el Derecho Internacional Privado*, *Op. cit.*, 2000, pág. 31.

249 Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “*Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, *Op. cit.*, pág. 14.

- Cuando el niño tiene su residencia habitual en un Estado que no es parte de la “Convención de la Haya”.
- Cuando el niño es trasladado o retenido en un Estado que no es Parte de la “Convención de la Haya”.

2.3.4.1. Conflictos de leyes en el espacio.

Cuando en una situación jurídica existe un elemento personal, real o de forma vinculado con otro país, es necesario determinar qué juez debe conocer del asunto y cuál es el derecho aplicable al caso.

2.3.4.1.1. Conflicto de competencia judicial.

Los conflictos de competencia²⁵⁰ judicial surgen cuando dos o más órganos jurisdiccionales de dos o más entidades federativas, o en el caso que se analiza, de dos o más Estados soberanos, son aptos para conocer y resolver con fuerza vinculativa para las partes una controversia.²⁵¹

La solución puede darse mediante la existencia de una norma, ya sea en un tratado o en la legislación interna que determine en forma expresa que en caso de conflicto, cuál será el tribunal competente para conocer o abstenerse del asunto.²⁵²

250 La competencia puede determinarse por grado, materia, cuantía y territorio y con relación al territorio, la competencia puede fijarse de acuerdo a la nacionalidad de las partes, el domicilio de las partes, el lugar de ubicación del inmueble, el lugar de la ejecución del acto, el lugar de la celebración del acto o el domicilio del propietario de un bien mueble. *Cfr.* CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, 4ª ed., Editorial Oxford, México, 2006, pág. 62.

251 *Cfr. Ibidem*, pág. 61.

252 Solución simple. *Cfr. Ibidem*, págs. 69-70.

Si no existe tal norma se puede considerar que el actor elija el tribunal que más le convenga²⁵³ e incluso puede promover juicios en los tribunales de cada Estado en donde la controversia tenga un punto de conexión²⁵⁴.

La “Convención de la Haya” establece indirectamente dentro de su articulado cuál será el órgano jurisdiccional que resolverá la solicitud de restitución, y fija la competencia para las autoridades judiciales o administrativas del Estado en donde el niño fue trasladado o es retenido ilícitamente.²⁵⁵

Igualmente señala que las autoridades judiciales administrativas del Estado en donde el niño fue trasladado o es retenido ilícitamente están impedidas para conocer de la cuestión de fondo de los derechos de custodia.²⁵⁶

253 Forum Shopping. Cfr. CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Op. cit., pág. 71.

254 El Doctor Francisco Contreras señala que “...En caso de que los juicios sean promovidos por distintas partes y las sentencias dictadas sean contradictorias, éstas sólo serán ejecutables en el foro que las dictó. Fuera de los foros que dictaron las sentencias no tendrán validez salvo que otro órgano jurisdiccional le reconozca validez extraterritorial y ordene la ejecución...”. *Ibidem*, pág. 71.

255 Cfr. BLUMKIN, Silvia B., “La sustracción internacional de menores”, Op. cit., pág. 40.

El artículo 12 señala: “Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente... y, en la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor...”, igualmente señala “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.” Por otra parte el artículo 13 dispone: “No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona...”. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículos 12, 13 y 16. La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), et al., *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, págs. 647-649.

A diferencia de la “Convención de la Haya”, la “Convención Interamericana” establece expresamente cuál será el juez competente para resolver sobre la solicitud de restitución, y le otorga competencia, como regla general, a las autoridades del Estado en el que niño tiene su residencia habitual. Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, artículo 6, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), et al., *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 668.

256 Artículo 16 “Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante donde haya sido trasladado el menor o en donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones de la presente Convención para la

2.3.4.1.2. Derecho aplicable.

Una vez determinado el tribunal que conocerá del asunto, a éste le competará determinar el derecho que será aplicable para resolverlo.²⁵⁷

Para determinar qué derecho será aplicable, existen normas y principios entre los que se encuentran:

- El derecho uniforme o convencional.²⁵⁸
- Normas de aplicación inmediata.²⁵⁹
- Normas materiales.²⁶⁰
- Normas de conflicto.²⁶¹

restitución del menor o hasta que se haya transcurrido un periodo de tiempo razonable, sin que se haya presentado una solicitud en virtud de esta Convención". CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, "Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", artículo 16. La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), et al., *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003, Op. cit.*, Tomo I, pág. 649.

257 Cfr. CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Internacional Privado. Parte General, Op. cit.*, pág. 175.

258 "En un tratado internacional pueden establecerse normas para solucionar las controversias que interesan a la materia ya sea unificando las normas conflictuales o creando normas materiales". *Ibidem*, pág. 174.

259 "Por medio de ellas se intenta eliminar, en la relación jurídica, los elementos internacionales". *Idem*.

"Es un procedimiento mediante el cual, de manera directa, se trata de solucionar un problema derivado del tráfico jurídico internacional por medio de la aplicación del derecho nacional". PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., Editorial Harla, México, D.F., 1991, pág. 208.

"Las normas de aplicación inmediata son normas sustantivas que regulan de manera directa las relaciones jurídicas a las que se aplican, sin tomar en consideración el carácter interno o internacional de las mismas... Se llaman de aplicación inmediata debido a su objetivo de protección; descartan la aplicación de cualquier otra norma del sistema". TRIGUEROS GAISMAN, Laura, "Normas de Aplicación Inmediata" en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit.*, pág. 2622.

260 "Crean un sistema de normas sustantivas específicas para la solución de controversias en las que existen elementos que vinculan con diversas legislaciones". CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Internacional Privado. Parte General, Op. cit.*, pág. 174.

261 Son aquellas que "...de manera indirecta, se trata de solucionar un problema derivado del tráfico jurídico internacional o interestatal en el nivel nacional, mediante la aplicación del derecho que dará la respuesta directa...". PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado, Op. cit.*, pág. 7.

Entre estas normas se encuentran:

Lex fori. Locución latina utilizada en materia de conflictos de leyes para designar la aplicación del derecho del foro. Cfr. STAELENS GUILLOT, Patrick, "Lex Fori" en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit.*, pág. 2330.

Respecto a la “Convención de la Haya”, hay que hacer dos observaciones:

- En primer lugar, hay que señalar que sólo señala el derecho aplicable respecto a la calificación de la ilicitud del traslado o retención, en virtud de que deberán calificar el derecho de custodia conforme a las leyes vigentes del Estado en que el niño tenía su residencia habitual.²⁶²

Lex Loci Delicti. Regla de conflicto de leyes según la cual la ley aplicable en materia de ilícitos es la ley del lugar de ocurrencia de los mismos. Cfr. STAELENS GUILLOT, Patrick, “*Lex Loci Delicti*” en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Op. cit., pág. 2330.

Lex Loci Executionis. Regla de conflicto según la cual la ley aplicable a los contratos es la ley del lugar de ejecución de los mismos. Cfr. STAELENS GUILLOT, Patrick, “*Lex Loci Executionis*” en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Op. cit., pág. 2331.

Lex Rei Sitae. Regla de conflicto según la cual la ley aplicable a los bienes es la ley del lugar de ubicación de los mismos. “...La dificultad de ubicarlos justifica a veces la aplicación del principio *mobilia personam sequuntur*, de preferencia a la *lex rei sitae*...”. STAELENS GUILLOT, Patrick, “*Lex Rei Sitae*” en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Op. cit., pág. 2332.

Locus Regit Actum. Regla de conflicto según la cual la ley aplicable a la forma de los actos y contratos es la ley del lugar de celebración de los mismos. Cfr. STAELENS GUILLOT, Patrick, “*Locus regit actum*” en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Op. cit., pág. 2339.

262 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “*Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, artículo 3. La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 644.

La “Convención Interamericana” también califica la ilicitud del traslado o retención conforme a la ley del Estado en que el niño tiene su residencia habitual. Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “*Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*”, artículo 4, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 668.

Al respecto la Profesora Pérez Vela señala que la “Convención de la Haya” “...no se trata de un convenio relativo a la ley aplicable a la custodia de los menores. En efecto, las referencias relativas al derecho del Estado de la residencia habitual del menor, tienen un alcance limitado, dado que el derecho en cuestión sólo se tiene en cuenta para establecer el carácter ilícito del traslado...”. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “*Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela*”, Op. cit., pág. 10.

En este punto hay que señalar que el texto al hablar de derecho vigente del Estado, implica tanto la posibilidad de aplicar tanto sus normas internas, como las normas de conflicto.²⁶³

- Un segundo punto es relativo al derecho aplicable para resolver el procedimiento la restitución.

En este sentido, la “Convención de la Haya” sólo menciona que para cumplir con sus objetivos los Estados contratantes deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan²⁶⁴, por lo que el procedimiento de restitución se llevará a cabo conforme a las normas procesales internas de cada Estado.

Ahora bien, hay que tomar en cuenta que el procedimiento puede iniciar en un Estado y continuarse y resolverse en otro, por lo que ¿cuál va a ser el derecho aplicable?, el del Estado requirente donde se inicia, el del Estado requerido donde se continúa y resuelve, o cada etapa se llevará conforme al derecho aplicable del país donde se desarrolla.

La “Convención de la Haya” es omisa al respecto²⁶⁵, por lo que hay que acudir a otros instrumentos de derecho uniforme o convencional y de no haberlos, cada etapa se llevará conforme al derecho aplicable del país donde se desarrolla y el tribunal competente tendrá que

263 Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 17.

264 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 2. La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 644.

265 La “Convención Interamericana” tampoco establece reglas relativas al derecho aplicable. Cfr. RODRIGUEZ, Sonia, *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, *Op. cit.*, pág. 192.

aplicar su derecho interno, con inclusión de las normas de conflicto para determinar el derecho aplicable.²⁶⁶

266 La Doctora Sonia Rodríguez se refiere a estas normas como regulación autónoma y señala que en el caso de México, las disposiciones de la materia señalan que la ley aplicable será la del foro, y excluye la posibilidad de aplicar la ley extranjera. *Cfr.* RODRIGUEZ, Sonia, *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, *Op. cit.*, pág. 193.

La profesora González Pedrouzo señala que las cuestiones procesales deberán regirse por la ley del Estado requerido, por ser en donde se desarrolla el procedimiento de restitución. *Cfr.* GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, *"Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores"*, *Op. cit.*, pág. 34.

CAPITULO TERCERO

EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN.

3.1. Nociones Generales.

3.1.1. Concepto.

El término *procedimiento* proviene de la raíz latina *de procedo, procesi*, que significa adelantarse o avanzar que se interpreta como la forma en que se hace una cosa o se realiza un acto.²⁶⁷

Un procedimiento es “...*la aglomeración o reunión de reglas y preceptos a que debe acomodarse el curso y ejercicio de una acción...*”²⁶⁸.

Referente al procedimiento de restitución se puede decir que es un conjunto de:

*“...actos procesales realizados por los órganos judiciales...en la esfera del derecho internacional privado..., con la finalidad de conseguir la devolución inmediata del menor al país donde tenía (sic) su residencia habitual, y del que ha sido trasladado ilícitamente, o que ha sido retenido ilegalmente..., con las únicas excepciones previstas expresamente en el Convenio que resulte de aplicación en cada supuesto en concreto.”*²⁶⁹

267 Cfr. MEDINA LINA, Ignacio, “*Procedimientos*” en MÁRQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit.*, Tomo IV, pág. 3056.

268 *Idem.*

269 ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores, Op. cit.*, pág. 52.

La acción de restitución constituye un procedimiento sumario, de trámite urgente tendiente únicamente a devolver al niño a su residencia habitual; y de carácter provisional, en virtud de que otro tribunal, en principio, será el que resuelva en definitiva sobre su custodia y demás medidas.²⁷⁰

3.1.2. Naturaleza.

El procedimiento de restitución es de naturaleza mixta, ya que puede existir una fase administrativa o una fase judicial, o ambas.²⁷¹

La fase administrativa se dará en las etapas de intervención de la Autoridad Central, la cual puede no terminar en la etapa judicial, en los casos de restitución voluntaria.²⁷²

La fase judicial abarca los actos realizados ante las autoridades judiciales, que bien puede darse sin que intervenga la Autoridad Central.²⁷³

Además, el procedimiento es de naturaleza cautelar y provisional, ya que en la resolución no se pueden fijar medidas definitivas con relación a los derechos sustantivos del niño, ni de sus padres, como lo sería la

A esta definición cabría hacerle una observación. En sentido amplio el procedimiento de restitución no sólo serían los actos procesales realizados por los órganos judiciales, sino también los realizados por órganos administrativos.

270 Cfr. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, *Derecho Internacional Privado de familia y minoridad. Prestación internacional de alimentos. Restitución internacional de menores*, 1ª ed., Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1988, pág. 86 y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores*, *Op. cit.*, pág. 74.

271 ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores*, *Op. cit.*, pág. 52.

272 Véanse artículos 7.2.c y 10 de la "Convención de la Haya".

273 Véase artículo 29 de la "Convención de la Haya".

determinación de la custodia; sólo debe retornar al niño a la situación que tenía antes de que se produjera el traslado o retención ilícito.²⁷⁴

El procedimiento no afectará al fondo de los derechos de custodia del niño ni de los padres, ya que esta medida se tendrá que resolver en otro procedimiento, y en principio, por el juez de la residencia habitual del niño.²⁷⁵

3.2. Tramitación.

3.2.1. La solicitud de restitución.

La solicitud de restitución, ya sea por conducto de la Autoridad Central o directamente por medio de los órganos judiciales o administrativos del Estado a donde el niño fue trasladado o retenido ilícitamente, es el medio por el cual se inicia el procedimiento de restitución.²⁷⁶

274 Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores*, *Op. cit.*, págs. 53-54.

El artículo 16 de la "Convención de la Haya" señala que: "*Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante donde haya sido trasladado el menor o en donde esté retenido ilícitamente, **no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia** hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones de la presente Convención para la restitución del menor o hasta que se haya transcurrido un periodo de tiempo razonable, sin que se haya presentado una solicitud en virtud de esta Convención*". CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, "Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", artículo 16, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 649.

275 Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores*, *Op. cit.*, pág. 75 y CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, "Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", artículo 19, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 650.

276 Véanse artículos 8 y 29 de la "Convención de la Haya".

En este punto se analizarán cuatro aspectos importantes respecto a la solicitud de restitución: quién la debe presentar y cómo, cuándo y dónde se debe presentar.

3.2.1.1. Legitimación de quién puede presentar la solicitud de restitución.

El procedimiento de restitución se inicia a instancia de la parte que esté interesada en que ésta se realice²⁷⁷ y de conformidad con la “Convención de la Haya”, quien está legitimado²⁷⁸ para reclamar la inmediata restitución del niño es cualquier persona, institución u organismo que ejercía el derecho de custodia inmediatamente antes de producirse el traslado o retención ilícito.²⁷⁹

La legitimación se determinará de acuerdo a la ley de residencia habitual del niño.²⁸⁰

277 Cfr. BLUMKIN, Silvia B., “La sustracción internacional de menores”, *Op. cit.*, pág. 36.

278 La legitimación se puede entender como: “...las condiciones o requerimientos para poder actuar en derecho, manteniendo el sentido de ‘justificación’ o ‘fundamentación’. En este caso se habla de ‘legitimidad’...para obrar...indicando la posesión de un interés jurídicamente justificado...para intervenir en juicio”. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Legitimidad” en MÁRQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, *Op. cit.*, Tomo III, pág. 2306.

279 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 8, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 646.

El artículo establece que toda persona, institución u organismo, pero de una interpretación competa se deduce que sólo aquellos que ejercían el derecho de custodia antes de producirse el traslado o retención ilícito, habida cuenta que la solicitud debe incluir información acerca de la identidad del solicitante, del niño y de quien se alega que ha sustraído o retenido al niño. Además, es necesario que el solicitante acredite su interés en la restitución. Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 24.

280 Cfr. BLUMKIN, Silvia B., “La sustracción internacional de menores”, *Op. cit.*, pág. 36.

Esto es así, en virtud de que el derecho de custodia debe estar atribuido de acuerdo a la ley vigente del Estado en donde el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la

3.2.1.2. Requisitos de la solicitud de restitución.

El artículo 8 de la “Convención de la Haya” establece las pautas de cómo debe presentarse la solicitud de restitución, y señala como requisitos los siguientes²⁸¹:

- Se debe incluir información relativa a la identidad del solicitante, del niño y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al niño.²⁸²
- Señalar la fecha de nacimiento del niño, cuando sea posible obtenerla. Con esta información se verifica que el niño sea menor de 16 años, para determinar la aplicación de la “Convención de la Haya”.²⁸³
- Indicar los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del niño. En los motivos se explicará la existencia de un traslado o retención ilícito.²⁸⁴
- Toda la información relativa a la localización del niño.

Sustracción Internacional de Menores”, artículo 3, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 644.

281 *Cfr.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “*Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, artículo 8, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, págs. 646-647.

282 Con esta información se determina la relación familiar del niño con quien solicita la restitución y con quien lo ha trasladado o retenido ilícitamente. *Cfr.* GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “*Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, *Op. cit.*, págs. 25-26.

283 *Cfr. Ibidem*, pág. 26.

284 En la argumentación de que el traslado o retención es ilícito se debe probar la existencia del derecho de custodia atribuido con arreglo al derecho de la residencia habitual y que éste se ejercía en forma efectiva o el no poder haberlo ejercido en virtud del traslado o retención ilícito. *Supra* Capítulo Segundo: Sustracción, traslado y retención ilícita. *Cfr. Idem*.

Además, de una interpretación conjunta de los artículos 8, 24 y 28 de la “Convención de la Haya”, a la solicitud se adjuntarán los siguientes documentos²⁸⁵:

- Una copia autenticada de toda decisión o acuerdo pertinentes. Se refiere básicamente a la copia certificada de la sentencia o convenio relativo al divorcio o a la custodia, por el que atribuye la guarda del niño a quien solicita la restitución.²⁸⁶
- Una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el niño tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado. Esta certificación tiene como objetivo que se determine que la atribución del derecho de custodia se ajusta a lo establecido por el derecho de la residencia habitual del niño.²⁸⁷
- Cualquier otro documento pertinente, como documentos que permitan comprobar la fecha de traslado o retención ilícitos²⁸⁸; en México, a la solicitud se debe anexar copia certificada del acta de nacimiento del

285 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículos 8, 24 y 28, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, págs. 646-647, 651-652.

286 Cfr. *Idem* y SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES “Requisitos para presentar una solicitud de restitución internacional de menores con base en la Convención de La Haya”, México, en www.sre.gob.mx.

287 De acuerdo a como esta redactado el artículo se entiende que el documento no necesariamente tiene que ser oficial, ya que puede ser expedido por una persona cualificada, como puede ser un experto en la materia. Además, en el artículo no se establece un criterio de preferencia sobre la calidad oficial o doctrinal de este tipo de documento. Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 26.

288 Esto a efectos de determinar que el traslado o retención se produjo con posterioridad a la entrada en vigor de la “Convención de la Haya” y que la solicitud se introdujo dentro del plazo de un año señalada en el artículo 12 de la misma. Cfr. *Idem*.

niño, fotografía del niño, fotografía de la persona que presuntamente lo traslado o lo retiene y copia certificada del acta de matrimonio de los padres, en el caso de que la haya.²⁸⁹

- Traducción de la solicitud y sus documentos, al idioma oficial del país a cuyo territorio el niño haya sido trasladado o retenido ilícitamente.²⁹⁰
- La Autoridad Central podrá exigir que la solicitud sea acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar en su nombre o para designar un representante en el Estado en donde el niño se encuentra.²⁹¹

Algunas Autoridades Centrales, como en el caso de México, utilizan formularios tipo que contienen la información necesaria para facilitar la presentación de la solicitud de restitución.²⁹²

289 Cfr. SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES “*Requisitos para presentar una solicitud de restitución internacional de menores con base en la Convención de La Haya*”, México, en www.sre.gob.mx.

290 En caso de que la traducción sea difícilmente realizable, la traducción podrá hacerse al inglés o al francés. Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “*Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, artículo 24, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 651 y SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES “*Requisitos para presentar una solicitud de restitución internacional de menores con base en la Convención de La Haya*”, México, en www.sre.gob.mx.

291 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “*Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, artículo 28, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 652.

La Profesora González Pedrouzo señala que esta autorización puede llegar a ser importante para efectos de agilizar el procedimiento, “...en aquellos casos en que el derecho interno del Estado le impida actuar ‘de oficio’ a la Autoridad Central en nombre del solicitante”. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “*Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, Op. cit., pág. 26.

292 Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, , “*Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, Op. cit., pág. 27 y SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES “*Requisitos para presentar una solicitud de restitución internacional de menores con base en la Convención de La Haya*”, México, en www.sre.gob.mx.

3.2.1.3. Plazo para presentar la solicitud de restitución.

El artículo 12 de la “Convención de la Haya” señala:

“Cuando un menor haya sido traslado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el Artículo 3 y, en la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

*“La autoridad judicial o administrativa, **aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor** salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.”²⁹³*

Por su parte el artículo 18 dispone:

293 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 12, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, págs. 647-648.

“Las disposiciones del presente capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.”²⁹⁴

De los dos artículos anteriores se infiere, que no existe plazo para promover la solicitud de restitución, es decir, la acción de restitución no prescribe por el transcurso del tiempo, en virtud de que el transcurso del año²⁹⁵ a que se refiere el primer párrafo del artículo 12 de la “Convención de la Haya” no impide que la solicitud se promueva después, e incluso que sea procedente y se restituya al niño al país en donde tenía su residencia habitual.²⁹⁶

El inconveniente de promoverla después de un año de que el niño fue trasladado o retenido ilícitamente, radica en que surge una nueva excepción al retorno: que el niño se haya adaptado a su nuevo medio.²⁹⁷

3.2.1.4. Autoridad ante quien se presenta la solicitud de restitución.

De conformidad con la “Convención de la Haya”, la solicitud de restitución se puede presentar ante:

294 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 18, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 650.

295 El plazo de un año se cuenta a partir del momento en que se produce el traslado o retención ilícito y hasta que se inicia la acción ante la autoridad judicial o administrativa del Estado en que se halle el niño y no hasta el momento de la decisión. *Cfr.* GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, págs. 27-28.

296 En el mismo sentido lo establece la “Convención Interamericana”, en sus artículos 14 y 17. Véase ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, págs. 667-678.

297 *Infra* Capítulo Tercero: excepciones a la restitución.

- Cualquier Autoridad Central de un Estado Contratante²⁹⁸; o
- Directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante.²⁹⁹

Aquí es importante resaltar una de las grandes diferencias que existe entre la “Convención de la Haya” y la “Convención Interamericana”. En la segunda, la solicitud de restitución se presenta en principio ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte donde el niño tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícita, y sólo por razones de urgencia se presentará ante las autoridades del Estado parte a donde el niño fue ilegalmente trasladado o retenido o las autoridades del Estado parte en donde se produjo el hecho ilícito.³⁰⁰

298 El artículo 8 de la “Convención de la Haya” establece que se puede presentar ante la Autoridad Central de la residencia habitual del niño o la de cualquier otro Estado contratante. Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 8, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, págs. 646-647.

La Profesora González Pedrouzo señala en este sentido que la jurisdicción “...se convierte prácticamente en universal, con el único límite que se trate de un Estado contratante”. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Op. cit., pág. 25.

299 Además, se da la posibilidad al solicitante de tramitar la restitución conforme o no a la “Convención de la Haya”. Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 29, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 653.

La Profesora González Pedrouzo señala en este sentido que el acudir directamente ante las autoridades judiciales o administrativas “...podría tener la desventaja de no acceder a los beneficios establecidos en el art. 26 en materia de gastos”. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Op. cit., pág. 25.

300 Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, artículo 6, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 668.

3.2.2. Etapa administrativa.

Como se estableció en párrafos anteriores, la solicitud de restitución puede ser presentada ante la Autoridad Central, ya sea del Estado en donde el niño tenía su residencia habitual, o en la de cualquier Estado contratante.

Recibida la solicitud por la Autoridad Central esta puede desarrollar dos conductas:

- En caso de no cumplirse las condiciones establecidas en la “Convención de la Haya” o si la solicitud carece de fundamento, la Autoridad Central podrá rechazar la solicitud y deberá informar inmediatamente sus motivos al solicitante.³⁰¹
- Si la solicitud se presenta de conformidad con las disposiciones de la “Convención de la Haya”, si reúne los requisitos establecidos en ésta y adjunta los documentos por ella requeridos, deberá ser admitido, y esta Autoridad Central, a la que se denominara *requiriente*, la enviará a la Autoridad Central en donde se crea que se encuentra el niño que fue trasladado o retenido ilícitamente, la cual se le denominará *requerida*.³⁰²

301 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 27, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 652 y GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 27.

302 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículos 9 y 30, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, págs. 647 y 653 y GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 27.

Recibida la solicitud por la Autoridad Central requerida esta podrá:

- Rechazarla de conformidad con el artículo 27 de la “Convención de la Haya”, en cuyo caso deberá informar inmediatamente a la Autoridad Central requirente³⁰³; o
- Admitirla conforme a lo señalado en el artículo 30 de la “Convención de la Haya”.
- Además, podrá trasmitirla en cualquier momento a otra Autoridad Central por considerar que el niño no se encuentra en su país, sino en otro Estado.³⁰⁴

Ahora bien, en el caso de admisión por parte de la Autoridad Central requerida, esta puede realizar gestiones de diversa naturaleza, por si o por conducto de otros órganos, encaminados a³⁰⁵:

- La restitución voluntaria del niño. De conformidad con los artículos 7 y 10, la Autoridad Central requerida debe adoptar o hacer que se

303 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 27, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 652 y GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Op. cit., pág. 27.

304 Si una Autoridad Central que recibe una solicitud de restitución conforme a la “Convención de la Haya” tiene razones para creer que el niño se encuentra en otro Estado contratante, debe trasmitir la solicitud directamente a ese Estado e informar dicha situación a la Autoridad Central requirente, o en su caso, al solicitante. Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 9, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 647.

La Profesora González Pedrouzo señala que “...la obligación de transmitir la solicitud de restitución, la tiene toda Autoridad Central, sea la que toma conocimiento de la solicitud en primera instancia, o sea la que recibe la solicitud de aquélla y considera que el menor se encuentra en otro Estado”. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Op. cit., pág. 28.

305 *Supra* Capítulo Segundo: Atribuciones de la Autoridad Central.

adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del niño.³⁰⁶

- Localización del niño. A diferencia de la “Convención Interamericana”, la “Convención de la Haya” no contiene normas específicas sobre el procedimiento de localización de niño, únicamente el artículo 7 establece que la Autoridad Central debe adoptar directamente o a través de un intermediario las medidas apropiadas que permitan localizar al niño trasladado o retenido ilícitamente.³⁰⁷
- Realizar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo para obtener la restitución del niño.³⁰⁸

3.2.2.1. La localización del niño.

La acción de restitución hace imprescindible que el niño sea localizado³⁰⁹. La localización del niño es una de las obligaciones que frecuentemente se

306 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículos 7.2.c y 10, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, págs. 645 y 647 y GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 28.

307 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 7.2.a, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 645 y GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 37.

308 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 7.2.f, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 645.

309 Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 22.

realiza a través de otras autoridades, mediante la intervención de la policía y otras agencias de investigación gubernamental.³¹⁰

La localización del niño se produce por medio de un mecanismo de cooperación entre las Autoridades Centrales y otras autoridades competentes, y en ese sentido se ha resaltado la labor de la *International Criminal Police Organization*, mejor conocida como INTERPOL.³¹¹

En el caso de España, por ejemplo, la Autoridad Central contacta a la INTERPOL, ésta envía a la policía nacional o a la guardia civil que comprobarán la dirección y realizarán las acciones necesarias para dar con la ubicación del niño.³¹²

Una vez localizado al niño, la INTERPOL sólo debe comunicar lo antes posible la ubicación en que se encuentra, ya que no tiene capacidad para detener a la persona que tenga al niño.³¹³

En el caso de México, también se solicita el apoyo de la INTERPOL México.³¹⁴

En virtud de que la “Convención de la Haya” es omisa en señalar reglas especiales relacionadas con la localización del niño, resulta conveniente

310 Cfr. GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, S.N.E., Ed. Dykinson, Madrid, España, 2002, pág. 105.

311 Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 22.

312 ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores*, *Op. cit.*, pág. 33.

313 Cfr. *Idem*.

314 SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES. Dirección General del Acervo Histórico Diplomático, “Respuesta a Solicitud de Acceso a Información Pública Gubernamental”. Expediente UDE-2713/09 folio 0000500084109, respuesta de fecha 6 de agosto de 2009, pág. 3.

mencionar las reglas especiales que sí establece la “Convención Interamericana” relacionadas con la localización del niño³¹⁵:

- La medida la pueden solicitar las autoridades del lugar de residencia habitual del niño a petición de los sujetos legitimados para pedir la restitución, o estos directamente, y se dirige a las autoridades del Estado parte donde se presume que se encuentra el niño.³¹⁶
- Si se localiza el niño en ese Estado, se informará a las autoridades del Estado requirente y se adoptarán las medidas conducentes para asegurar la salud del niño y evitar que sea trasladado u ocultado nuevamente. El objeto de esta medida es garantizar su salud y evitar que pudiera ser nuevamente trasladado.³¹⁷
- Las medidas adoptadas serán levantadas si no se solicita la restitución dentro de los sesenta días siguientes a que se notifique la localización del niño a las autoridades del Estado requirente.³¹⁸

La localización del niño en la “Convención Interamericana” está estructurada como una medida previa a la restitución que se apoya en los principios de cooperación internacional.³¹⁹

315 Incluso tiene una sección dedicada a ello. *Supra* Capítulo Segundo: Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

316 Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, artículo 18, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 673.

317 Cfr. *Ibidem*, artículo 19, pág. 673.

318 Cfr. *Ibidem*, artículo 20, págs. 673-674.

319 Cfr. BERRAZ, Carlos, *La protección Internacional del menor en el Derecho Internacional Privado*, *Op. cit.*, pág. 37.

3.2.3. Etapa judicial.

Esta etapa se puede iniciar de dos formas:

- Por conducto de la Autoridad Central requerida³²⁰; o bien
- Por conducto directo de la persona que solicita la restitución del niño.³²¹

3.2.3.1. Presupuestos procesales.

Por presupuestos procesales se entiende:

“...los requisitos o condiciones que deben cumplirse para la iniciación o el desarrollo válido de un proceso, o en su caso, para que pueda pronunciar la resolución de fondo.”³²²

Entre los presupuestos procesales más importantes se encuentran la competencia del juzgador y la legitimación procesal de las partes³²³, los cuales se analizan a continuación.

320 Como se mencionó anteriormente, la Autoridad Central requerida deberá realizar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo para obtener la restitución del niño. *Supra* Capítulo Tercero: Etapa administrativa.

321 *Supra* Capítulo Tercero: Autoridad ante quien se presenta la solicitud de restitución.

322 FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Presupuestos Procesales” en MÁRQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit.*, Tomo IV, pág. 3002.

323 *Cfr. Idem.*

3.2.3.1.1. Competencia judicial.

La Jurisdicción se define como la “...*actividad del Estado, encaminada a la actuación del derecho mediante la aplicación de la norma general al caso concreto...*”³²⁴

Por otro lado la competencia “...*es el limite de su jurisdicción*”³²⁵. Es la “...*idoneidad atribuida a un órgano de autoridad para conocer o llevar a cabo determinadas funciones o actos jurídicos*”.³²⁶

En el Capítulo Segundo se estableció que el juez competente para resolver sobre la restitución del niño, de conformidad con la “Convención de la Haya” lo es el del Estado contratante en donde se encuentre el niño, pero ¿qué juez del Estado requerido será el competente?

Esto lo determinará cada Estado en particular, de acuerdo a su normativa interna³²⁷. En España, por ejemplo, son competentes los Juzgados de Familia de Primera Instancia en cuya demarcación se halle el niño que ha sido objeto del traslado.³²⁸

En México, existen criterios contradictorios respecto a qué tribunal es competente.

Por un lado, de acuerdo a una decisión emitida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de la Nación en el año de 1994 puede ser competencia de

324 PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado, Op. cit.*, pág. 321.

325 CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Internacional Privado. Parte General, Op. cit.*, pág. 62.

326 FLORES GARCÍA, Fernando, “*Competencia*” en MÁRQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit.*, Tomo I, pág. 639.

327 Ver *supra* Capítulo Segundo: Derecho aplicable.

328 Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores, Op. cit.*, pág. 61.

los Juzgados Federales o Locales de los Estados, a elección del demandante.³²⁹

Pero por el otro, existen criterios que señalan que en materia familiar, son competentes los tribunales locales de primera instancia.³³⁰

329 “La finalidad de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores...es la de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de custodia y visita vigentes en uno de estos Estados se respeten en los demás Estados contratantes; lo cual se refleja en una protección de intereses particulares de los afectados con el traslado o la retención ilícita de menores...de suerte que su gestión no involucra intereses de la Federación sino que sólo interviene para la protección de intereses particulares. Consecuentemente, se actualiza la hipótesis de competencia concurrente que contempla el artículo 104, fracción I, de la Constitución Federal, ya que en las controversias del orden civil o criminal suscitadas sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales en los que sólo se afectan intereses particulares, corresponde al actor elegir el fuero al que se somete la controversia”. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Competencia para conocer de las cuestiones relacionadas con la restitución de menores derivadas de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de aquellos adoptada en La Haya. Corresponde al juez que elija el actor”, tesis aislada, Competencia civil 72/94, suscitada entre los jueces Mixto de Primera Instancia del Ramo Civil del Distrito Judicial de Cintalapa, Chiapas y Segundo de Distrito en este mismo Estado, 16 de mayo de 1994, unanimidad de cinco votos, Octava Época, Tercera Sala, en Semanario Judicial de la Federación, Volumen XIII, junio de 1994, pág. 243.

330 “El simple hecho de invocar en una controversia la aplicación o cumplimiento de una ley federal o tratado internacional no es suficiente para actualizar el supuesto de la competencia concurrente establecida por la fracción I del artículo 104 constitucional, porque para que ésta se actualice, es necesario primero que realmente sea aplicable la ley o tratado invocado y, segundo, que el derecho sustantivo que constituye la base de la reclamación se encuentre ampliamente regulado por dicha ley o tratado, esto es, que no solamente se tutele de manera genérica, sino que establezca los lineamientos específicos necesarios sobre la tutela de tal derecho. Por ello, es inexacto pretender que en una controversia familiar relativa al otorgamiento de un régimen de visitas, en la que se invocan como aplicables la Ley (federal) para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la Convención (internacional) sobre los Derechos del Niño y la Convención (internacional) sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, se actualice la citada competencia concurrente, cuando que para resolver tal controversia ninguno de esos cuerpos normativos serán el fundamento esencial, ya que éstos sólo hacen referencia de manera genérica al derecho que tienen los niños para convivir con sus padres, pero no regulan de manera específica la forma y términos en que puede y debe otorgarse dicha medida...”. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Controversias familiares sobre el otorgamiento de régimen de visitas de un menor. El juez de distrito es incompetente para conocer de aquéllas, aun cuando se sustenten en leyes federales o tratados internacionales”, tesis aislada, Amparo directo 543/2004, 25 de agosto de 2004, Unanimidad de votos, Novena Época, Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XX, Octubre de 2004, pág. 2323.

3.2.3.1.2. Legitimación procesal.

La legitimación procesal de las partes significa que una persona “...*cuenta con la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones de carácter procesal...*”³³¹.

La legitimación procesal puede ser:

- Legitimación activa que “...*es la identidad de la persona en cuyo favor está la ley*”³³². Conforme a la “Convención de la Haya” podrán promover el procedimiento ante los órganos judiciales o administrativos del Estado en el que se encuentra el niño, en primer término la Autoridad Central requerida o la persona que ésta designe como su representante; además, de conformidad con el artículo 29 cualquier persona, institución u organismo que tenga atribuido el derecho de custodia del niño podrá acudir directamente ante ellos³³³.
- Legitimación pasiva que la tendrá “...*la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley*”³³⁴. En este sentido, la legitimación pasiva, de acuerdo a la “Convención de la Haya”, será la persona que tenga consigo al niño que fue trasladado o retenido ilícitamente.³³⁵

331 BECERRA BAUTISTA, José, “*Legitimación Procesal*” en MÁRQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Op. cit., Tomo III, pág. 2303.

332 *Idem*.

333 Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores*, Op. cit., pág. 63.

334 BECERRA BAUTISTA, José, “*Legitimación Procesal*” en MÁRQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Op. cit., Tomo III, pág. 2303.

335 Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores*, Op. cit., pág. 63.

3.2.3.2. Tipo de procedimiento.

La “Convención de la Haya” establece lineamientos generales sobre el trámite de la restitución del niño, pero no establece el procedimiento que las autoridades judiciales o administrativas deben seguir.³³⁶

Cada Estado tiene la obligación de adoptar las medidas apropiadas para garantizar la restitución del niño, para lo cual utilizarán los procedimientos de urgencia de que dispongan.³³⁷

En España, por ejemplo, las solicitudes para la restitución de un niño que hubiera sido trasladado ilícitamente a ese país, se solicitaban y resolvían inicialmente por las normas de la Jurisdicción Voluntaria; ahora se regula por un procedimiento especial establecido en la “Ley de Enjuiciamiento Civil”.³³⁸

En el caso de México, de conformidad con el Estado de la República en que se tramite, será el procedimiento que se siga. En algunos casos se tramita como un exhorto, en otros como un procedimiento especial y en otros como

336 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, págs. 643-658.

La “Convención Interamericana” por el contrario si establece reglas más específicas sobre el procedimiento de restitución, como plazo para oponerse a la restitución, la posibilidad de un periodo probatorio, el plazo para dictar la resolución, entre otros. Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, artículos 8 a 17, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, págs. 669-673.

337 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 7.2.f, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 645 y GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, *Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, *Op. cit.*, pág. 37.

338 Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores*, *Op. cit.*, págs. 34 y 50.

juicio³³⁹; la orden de restitución se ha otorgado también como resultado de un medio preparatorio a juicio³⁴⁰ de separación y depósito de personas³⁴¹.

En el caso del Estado de Querétaro, su legislación sustantiva civil tiene un apartado especial sobre restitución de niños, conforme al cual se rigen este tipo de procedimientos³⁴² de la que se desprende³⁴³:

- Que la persona que se oponga a la restitución debe hacerlo por escrito dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de la solicitud de restitución;
- Que recibida la oposición la autoridad judicial que conozca del asunto tiene ocho días para resolver sobre la procedencia de la restitución.

339 Cfr. SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES. Dirección General del Acervo Histórico Diplomático, "Respuesta a Solicitud de Acceso a Información Pública Gubernamental". Expediente UDE-2713/09, *Op. cit.*, pág. 3.

340 Los medios preparatorios a juicio son "...actos o requisitos jurídicos que puede o debe realizar una de las partes para iniciar con eficacia un procedimiento posterior...pueden considerarse como etapas preliminares del procedimiento judicial que desemboquen en el proceso...". SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES. Dirección General del Acervo Histórico Diplomático, "Respuesta a Solicitud de Acceso a Información Pública Gubernamental". Expediente UDE-3895/09 folio 0000500131509, respuesta de fecha 11 de noviembre de 2009, pág. 13.

341 Cfr. *Idem*.

342 "De la interpretación literal y teleológica del artículo 7, párrafos primero y segundo, inciso f), de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, publicada en el Diario Oficial de la Federación el seis de marzo de mil novecientos noventa y dos, en cuanto establece que para lograr los objetivos de la propia convención, los Estados participantes deben incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regularice o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita; es dable colegir, que los Estados participantes en el pacto, previeron dejar que cada uno de ellos, implantara el procedimiento relativo, adecuarlo a su sistema de derecho e instaurarlo acorde a su propia legislación, por lo que aunque conforme a la citada convención habrá de resolverse el fondo de lo relativo a la restitución, el proceso correspondiente debe sujetarse, a lo que en lo conducente prevé el capítulo XIV, intitulado 'De la restitución de menores', título décimo, libro primero, del Código Civil, así como ante la falta de reglas y formas especiales en la convención, para la tramitación y resolución de este tipo de asuntos, debe estarse a lo que dispone el Código de Procedimientos Civiles, ambos ordenamientos del Estado de Querétaro". SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, publicada en el diario oficial de la federación el seis de marzo de mil novecientos noventa y dos. tratándose del proceso, tramitación y resolución de la restitución relativa, debe estarse a lo que prevén los códigos civil y de procedimientos civiles, ambos del estado de Querétaro", tesis aislada, Amparo en revisión 31/2008, 8 de abril de 2008, Unanimidad de votos, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, en Semanario Judicial de la Federación, Volumen XXIX, marzo de 2009, pág. 2732.

343 Cfr. artículo 621 del Código Civil del Estado de Querétaro, México, P.O. 21 de octubre de 2009, en www.legislaturaqro.gob.mx.

Ahora bien, independientemente del tipo de procedimiento que el tribunal competente de México utilice para resolver la restitución del niño, éste debe realizarse con arreglo a las garantías del debido proceso:

*“...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...”*³⁴⁴

En este sentido el procedimiento deberá tener las siguientes etapas:

- Admisión o rechazo del trámite de la solicitud de restitución.
- Adopción de medidas que se considere pertinentes para asegurar el bienestar del niño y para evitar nuevos traslados ilícitos.³⁴⁵
- Notificar el procedimiento a la persona que ha trasladado o retiene al niño. Se le deberá informar el término que tiene para comparecer ante la autoridad, así como los apercibimientos en caso de no hacerlo.³⁴⁶

344 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN “*Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Respeta las garantías de audiencia y defensa*”, tesis aislada, Amparo en revisión 1576/2006, 22 de noviembre de 2006, Unanimidad de cinco votos, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXV, febrero de 2007, pág. 634.

345 Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores*, *Op. cit.*, pág. 68.

346 Cfr. *Idem.*

La Profesora González Pedrouzo, señala que en virtud de que “...los aspectos vinculados con los plazos procesales forman parte de lo que se conoce como ‘elementos ordenatorios’...dichos elementos deberían regirse por la ley del Estado requerido, por ser éste el Estado donde se desarrolla el procedimiento de la restitución. Sin embargo, dichos plazos deberían ser breves, teniendo en cuenta el mandato del art. 11 del Convenio en cuanto a

- En la comparecencia, la persona que trasladó o retuvo ilícitamente al niño puede acceder voluntariamente a la restitución u oponerse a la misma.³⁴⁷
- Si se opone, deberá existir una etapa de alegaciones y prueba, cuyo objeto se centrará en acreditar la existencia o no de alguna causa de excepción a la restitución.³⁴⁸
- Se dictará resolución que determine la procedencia o improcedencia de la restitución.

Por último hay que resaltar la urgencia del procedimiento. Si bien es cierto que la “Convención de la Haya” no establece un plazo obligatorio para resolver sobre la restitución, si la autoridad judicial o administrativa que conoce del procedimiento no ha llegado a una decisión en un plazo de seis semanas desde el momento de su iniciación:

“...el solicitante o la autoridad central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancias de la autoridad central del Estado requirente, tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.”³⁴⁹

la urgencia de los procedimientos...”. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Cíviles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 34.

347 La oposición tiene que ser específicamente en alguna de las causas previstas en la “Convención de la Haya” y que se analizarán más adelante. *Cfr.* ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores*, *Op. cit.*, pág. 69.

348 *Cfr. Ibidem.*, pág. 71.

349 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Cíviles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 11, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 647.

La respuesta, si existiere, se transmitirá a la Autoridad Central del Estado requirente o al solicitante directamente.³⁵⁰

3.2.3.3. La Resolución.

La resolución que se dicte en el procedimiento sólo se referirá a la restitución del niño. Las autoridades judiciales o administrativas que conocen del procedimiento no deben decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia.³⁵¹

La “Convención de la Haya” sólo trata de reestablecer una situación de hecho que existía antes del traslado o retención ilícito y su finalidad es restituir al niño, no decidir sobre el derecho de fondo.³⁵²

Para la “Convención de la Haya”, **la restitución del niño es la regla**, en virtud de que la misma representa el interés superior del niño.³⁵³

Así lo dispone el primer párrafo del artículo 12 de dicha Convención al establecer:

350 La Profesora González Pedrouzo señala que “...Esta intervención del interesado o de la Autoridad Central del Estado requerido funciona como un mecanismo de contralor con respecto a las autoridades judiciales o administrativas que deben tomar la decisión sobre el retorno del menor, si bien no establecen consecuencias para el caso de que las mismas no den respuesta a dicho planteamiento”. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores,” *Op. cit.*, pág. 34.

351 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículos 16 y 19, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, págs. 649-650.

352 Cfr. BERRAZ, Carlos, *La protección Internacional del menor en el Derecho Internacional Privado*, *Op. cit.*, pág. 37.

353 Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 29.

*“Cuando un menor haya sido traslado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el Artículo 3 y, en la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.”*³⁵⁴

Ahora bien, la “Convención de la Haya” presupone que lo que más conviene al interés superior del niño que fue sustraído o retenido ilícitamente es retornar a su lugar de residencia habitual, **pero admite una serie de excepciones** para aquellos supuestos en el interés superior del niño sea quedarse en el lugar al que fue trasladado o es retenido.³⁵⁵

3.2.3.3.1. Las excepciones a la restitución.

Las excepciones son “...las cuestiones concretas que el demandado plantea frente a la pretensión del actor, con objeto de oponerse a la continuación del

354 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 12, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, págs. 647-648.

355 Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores*, *Op. cit.*, pág. 92.

*proceso, alegando que no se han satisfecho los presupuestos procesales...*³⁵⁶.

La “Convención de la Haya” establece formalmente en el artículo 13 las excepciones a la restitución del niño, aunque también se encuentran excepciones en los artículos 12 y 20 de la misma.³⁵⁷

La existencia de las excepciones en la “Convención de la Haya” es importante, en virtud de que se ha llegado a afirmar que sin ellas se pondrían en peligro los derechos fundamentales del niño, en virtud de que la restitución podría realizarse en contravención a su interés superior.³⁵⁸

Negar el retorno con fundamento en alguna de estas excepciones, es una facultad discrecional otorgada a las autoridades judiciales o administrativas que decidirán sobre la procedencia de la restitución, y la interpretación y aplicación de las excepciones debe ser restrictiva y sólo en aquellos casos en que las restitución vaya en contra del interés superior del niño.³⁵⁹

Estas excepciones son:

356 OVALLE FABELA, José, “Excepciones” en MÁRQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Op. cit., Tomo II, pág. 1609.

357 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículos 12, 13 y 20, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, págs. 647-648 y 650.

En el artículo 36 de la “Convención de la Haya” se establece la posibilidad de que los Estados contratantes de común acuerdo dejen de aplicarse las excepciones previstas por la mismas. La profesora González Pedrouzo considera que en la práctica “...dificilmente podría derogarse el art. 20 ya que se trata de una norma en la que se protegen principios en materia de derechos humanos y libertades fundamentales de los Estados Parte”. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Op. cit., pág. 34.

358 Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores*, Op.cit., pág. 92.

359 Cfr. TREVIÑO SOSA, José, “El drama de la sustracción internacional de menores”, Op. cit., pág. 58.

3.2.3.3.1.1. Que el traslado o la retención fueron lícitos.

El artículo 13 de la “Convención de la Haya” establece que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del niño si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

*“La persona, institución u organismo que se hubiere hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención...”*³⁶⁰

De la norma se desprende lo siguiente:

- La norma le da la posibilidad al juez de rechazar la solicitud, es decir, no es un deber, es una facultad discrecional.
- La persona que se opone a la restitución tiene la carga de probar la excepción para que ésta opere.³⁶¹

360 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 13, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 648.

361 El Informe de la Tercera Comisión señala que la carga de la prueba de que la custodia no se ejercía en forma efectiva es más pesada que la del artículo 3, en virtud de que en ésta quien solicita la restitución sólo debe establecer que se ha violado el derecho de guarda y en la excepción no basta probar que quien solicita la restitución no ejercía el derecho de custodia, sino que además debe convencer al juez de que sus alegatos deben ser tomados en cuenta. La “Convención de la Haya” “...está constituido sobre la presunción de que la persona que cuida del menor ejerce efectivamente su guarda. Esa presunción deberá ser destruida por quien se opone a la restitución, y ello se produce mediante la inversión de la carga de la prueba”. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Informe de la Tercera Comisión” citado por GONZÁLEZ PEDROUZO,

La excepción consagrada en este supuesto descansa en el hecho de probar que el traslado o retención es lícito, en virtud de que el derecho de custodia no se ejercía de forma efectiva³⁶²; o que si fue ilícito en un principio dejó de serlo después, porque se aceptó o consintió el traslado o retención con posterioridad al suceso.³⁶³

Esta excepción ha sido criticada en el sentido de que su estudio implica un análisis previo del derecho de custodia y de visita; por lo que se contravendría un principio fundamental de la “Convención de la Haya”, ya que el juez del conocimiento se pronunciaría indirectamente sobre la cuestión de fondo del derecho de custodia.³⁶⁴

3.2.3.3.1.2. Grave riesgo físico o psíquico para el niño.

Al igual que la anterior excepción, es una facultad discrecional de la autoridad rechazar la restitución si el que se opone a ella acredita que:

Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op.cit.*, pág. 31 .

362 Como se explicó en el Capítulo Segundo, para que un traslado o retención se considere ilícito no bastaba con que se realizara con infracción a un derecho de custodia, sino que la persona que tuviera ese derecho debía ejercerlo en forma efectiva. *Supra* Capítulo Segundo: Traslado y retención ilícita.

363 Cfr. TREVIÑO SOSA, José, “Aplicación e interpretación de las defensas contenidas en el artículo 13 de la convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, en *Derecho Siglo XXI*, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Nuevo León, México, número 8, mayo-agosto 2002, pág. 15.

364 Cfr. BLUMKIN, Silvia B., “La sustracción internacional de menores”, *Op. cit.*, pág. 42.

*“Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.”*³⁶⁵

Esta excepción se basa en la integridad física y mental del niño, se fundamenta en la *“...protección de su persona”*³⁶⁶.

El término *riesgo grave* es difícil de definir y se ha considerado una excepción sumamente delicada que debe aplicarse en forma restrictiva y excepcional, en virtud de que una mala interpretación puede afectar la efectividad de la “Convención de la Haya”.³⁶⁷

En este sentido, la excepción será improcedente si se invoca sin probar y explicar, fundada y motivadamente, las razones de por qué se considera que la restitución representa un riesgo grave para el niño.³⁶⁸

Como ejemplos del grave riesgo se encuentra el hecho de que en el Estado de su residencia habitual exista una situación de inestabilidad interna como

365 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 13, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 648.

366 GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 32.

367 *Cfr.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Informe de la Tercera Comisión” citado GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op.cit.*, pág. 32.

368 *Cfr.* TREVIÑO SOSA, José, “El drama de la sustracción internacional de menores”, *Op.cit.*, pág. 59.

una epidemia o una guerra³⁶⁹; o la existencia de alguna conducta realizada por quien solicita la restitución en contra del niño³⁷⁰.

3.2.3.3.1.3. El niño se opone a la restitución.

Asimismo, la autoridad judicial o administrativa también tiene la facultad discrecional de rechazar la solicitud:

“...si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.”³⁷¹

Esta excepción también presenta un problema, en virtud de que no existen criterios preestablecidos ni uniformes respecto del momento en que el niño alcanza la edad y la madurez que amerita tener en cuenta su opinión.³⁷²

La profesora Cristina González Beilfuss³⁷³ señala que:

369 Cfr. TREVIÑO SOSA, José, “*El drama de la sustracción internacional de menores*”, *Op.cit.*, pág. 59.

La Profesora González Pedrouzo señala como ejemplo el hecho de que el niño esté en un tratamiento médico en el Estado al que fue trasladado. Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “*Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, *Op. cit.*, pág. 32.

370 En este caso se analizará “...si en los informes médicos psicológicos y de trabajo social se acredita que el solicitante ha dado malos tratos o lesionado al menor”. TREVIÑO SOSA, José, “*El drama de la sustracción internacional de menores*”, *Op. cit.*, pág. 59.

371 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “*Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, artículo 13, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 648.

372 Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “*Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”. *Op. cit.*, pág. 32 .

373 Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona y catedrática en la misma Universidad en la asignatura de Derecho Internacional Privado.

“La práctica comparada del Convenio de La Haya demuestra, sin embargo, que la participación del niño en los procesos judiciales que le afectan se articula de manera muy distinta en la legislación procesal de los distintos Estados. No siempre se da audiencia en el proceso y son importantes las divergencias en relación a dos aspectos cruciales cuales son (sic) la información que ha de proporcionarse y su representación procesal. Se observan asimismo grandes diferencias en el peso que se otorga a la opinión del niño en la toma de decisión, así como en la edad a partir de la cual las distintas jurisdicciones consideran que un niño ha alcanzado una madurez suficiente.”³⁷⁴

En este sentido se puede señalar que en el “Reglamento de Bruselas II bis” en materia de sustracción internacional de menores, se establece que se debe procurar que el niño tenga la posibilidad de audiencia en el proceso, no sólo para oponerse a la restitución sino en general para apreciar la concurrencia de cualquiera de las causas de denegación del retorno que la “Convención de la Haya” prevé y sólo en el caso de que se haya dado al niño esa posibilidad se podrá considerar a la orden de restitución el carácter de ejecutivo.³⁷⁵

³⁷⁴ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores*, *Op. cit.*, pág. 89.

³⁷⁵ *Ibidem*, pág. 88.

De igual forma, la “Convención sobre los Derechos del Niño”, establece que los Estados deben garantizar a los niños, bajo ciertas pautas, el derecho a expresarse y a que se tomen en cuenta sus opiniones.³⁷⁶

En última instancia, será el Juez quien discrecionalmente determine en cada caso concreto si el niño cuya restitución está en trámite, reúne los requisitos de edad y madurez necesarios para tomar en cuenta su opinión. Esta decisión puede apoyarse en la opinión de psicólogos, para determinar la “...cordura y sentido común...”³⁷⁷ del niño.³⁷⁸

3.2.3.3.1.4. El niño se ha adaptado a su nuevo entorno.

El artículo 12 de la “Convención de La Haya” señala:

*“La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.”*³⁷⁹

376 Véase *supra* Capítulo Primero: La participación del niño.

377 Mediante un análisis psicológico, el especialista puede deducir si el niño “...emite su opinión caprichosamente, fruto de un acto irreflexivo o si, por el contrario, es un acto pensado, meditado, claro y espontáneo”. TREVIÑO SOSA, José, “El drama de la sustracción internacional de menores”, *Op. cit.*, pág. 59.

378 En un caso resuelto en Nueva Zelanda, se estableció que para que opere la excepción debe existir una oposición categórica del niño a ser restituido, no una simple preferencia. En este caso se ordenó la restitución porque las objeciones no fueron lo suficientemente convincentes. FAMILY COURT AT KAITAIA (NUEVA ZELANDA), “*Damiano v. Damiano (1993)*”, 7 de mayo de 1993, en www.incadat.com.

379 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 12, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos*

Esta excepción, a diferencia de las estudiadas anteriormente, no puede oponerse en cualquier momento.

De conformidad con el artículo 12 de la “Convención de La Haya”, sólo puede considerarse una excepción a la restitución del niño, si ésta es promovida un año después de que fue trasladado o retenido ilícitamente.³⁸⁰

El fundamento del rechazo de la restitución no es la inactividad de la persona que promueve la restitución, sino el evitar al niño los problemas que puede llegar a sufrir por un nuevo traslado que lo expondría de nuevo a un proceso de adaptación con relación a su antigua residencia, lo que iría en contra de su interés superior.³⁸¹

Ahora bien, la persona que debe demostrar que el niño se ha adaptado a su nuevo entorno es quien lo ha trasladado o retenido ilícitamente.³⁸²

3.2.3.3.1.5. Principios fundamentales en materia de derechos humanos.

El artículo 20 de la “Convención de la Haya”, también permite rechazar una solicitud de restitución:

Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003, Op. cit., Tomo I, págs. 647-648.

380 El plazo de un año se cuenta a partir del momento en que se produce el traslado o retención ilícito y se cumple en el momento en que se inicia la acción ante la autoridad judicial o administrativa del Estado en que se halle el niño. Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, págs. 27-28.

381 Cfr. BLUMKIN, Silvia B., “La sustracción internacional de menores”, *Op. cit.*, pág. 41.

El Doctor Carlos Álvarez Cozzi señala que “...el fundamento de este (sic) disposición es evitar, luego de un año, el nuevo desarraigo que supondría al menor hacer lugar a la restitución solicitada. Se entiende que luego de ese lapso el menor ha pasado a tener en ese nuevo Estado su centro de vida...”. ALVAREZ COZZI, Carlos, *Restitución Internacional de menores*, S.N.E., Ed. Universidad Ltda, Montevideo, Uruguay, 1988, pág. 19.

382 El artículo usa la expresión “...quede demostrado...”. La “Convención de la Haya” parte de la presunción de que el niño no se ha integrado al nuevo medio, por lo que quien traslado o retuvo al niño debe de probar lo contrario. Cfr. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 31.

*“...cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.*³⁸³

Esta excepción a la restitución del niño, puede ser decretada de oficio por la autoridad judicial o administrativa que conozca del procedimiento³⁸⁴ e implica la posibilidad de rechazar el retorno de un niño sobre la base de argumentos puramente jurídicos, que estén establecidos en el derecho interno del Estado requerido³⁸⁵.

La Profesora Carmen González Pedrouzo señala que esta excepción:

“Constituye una reserva similar a la de orden público internacional, aunque más acotada, ya que no será cualquier principio del derecho del Estado requerido el que pueda llegar a detener la restitución, sino que sólo lo serán aquellos

383 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 20, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op. cit., Tomo I, pág. 650.

384 Como ejemplo de aplicación de esta excepción, está el siguiente caso:

La Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1a., como autoridad requerida negó la restitución de una bebe a Israel, con fundamento en la excepción establecida en el artículo 20 de la “Convención de la Haya”. El argumento fue que un Tribunal Rabínico de Israel, una vez realizado el traslado de la niña a España, y sin tomar en cuenta el interés superior de la niña, le otorgó la custodia al padre y declaró a la madre ‘esposa rebelde’, conforme a lo cual sería castigada y se le quitarían todos sus derechos, no sólo respecto a la niña, sino respecto a toda la comunidad israelí. La declaratoria de ‘esposa rebelde’ impediría reestablecer el *status quo*.

Esta decisión era contraria a los principios básicos de la ley española, que conforme a su Constitución se tiene que tener en cuenta la protección real de la madre y la niña, dado que eran ciudadanas españolas.

AUDIENCIA PROVINCIAL BARCELONA, SECCIÓN 1ª., TRIBUNAL DE APELACIONES, (ESPAÑA) “Re S., Auto de 21 de abril de 1997, Audiencia Provincial Barcelona, Sección 1ª”, 21 abril de 1997, en www.incatat.com.

385 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela”, Op. cit., pág. 9.

relativos a los derechos humanos y las libertades fundamentales".³⁸⁶

Esta limitación al orden público se justifica si se toma en cuenta que la restitución es la regla, y si se pudiera rechazar la solicitud por cualquier causa, reducirían la efectividad de los objetivos perseguidos por la "Convención de la Haya". De esta forma se establece un límite "...a la posibilidad de las autoridades requeridas de frustrar una restitución basándose en interpretaciones particularistas"³⁸⁷.

386 GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, "Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", *Op. cit.*, págs. 32-33.

387 BERRAZ, Carlos, *La protección Internacional del menor en el Derecho Internacional Privado*, *Op. cit.*, pág. 38. La profesora Pérez Vela señala que "...para poder denegar el retorno del menor invocando el motivo que figura en esta disposición, la autoridad en cuestión debe comprobar no sólo la existencia de una contradicción sino también el hecho de que los principios protectores de los derechos humanos prohíben el retorno solicitado...". CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, "Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela", *Op. cit.*, pág. 9.

CAPITULO CUARTO

LOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LAS CONVENCIONES

INTERNACIONALES SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA

SUSTRACCIÓN ILEGAL DE MENORES.

La “Convención de la Haya”, en aras de alcanzar una mayor aceptación entre la Comunidad Internacional, y por tanto, un mayor número de ratificaciones, fue elaborada con disposiciones muy generales³⁸⁸, que en algunos casos puede suponer y en otros ha supuesto problemas en su aplicación.

Aunado a los problemas propios de la “Convención de la Haya”, cada país enfrenta problemas particulares al tramitar las solicitudes de restitución.

En el presente capítulo se abordarán algunos de estos problemas, tanto los generales como los particulares para el caso de México, así como sus posibles soluciones.

388 Como ejemplo con respecto al segundo párrafo del artículo 26 se discutió sobre la gratuidad absoluta en el ámbito de la “Convención de la Haya” frente a quienes apoyaban la solución contraria. A efectos de preservar la aprobación de la Convención por la mayor cantidad posible de Estados, se establecieron ambas posturas, al determinar la gratuidad del proceso para los interesados, pero a la vez se otorga la facultad a los Estados partes de interponer una reserva a esa disposición. *Cfr.* GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “*Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, *Op. cit.*, pág. 41.

La profesora Pérez Vea señala que “...cualquier intento de hacer prevalecer en términos absolutos una postura respecto a otra, hubiese llevado a la exclusión a priori del Convenio de cierto número de Estados, un resultado que nadie deseaba...”. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “*Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela*”, *Op. cit.*, pág. 41.

4.1. Problemas generales de aplicación de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

4.1.1. El ámbito personal de validez.

Ya se estableció en el presente trabajo que la “Convención sobre los Derechos del Niño”, considera niño a toda persona menor de dieciocho años, a menos que de acuerdo a la ley interna de cada Estado haya adquirido antes la mayoría de edad³⁸⁹, pero la “Convención de la Haya”, a pesar de referirse a *menores* establece la edad de dieciséis años para su aplicación, bajo el argumento de que 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”.*³⁹⁰

Esta decisión de fijar un límite de edad también fue justificada por la posibilidad que la “Convención de la Haya” brinda a las autoridades competentes de tener en cuenta la opinión del niño sobre su retorno en cuanto éste alcanza una edad y una madurez suficientes.³⁹¹

389 *Supra* Capítulo Primero: El concepto de niño en el derecho internacional.

390 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela”, *Op. cit.*, pág. 23.

391 *Cfr. Ibidem*, pág. 24.

Asimismo, la profesora Pérez Vela reconoce, en su informe explicativo citado, que “...sería difícilmente aceptable el retorno de un joven, por ejemplo de quince años, contra su voluntad”³⁹².

En este sentido cabe hacer las siguientes observaciones:

- Qué es lo que hace “objetivo” la fijación de la edad en la “Convención de la Haya”, si como refiere la profesora Pérez Vela, un niño mayor de dieciséis años “*tiene por lo general*” una voluntad propia y que sería igual de difícil retornar a un niño de quince años, contra su voluntad.
- Qué pasa con los derechos de custodia transgredidos con relación a niños mayores de 16 años.

Como ya se señaló, ya se han realizado diversas críticas en el sentido de que se debió omitir su calificación y que cada Estado parte debería determinar hasta que edad se aplicarían con base en su derecho interno.³⁹³

Conforme a todo lo anterior, si en última instancia la autoridad competente puede tomar en cuenta la edad y madurez del niño para ordenar o negar la restitución, también podría dejarse la calificación a cada Estado parte respecto al límite de edad para la aplicación de la “Convención de la Haya”, como se hace en el caso de la calificación de la ilicitud del traslado o retención; o en su caso establecer un margen de edad mayor como se estableció en la “Convención sobre los Derechos del Niño”.

392 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Cíviles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela”, *Op. cit.*, pág. 8.

393 *Supra* Capítulo Segundo: Ámbito personal de validez.

4.1.2. La facultad discrecional de las autoridades respecto a la procedencia de las excepciones.

La “Convención de la Haya” presupone que el interés superior del niño que fue trasladado o retenido ilícitamente es regresar a su residencia habitual³⁹⁴

Asimismo, admite una serie de excepciones para aquellos supuestos en los que el retorno es contrario a este interés superior.³⁹⁵

Estas excepciones deben ser interpretadas de forma restrictiva, para no obstaculizar los objetivos de la “Convención de la Haya”³⁹⁶ y deben ser apreciadas por la autoridad o autoridades competentes.

Esta apreciación, se establece en la “Convención de la Haya” como una facultad discrecional de las autoridades de rechazar la solicitud de restitución³⁹⁷, es decir, que el hecho de que exista una excepción a la restitución y aunque esta sea probada eficazmente, no implica necesariamente que se rechace el retorno del niño.³⁹⁸

La existencia de las excepciones es importante, en virtud de que sin ellas se pondrían en peligro los derechos fundamentales del niño³⁹⁹, por lo que si se

394 Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La Sustracción interparental de menores*, *Op. cit.*, pág. 92.

395 Cfr. *Idem*.

396 La “Convención de la Haya” “...descansa en su totalidad en el rechazo unánime del fenómeno de los traslados ilícitos de menores y en la convicción de que el mejor método de combatirlos, a escala internacional, consiste en no reconocerles consecuencias jurídicas”. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela”, *Op.cit.*, pág. 9.

397 *Supra* Capítulo Tercero: Las excepciones a la restitución.

398 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela”, *Op. cit.*, págs. 33-34.

399 “...La presunción de que lo que conviene al niño es retornar al lugar del que fue sustraído no puede en efecto construirse más que como una presunción *iuris tantum* si no se quiere entrar en conflicto con el interés superior del niño que ha de ser la consideración primordial. Se ha llegado a afirmar que si no existiera el art. 13 del Convenio de

comprueba que el retorno es contrario al interés superior del niño, ya sea porque se ha adaptado a su nuevo entorno, o porque corra riesgo grave, la autoridad competente debería tener la obligación de rechazar la solicitud, y no sólo una mera facultad de rechazarla por criterio.

4.1.3. El valor de la opinión del niño trasladado o retenido ilícitamente.

De conformidad con la “Convención de la Haya” una restitución puede rechazarse porque el niño se oponga a ella.⁴⁰⁰

Mediante esta excepción, se otorga a los niños la posibilidad de “...convertirse en intérpretes de su propio interés...”⁴⁰¹, pero uno de los problemas surgidos durante la redacción y discusión de la “Convención de la Haya” fue que no hubo acuerdo sobre una edad mínima a partir de la cual la opinión del niño podría ser tomada en consideración, por lo que se prefirió dejar la aplicación de esta cláusula a las autoridades que resolvieran el procedimiento de restitución en cada caso.⁴⁰²

La Haya se pondrían en peligro los derechos fundamentales del niño. Por tanto limitar las excepciones podría crear tensiones con el interés superior del niño”. ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, Luis, et al., La Sustracción interparental de menores, Op. cit., pág. 92.

400 *Supra* Capítulo Tercero: Las excepciones a la restitución.

401 La profesora Pérez Vela señala que “...esta disposición puede llegar a ser peligrosa si su aplicación se traduce en interrogatorios directos a jóvenes que pueden, ciertamente, tener conciencia clara de la situación pero que pueden asimismo sufrir daños psíquicos graves si piensan que se les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores. No obstante, una disposición de esa naturaleza era indispensable dado que el ámbito de aplicación del Convenio *ratione personae* se extiende a los menores hasta el decimosexto cumpleaños; y es que, hay que reconocer que sería difícilmente aceptable el retorno de un joven, por ejemplo de quince años, contra su voluntad...”. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela”, Op. cit., pág. 8.

402 *Cfr. idem.*

En tal sentido, esta excepción otorga una facultad discrecional amplia a las autoridades competentes para determinar la edad y el nivel de madurez necesaria que requiere un niño para tomar en cuenta su opinión.⁴⁰³

El problema radica en que existen considerables diferencias de enfoque relativas a la cuestión de la audiencia al niño implicado.

En algunos Estados, no sólo se debate sobre el valor que hay que dar a la opinión del niño, sino también sobre la idoneidad de darle audiencia, sobre todo a niños pequeños, dentro de un procedimiento de restitución.⁴⁰⁴

En otros, como en el caso de México, acorde con la normativa internacional relativa a los derechos del niño, éste tiene el derecho de expresar su opinión en cualquier procedimiento jurisdiccional o administrativo en el cual se discuta un asunto relacionado con él.⁴⁰⁵

Ahora bien, otorgada la audiencia al niño, ¿qué parámetros se deben tomar en cuenta para determinar su grado de madurez?

Al respecto, diversos profesionales han señalado la importancia de que la decisión sobre si tomar en cuenta o no la opinión de un niño se apoye en la

403 Cfr. TARDIF, Eric, "La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: mitos y realidades", en *Responsa*, Centro Universitario México, División de Estudios Superiores, A.C., México, D.F., año 3, número 13, enero de 1998, pág. 30.

404 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO "Conclusiones y recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", 22-28 de marzo de 2001, documento redactado por la oficina permanente, abril de 2001, pág. 10, en www.hcch.net.

405 La Magistrada del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Adriana Canales señala respecto de la audiencia al niño que: "...en determinados caso (sic), o en todos, el menor sea acompañado por el progenitor del Estado requerido. Lo anterior en el interés superior del niño...". CANALES PÉREZ, Adriana, "Protección de Menores, restitución de menores", en *Revista de Derecho Privado*, nueva época, México, D.F., año VI, número 16 y 17, enero-agosto de 2007, págs. 29-30.

opinión de psicólogos, para determinar la “...cordura y sentido común...”⁴⁰⁶ del niño.

4.1.4. El concepto de grave riesgo.

La excepción de restitución que descansa en el hecho de un grave riesgo para el niño, ha presentado problemas debido a que la propia “Convención de la Haya” no define que se entenderá por tal.⁴⁰⁷

406 Mediante un análisis psicológico, el especialista puede deducir si el niño “...emite su opinión caprichosamente, fruto de un acto irreflexivo o sí, por el contrario, es un acto pensado, meditado, claro y espontáneo”. TREVIÑO SOSA, José, “El drama de la sustracción internacional de menores”, *Op.cit.*, pág. 59

La Profesora Elsa Amalia Kuljacha Lerma, Directora del Instituto de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Baja California y la Psicóloga Josefa Hedith Andrade Favela, adscrita al Instituto de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Baja California, señalan que:

“La formación profesional que tiene el psicólogo, le brinda la capacidad de empatizar con el menor, de tal manera que puede entablar una relación menos estresante, que redunde en el fin principal, que es establecer una relación de iguales, para lograr una comunicación más asertiva.

“Igualmente sabe en qué nivel intelectual se encuentra el menor, y en base a ello, establece un lenguaje adecuado para que comprenda lo necesario del proceso legal, en el que es parte. Lo anterior, genera en el menor una actitud de colaboración porque logra saber qué es lo que pasa aún a pesar de que sea una situación legal compleja.

“Además conoce y sabe, acorde a la edad de los menores, de las etapas de desarrollo en que se encuentran, lo que le facilita saber qué necesidades son imperantes satisfacer en cada etapa de su desarrollo, de tal manera que puede informar qué es exactamente lo que al menor conviene, de acuerdo al momento específico de su desarrollo”.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA UNAM “Congreso Internacional de Derecho de Familia”, ponencia de KULJACHA LERMA, Elsa Amalia, et al., “Adscripción de psicólogos en los juzgados familiares y penales. Necesidad de apoyo científico en la toma de resoluciones judiciales”, México, 22-24 de noviembre de 2005, págs. 9-10 , en www.juridicas.unam.mx.

407 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), et al., *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op.cit.*, Tomo I, págs. 643-658.

La profesora Pérez Vela señala que durante el Decimocuarto período de sesiones se propuso “...incluir una referencia expresa a la imposibilidad de alegar esta excepción cuando el retorno del menor pudiera perjudicar sus perspectivas económicas o educativas”. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela”, *Op. cit.*, pág. 34.

El término *grave riesgo y situación intolerable* pueden ser susceptibles de varias interpretaciones, pero en la jurisprudencia relativa a la “Convención de la Haya” ha sido interpretado generalmente de forma restrictiva.⁴⁰⁸

A pesar de que es una de las excepciones más utilizadas, por ser la que permite indirectamente a las autoridades competentes del Estado requerido estudiar las bases del caso⁴⁰⁹, el número de casos en que se ha negado la restitución es reducido.⁴¹⁰

Entre los argumentos que se han presentado respecto al grave riesgo destaca el daño psicológico inevitable del niño, ya sea debido al cambio de ambiente o a un maltrato físico; en todo caso las cortes rechazan la mayoría del tiempo esa argumentación⁴¹¹, en virtud de que las medidas de protección para el niño, bien pueden ser tomadas por la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del mismo.⁴¹²

De la jurisprudencia internacional relacionada con determinar en qué consiste el *grave riesgo* como causa para rechazar el retorno del niño, destaca el caso *Friedrich v. Friedrich* de la Corte de Apelación del Sexto

408 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO “*Conclusiones y recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, *Op. cit.*, pág. 10.

409 El Licenciado Eric Tardif señala que “...visto que la legalidad del derecho de guardia mismo no puede ser discutido durante las audiencias para el regreso del niño, las partes intentan a veces introducirlas como prueba vía este artículo”. TARDIF, Eric, “*La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: mitos y realidades*”, *Op. cit.*, pág. 30.

410 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO “*Conclusiones y recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, *Op. cit.*, pág. 10.

411 Cfr. TARDIF, Eric, “*La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: mitos y realidades*”, *Op. cit.*, pág. 30.

412 Como ejemplo en el caso N. v. N. tramitado ante la High Court en Inglaterra, aunque la niña había sido abusada sexualmente por el padre requirente, bajo el argumento de que el riesgo grave era que la niña estuviera con su padre sin supervisión y no que regresara a su país, se ordenó la restitución y se ofrecieron compromisos. HIGH COURT (INGLATERRA), “*N. v. N. (abduction: Article 13 defence)(1995)*”, 6 de junio de 1994, en www.incadat.com.

Circuito de Estados Unidos, en la que delimitó el término al señalar que sólo puede existir grave riesgo cuando la restitución coloca al niño en un peligro inminente relacionado directamente con regresarlo al país de su residencia habitual, como podría ser una zona de guerra, de hambruna o de una epidemia, o en los casos en que existe un daño físico o psicológico grave y la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del niño no pueda o no quiera otorgarle las medidas de protección necesarias.⁴¹³

4.1.5. El artículo 36 de la Convención de La Haya.

De conformidad con el artículo 36 de la “Convención de la Haya”, dos o más Estados contratantes pueden derogar en sus relaciones mutuas las disposiciones de la convención que puedan implicar restricciones al retorno de los niños.⁴¹⁴

Así como se estableció que la existencia de las excepciones es importante, en virtud de que sin ellas se pondrían en peligro los derechos fundamentales del niño⁴¹⁵, las restricciones a que se refiere este artículo, si

413 Cfr. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SIXTH CIRCUIT (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), “*Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3d.1060 (6th Cir. 1996)”, 13 de marzo de 1996, en www.incadat.com.

414 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “*Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, artículo 36, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op.cit.*, Tomo I, pág. 654.

En el artículo 36 de la “Convención de la Haya” se establece la posibilidad de que los Estados contratantes de común acuerdo dejen de aplicarse las excepciones previstas por la mismas. La profesora González Pedrouzo considera que en la práctica “...*difícilmente podría derogarse el art. 20 ya que se trata de una norma en la que se protegen principios en materia de derechos humanos y libertades fundamentales de los Estados Parte*”. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “*Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, *Op.cit.*, pág. 34.

415 *Supra* Capítulo Tercero: Las excepciones a la restitución y Capítulo Cuarto: La Facultad discrecional de las autoridades respecto a la procedencia de las excepciones.

eliminan las excepciones oponibles a la restitución, podrían afectar al interés superior del niño.

En tal sentido, las restricciones deberían realizarse siempre, de tal forma, que no afecten los derechos fundamentales del niño.

4.1.6. La asistencia jurídica en el extranjero.

La asistencia jurídica en el marco de la “Convención de la Haya” se encuentra regulada en sus artículos 25 y 26 que señalan⁴¹⁶:

- Que cualquier nacional o persona que resida en un Estado contratante tendrá derecho respecto a la aplicación de la “Convención de la Haya”, a la asistencia y asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante como si se tratara de un nacional del mismo.
- Que la autoridad central sufragará sus propios gastos.
- Que las autoridades centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cargo alguno con relación a los servicios prestados en relación con las solicitudes de restitución, incluidos gastos del proceso y la participación de un abogado.

El problema radica en que esta gratuidad de gastos puede ser y ha sido objeto de reservas por los Estados contratantes. Por lo que el solicitante de

416 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículos 25 y 26, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op.cit.*, Tomo I, págs. 651-652.

una decisión de restitución se puede encontrar con la imposibilidad de tramitar su asunto de forma rápida ante los tribunales del Estado requerido, cuando éstos no prevén en sus ordenamientos un mecanismo autónomo de representación procesal de la Autoridad central ni un sistema de asistencia jurídica gratuita.⁴¹⁷

Con relación a este punto se puede mencionar dos ejemplos opuestos:

- En el caso de España, sí tiene un sistema de asistencia gratuita, y los beneficios que comprende son “...*el asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso así como la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en los procedimientos judiciales...*”⁴¹⁸.

También cuenta con ordenamientos que determinan la representación procesal de la Autoridad Central.⁴¹⁹

- En el lado opuesto, está Estados Unidos, con el cual México tiene más de un 80% de los procedimientos de restitución⁴²⁰, que no prevé en sus ordenamientos un mecanismo autónomo de representación procesal de la Autoridad Central, ni un sistema de asistencia jurídica

417 Cfr. INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES, “*Reunión de Expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres*”, ponencia de PEREZ VELA, Elisa, “*Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980*”, Montevideo, Uruguay, 12 y 13 de agosto de 2002, págs. 17 y 18, en www.iin.oea.org.

418 Cfr. *Ibidem*, pág. 17.

419 En España las funciones de autoridad central las tiene el Ministerio de Justicia y la representación de la misma la tiene el Abogado del Estado de la provincia donde se encuentre el menor. Cfr. HERRANZ BALLESTEROS, Mónica, “*La sustracción internacional de menores a propósito de la S.C.T. 120/2002, de 20 de mayo de 2002*”, en *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, España, octubre, 2002, pág. 758.

420 Véase nota 134.

gratuita, por lo que ha presentado algunos problemas para la correcta aplicación de la “Convención de la Haya”.⁴²¹

La Comisión especial sobre el funcionamiento de la “Convención de la Haya”, en sus reuniones ha recomendado reiteradamente que los Estados deben evitar que se produzcan graves perjuicios a los intereses de los niños implicados, por lo que deben intensificar sus esfuerzos para que el solicitante tenga acceso efectivo al sistema judicial del Estado requerido, mediante la representación en dicho Estado y una asistencia legal.⁴²²

4.1.7. La ejecución de la sentencia de restitución.

Cuando la sentencia ordena el retorno del niño comienza una fase bastante

421 Cfr. INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES, “Reunión de Expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres”, ponencia de PEREZ VELA, Elisa, “Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980”, *Op. cit.*, págs. 17 y 18.

422 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO “Conclusiones y recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, págs. 9 y 11.

El acceso efectivo implica:”a) la disponibilidad de asesoramiento e información adecuados que tengan en cuenta las dificultades especiales debidas a la falta de familiaridad con el idioma y con los sistemas judiciales; b) la provisión de ayuda apropiada para incoar los procedimientos; c) la falta de recursos suficientes no debería ser un obstáculo para recibir representación legal apropiada. De acuerdo con el artículo 7 g), la Autoridad Central debe hacer todo lo posible para auxiliar al solicitante en la obtención de asistencia legal gratuita o representación legal”. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO “Conclusiones y recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión especial para revisar el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la implementación práctica del convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños” celebrada del 30 de octubre al 9 de noviembre de 2006, adoptadas por la Comisión Especial, noviembre de 2006, pág. 4, en www.hcch.net.

compleja para la Autoridad Central denominada ejecución.⁴²³

Respecto a los problemas relacionados con la ejecución de la sentencia que ordena la restitución se pueden mencionar dos primordiales:

- A qué lugar debe retornar el niño; y
- Los retrasos en la ejecución de las decisiones que ordenan la restitución, o en su caso la inejecución absoluta.

Respecto al primer punto, la profesora González Pedrouzo señala que en el informe de la Tercera Comisión Especial se determinó que la redacción del artículo 12 de la “Convención de la Haya” permite el regreso del niño hacia un país distinto al de su residencia habitual “...*sin embargo, algunos Estados han adoptado en la práctica una interpretación restrictiva de la norma*”⁴²⁴.

Pero ¿qué ocurre cuando la persona que solicita la restitución ha cambiado de residencia?

La “Convención de la Haya” es omisa en especificar el lugar al que el niño debe regresar, pero la palabra restituir implica regresar las cosas al estado en el que se encontraban, por lo que en principio el niño debería ser restituido a su residencia habitual al tiempo de producirse el traslado o retención ilícitos.⁴²⁵

Ahora bien, en virtud de que una de las cosas que la “Convención de la Haya” trata de proteger es su derecho a no ser separados de su entorno, que incluye el familiar, si el solicitante de la restitución cambió su residencia

423 Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, *La sustracción interparental de menores*, *Op. cit.*, pág. 36.

424 GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “*Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, *Op. cit.*, pág. 30.

425 “...*Trasladar al menor a un nuevo Estado implicaría a nuestro parecer, someterlo a una nueva experiencia de adaptación al medio, que en general no redundaría en beneficio del normal desarrollo de su personalidad*”. *Idem*.

hacia otro Estado, Pérez Vela señala que “...hay que interpretar que el silencio del Convenio al respecto permite que las autoridades del Estado de refugio devuelvan al menor directamente al demandante, con independencia del lugar de su residencia actual...”⁴²⁶.

Ahora bien respecto al segundo de los problemas, los retrasos en la ejecución de decisiones de restitución, o en el caso extremo su inexecución, son cuestiones por las que los Estados parte tienen serias preocupaciones.⁴²⁷

Por ejemplo, en el caso *5P.160/2001/min* de la Segunda Cámara Civil de la Corte Suprema Federal de Suiza, un retraso de cuatro años en el cumplimiento de la orden de restitución, consecuencia de las apelaciones interpuestas por la madre sustractora, provocó que los tribunales suizos decidieran que era imposible ordenar la restitución sin un nuevo estudio de lo que más convenía al interés superior del niño.⁴²⁸

La “Convención de la Haya” no establece normas de ejecución, ni sanciones para los países que no ejecuten las órdenes de restitución, por lo que la Comisión especial sobre el funcionamiento de dicha convención, en su Cuarta reunión hizo un llamado a los Estado partes para que ejecuten las decisiones de restitución sin demora y de forma efectiva.⁴²⁹

426 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela”, *Op. cit.*, pág. 33.

427 *Cfr.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO “Conclusiones y recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 10.

428 *Cfr.* BUNDESGERICHT, II. ZIVILABTEILUNG (SUIZA), “*5P.160/2001/min (2001)*”, 13 de septiembre de 2001, en www.incadat.com.

429 *Cfr.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO “Conclusiones y recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 10.

4.2. Problemas de aplicación en México de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Los problemas analizados hasta este punto, son cuestiones que se presentan en general para todos los Estados parte, incluido México, pero existen otros problemas particulares de aplicación para este país. Básicamente, el problema es la falta de adecuación de la “Convención de la Haya” a la legislación nacional.

4.2.1. Ausencia de implementación de las convenciones internacionales en la legislación nacional.

La Conferencia de La Haya, en virtud de las diferencias existentes entre los Estados miembros, elaboró la “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” sin especificar cuál debe ser la estructura y la capacidad de acción de las Autoridades Centrales, para que éstos fueran establecidos por cada Estado en particular.⁴³⁰

No obstante, la “Convención de la Haya” exige a los Estados que adopten las medidas necesarias para garantizar que se cumplan los objetivos del

430 *Cfr.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela”, *Op. cit.*, pág. 12.

mismo⁴³¹, y a utilizar los procedimientos más rápidos que existan en su propio ordenamiento jurídico.⁴³²

El artículo 11 de la “Convención de la Haya” establece que los Estados contratantes actuarán con urgencia, y que transcurridas seis semanas de la iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central requerida podrán pedir una declaración sobre las razones de la demora⁴³³, pero uno de los problemas para que se resuelva la solicitud de restitución en ese plazo, se encuentran frecuentemente en la normativa procesal interna, por lo que para poder dar cumplimiento eficaz a lo establecido en la “Convención de la Haya”, los Estados partes deben tener las vías procesales idóneas para dicho fin, o en caso de no tenerlas, deben crearlas.⁴³⁴

En el caso de México, no se ha establecido un procedimiento especial y los utilizados pueden variar de acuerdo del Estado de la República en el que se trámite: en algunos casos se tramita como exhorto, en otros como medios preparatorios o procedimientos especiales y en otros más como un juicio

431 *Supra* Capítulo Segundo: Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

432 *Cfr.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela”, *Op. cit.*, pág. 18.

433 *Cfr.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, artículo 11, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, *Op.cit.*, Tomo I, pág. 647.

434 *Cfr.* INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES, “Reunión de Expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres”, ponencia de PÉREZ VELA, Elisa, “Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980”, *Op. cit.*, pág. 10.

propiamente dicho. Sólo en el caso de Querétaro se encuentran en su legislación interna normas especiales para la restitución de un niño⁴³⁵.

En cualquier caso, estos son insuficientes para cumplir eficazmente los objetivos de la “Convención de la Haya”, en especial al tiempo en que debe de resolverse el procedimiento de restitución⁴³⁶, por lo que se considera pertinente la incorporación de un procedimiento especial dentro de la legislación interna del país.

4.2.1.1. Retardo en el procedimiento.

Debido al problema del retraso en los procedimientos de restitución, la Comisión especial para la aplicación de la “Convención de la Haya” ha solicitado a las autoridades competentes⁴³⁷:

- Que tramiten las solicitudes de restitución del niño de forma rápida, y recomienda que esta obligación se extienda también a los procedimientos del recurso.
- Que se fijen plazos y éstos se respeten para asegurar un tratamiento acelerado de las solicitudes de restitución.
- Que sigan rigurosamente el desarrollo de los procedimientos de restitución del niño tanto en primera instancia como en vía de recurso.

435 *Supra* Capítulo Tercero: Tipo de procedimiento.

436 En el año de 1999 México recibió 41 solicitudes de restitución. Para el 31 de mayo de 2001, más de un año después, 35 de esos casos seguían pendientes de resolución. *Cfr.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “*Statistical Analysis of Applications made in 1999 under the 1980 Convention Part II: National Report México*”, La Haya, Países Bajos, 3 de noviembre de 2001, pág. 5, en www.hcch.net.

437 *Cfr.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO “*Conclusiones y recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, *Op. cit.*, pág. 9.

En el caso de España, por ejemplo, se llegó incluso a considerar la posibilidad de exigir responsabilidad internacional por incumplimiento de la “Convención de la Haya”, en virtud del transcurso excesivamente largo para la resolución de las solicitudes de restitución.⁴³⁸

Este retardo injustificado de España se debía a la inexistencia de un procedimiento idóneo para el trámite del procedimiento de restitución, situación que se corrigió con la “Ley Orgánica 1/1996 relativa a Protección Jurídica del Menor”, que modificó la “Ley de Enjuiciamiento Civil”.⁴³⁹

En el caso de México, se da el mismo supuesto por el que pasó el Estado español: existe un retraso en los procedimientos, y la causa más probable es que se deba a la inexistencia de un procedimiento idóneo⁴⁴⁰, por lo que se debería seguir el ejemplo de dicho país, en aras de mejorar el cumplimiento que se da a la “Convención de la Haya”, e implementar un procedimiento especial de restitución de niños.

4.2.1.2. Transgresión a derechos fundamentales.

En el Capítulo Primero se trató el tema de los derechos fundamentales del niño, entre los que se encontraba el derecho al debido proceso, entendido

438 Sólo en un caso se había producido la devolución en término de seis semanas. Cfr. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, Marina, *La protección internacional de los derechos del niño y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Op. cit., pág. 106.

439 Dicha reforma introduce toda una Sección del Título IV del Libro III bajo la rúbrica ‘Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional’. Pérez Vela señala que con la reforma “...se cerró así un período de incertidumbre y defectuoso cumplimiento de sus obligaciones por parte española, al menos en cuanto se refiere a la celeridad en la tramitación judicial de las demandas de retorno...”. INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES, “Reunión de Expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres”, ponencia de PÉREZ VELA, Elisa, “Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980”, Op cit., pág. 10.

440 Véase nota 338.

como “...las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”⁴⁴¹.

Entre estas condiciones se habló del principio de legalidad, y se dijo que la legalidad, es un derecho fundamental de toda persona, que consiste en el límite de la autoridad, en virtud de que supone⁴⁴²:

- La existencia de leyes previas a los actos de autoridad.
- La coherencia de las leyes respecto de una ley de orden superior.
- La competencia de la autoridad y el contenido de sus actos en sí, deberán ser conforme a las leyes establecidas con anterioridad al hecho.

Asimismo la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que:

*“La garantía de seguridad jurídica prevista en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no debe entenderse en el sentido de que la ley ha de señalar de manera especial y precisa un procedimiento para regular cada una de las relaciones que se entablen entre las autoridades y los particulares, sino que debe contener los elementos mínimos para hacer valer el derecho del gobernado y para que, sobre este aspecto, la autoridad no incurra en arbitrariedades...”*⁴⁴³

441 HUERTAS DÍAZ, Omar (compilador), *et al.*, *Convención Americana de Derechos Humanos, Op. cit.*, pág. 111.

442 *Supra* Capítulo Primero: Principio de legalidad.

443 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, “*Garantía de seguridad jurídica. sus alcances*”, Jurisprudencia 144/2006, 29 de septiembre de 2006, Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXIV, octubre de 2006, pág. 351.

La “Convención de la Haya” establece lineamientos generales sobre la solicitud y el procedimiento de restitución, pero no hace pronunciamiento respecto al cómo y cuándo se puede oponer, por parte de la persona que tiene al niño, las excepciones previstas en la misma.⁴⁴⁴

En lo no previsto por la Convención, se deja a los Estados parte para que apliquen los procedimientos de urgencia que existan en sus propias legislaciones, y en el caso de México, se reitera que pueden ser de diversa naturaleza.⁴⁴⁵

De lo anterior se deduce:

- Que no existe un procedimiento especial para la restitución internacional de niños, o bien
- Que existen diversos tipos de procedimientos para restituir a un niño.

En cualquiera de los dos casos, se puede argumentar falta de seguridad jurídica.

En el primer supuesto, al no existir reglas específicas sobre como debe tramitarse la solicitud de restitución, y más en específico, cómo y cuándo se deben oponer las excepciones a la restitución, no existen elementos mínimos para hacer valer el derecho del gobernado.

444 Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, Op.cit., Tomo I, pág. 643-658.

445 *Supra* Capítulo Cuarto: Ausencia de implementación de las convenciones internacionales en la legislación nacional.

En el segundo supuesto no existen elementos para que la autoridad judicial o administrativa competente no incurra en arbitrariedades.

El hecho de determinar que el procedimiento puede tramitarse por diversos tipos de juicios puede crear confusión al momento de querer presentar una solicitud.

Esto es debido a que la demanda de restitución puede presentarse como un medio preparatorio a juicio, y la autoridad judicial o administrativa competente puede determinar que la acción es improcedente porque se debió realizar mediante un juicio ordinario civil, o un procedimiento especial sumario.

No se puede afirmar que con la existencia de diversos procedimientos para restituir a un menor se cumple con el principio de legalidad y de seguridad jurídica, ya que la existencia de diversas vías puede ocasionar confusión en la persona que solicita la restitución, máxime si opta por acudir directamente a los tribunales del Estado a donde el niño fue trasladado o es retenido.⁴⁴⁶

446 La persona que demanda la restitución puede acudir directamente ante los tribunales del Estado en donde se encuentra el niño, de conformidad con el artículo 29, y hay que tomar en cuenta que su confusión es mayor debido a que se encontraría en una jurisdicción ajena a ella. *Cfr.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, "Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores" artículo 29, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003, Op. cit.*, Tomo I, pág. 653.

4.2.1.3. Competencia.

Ya se determinó que en México, existen criterios contradictorios respecto a qué autoridad judicial o administrativa será la competente para conocer del procedimiento de restitución: si las autoridades federales o las locales.⁴⁴⁷

Esta discusión de competencia puede tener como consecuencia mayores retardos en el cumplimiento de los objetivos de la “Convención de la Haya”, por cuestiones de interpretación de legislación interna, o por la inexistencia de la misma.⁴⁴⁸

4.3. Elementos para una reforma legislativa en la materia.

Para finalizar la presente investigación, de conformidad con los argumentos establecidos, se considera que una reforma en la materia debe contener los siguientes lineamientos:

- La fijación de competencia.⁴⁴⁹

447 *Supra* Capítulo Tercero: Presupuestos procesales.

448 En España, en los procesos civiles en que sea parte el Abogado de Estado, la competencia corresponde a los juzgados en los que tienen su sede, pero esto a provocado demoras cuando dicho tribunal se declara incompetente en favor del juzgado del pueblo en que se encuentra el menor. *Cfr.* INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES, “*Reunión de Expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres*”, ponencia PÉREZ VELA, Elisa, “*Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980*”, *Op. cit.*, págs. 12-13.

449 La Comisión especial para la aplicación de la Convención de La Haya ha señalado las considerables ventajas que aporta la concentración de la competencia judicial para tratar las solicitudes basadas en la “Convención de La Haya”, en un número limitado de tribunales. *Cfr.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO “*Conclusiones y recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*”, *Op. cit.*, pág. 9.

- La intervención del ministerio público como representante de los intereses del niño.⁴⁵⁰
- El impulso de oficio del procedimiento.⁴⁵¹
- La admisión de la solicitud de restitución, las medidas adoptadas para asegurar al niño, y en general cualquier actuación de las autoridades judiciales o administrativas debe estar debidamente fundado y motivado.⁴⁵²

450 En España, por ejemplo, el Abogado del Estado representa a la Autoridad Central que defiende las posiciones jurídicas de la persona a la que el menor ha sido sustraído, mientras que el Ministerio Fiscal, actúa en la defensa del interés del niño. Cfr. INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES, “*Reunión de Expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres*”, ponencia de PEREZ VELA, Elisa, “*Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980*”, *Op. cit.*, pág. 14.

451 El Doctor Álvarez Cozzi señala que los Estados parte se deberían comprometer a darle impulso de oficio a estas solicitudes, para lo cual deberían incorporar dicha disposición a sus ordenamientos internos para que las autoridades jurisdiccionales o administrativas estén obligadas a darle dicho impulso. Cfr. ALVAREZ COZZI, Carlos, *Restitución Internacional de Menores*, *Op. cit.*, pág. 26.

452 “*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 procesales vigentes en territorio nacional, considerando que a toda persona que se encuentre en territorio mexicano la protegen las leyes nacionales...*”. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “*Menores extranjeros. Carta rogatoria. el juez de origen debe analizar su procedencia legal*”, tesis aislada, Amparo en revisión 20/97, Mirta Inés Penayo Alvez y Maximiliano Germán Cintio Penayo, 28 de febrero de 1997, Unanimidad de votos, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo VII, marzo de 1998, pág. 800.

“*Si se toma en consideración que conforme a lo previsto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece que la propia Ley Fundamental, las leyes que de ella emanen y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, celebrados por el presidente de la República con la aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión, orden jurídico al que deben sujetarse los Jueces de cada Estado, es indudable que los actos que las autoridades administrativas o judiciales realicen al cumplimentar las convenciones y los tratados internacionales deben estar debidamente fundados y motivados, y originarse en un procedimiento en el que se observen las formalidades esenciales que señala la propia Constitución...*”. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “*Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Actos de las autoridades administrativas en su aplicación*”, tesis aislada, Amparo en revisión 1134/2000, 20 de junio de 2001, Unanimidad de cuatro votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su gaceta Tomo XX, diciembre de 2004, pág. 356.

- Debe notificarse debidamente, y dar oportunidad tanto al niño, como a la persona que lo retiene, de ser oídos y vencidos en juicio mediante la alegación y el ofrecimiento y desahogo de pruebas.⁴⁵³
- El niño debe contar con asesoría legal.⁴⁵⁴
- De existir la posibilidad de que la resolución se impugne.⁴⁵⁵

453 *Supra* Capítulo Primero: Principio de Contradicción.

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, ...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...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”. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Respeta las garantías de audiencia y defensa”, tesis aislada, Amparo en revisión 1576/2006, 22 de noviembre de 2006, Unanimidad de Cinco votos, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXV, febrero de 2007, pág. 634.

“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...”. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Menor de edad. En el proceso relativo a la restitución a su país de origen, debe respetarse la garantía de audiencia previa”, tesis aislada, Amparo en revisión 20/97, Mirta Inés Penayo Alvez y Maximiliano Germán Cintio Penayo, 28 de febrero de 1997, Unanimidad de votos, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo VI, octubre de 1997, pág. 765.

454. “En virtud de que la sociedad está interesada en proteger a los menores, independientemente de la voluntad, deseos, acuerdos o convenios de sus padres, es obligatorio que en todo proceso relativo a la restitución de un menor a su país de origen, esté asistido por un abogado, tanto el menor como la persona que represente sus intereses. Así debe interpretarse la disposición contenida en el artículo 7o., inciso g), del Decreto Promulgatorio de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, publicado en el Diario Oficial de la Federación el seis de marzo de mil novecientos noventa y dos...”. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Menor de edad. Debe contar necesariamente con el asesoramiento de un abogado en el proceso de restitución a su país de origen”, tesis aislada, Amparo en revisión 20/97, Mirta Inés Penayo Alvez y Maximiliano Germán Cintio Penayo, 28 de febrero de 1997, Unanimidad de votos, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, Octubre de 1997, pág. 767.

455 *Supra* Capítulo Primero: El derecho a la doble instancia y la garantía del recurso efectivo.

- Establecer medidas para garantizar que la orden de restitución del niño se ejecute de forma efectiva.⁴⁵⁶

Otros aspectos importantes que hay que tomar en cuenta para la elaboración de una reforma legislativa en la materia será:

- El análisis de las legislaciones que se han implementado otros Estados parte;
- La jurisprudencia emitida al respecto.

Esto permitirá que se aprenda de los errores pasados y las disposiciones que han causado conflictos, con el fin de tratar de evitar cometerlos en un futuro.

En el caso de que la restitución sea ordenada, la Suprema Corte ha determinado que procede el amparo indirecto, en virtud de que la restitución es análoga a la deportación. *Cfr.* SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Menores. Término para promover amparo contra la orden de restitución a su país de origen”, tesis aislada, Amparo en revisión 20/97, Mirta Inés Penayo Alvez y Maximiliano Germán Cintio Penayo, 28 de febrero de 1997, Unanimidad de votos, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, Octubre de 1997, pág. 765.

⁴⁵⁶ *Cfr.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO “Conclusiones y recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Op. cit.*, pág. 10.

CONCLUSIONES.

- 1.- Un niño es toda persona que no ha cumplido los dieciocho años, a menos que de conformidad con la ley aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.
- 2.- Doctrinalmente, la concepción de niño ha evolucionado: conforme a la *doctrina tutelar* era un objeto de protección; en cambio, de acuerdo a la *doctrina de la protección integral* es considerado un sujeto pleno de derechos.
- 3.- La “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989 es el primer instrumento redactado conforme a la *doctrina de la protección integral* y el primer documento vinculante que trata de abarcar todos los aspectos relativos a los derechos de la niñez.
- 4.- La “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989 descansa sobre cuatro principios fundamentales: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y la participación del niño.
- 5.- El interés superior del niño es un concepto indeterminado y su contenido se precisa en cada caso en particular, pero siempre constituye un límite y no una herramienta para la facultad discrecional de las autoridades.
- 6.- La participación del niño, es el principio fundamental de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, en el que se establece su derecho a ser escuchados en todos los asuntos que les afectan, incluidos los procesos o procedimientos judiciales y administrativos.

7.- Entre los derechos fundamentales previstos en la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989, se encuentra el derecho al debido proceso, que incluye los principios de: legalidad, juez natural, de doble instancia y recurso efectivo, presunción de inocencia, de contradicción, de publicidad del proceso, entre otros.

8.- El derecho al debido proceso debe ser respetado en todo procedimiento en el que se ventilen derechos de los niños, como lo es el caso del procedimiento de restitución.

9.- México ha ratificado dos instrumentos internacionales relativos a la restitución internacional de niños: la “Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” y la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”.

10.- En México, la aplicación de la “Convención de la Haya” es más común, que la “Convención Interamericana”, en virtud del número de países parte, y el número de procedimientos que se tramitan. La mayor parte de los procedimientos de restitución son con Estados Unidos de América, y las relaciones entre este país y México se rigen por la “Convención de la Haya”.

11.- El objetivo fundamental tanto de la “Convención de la Haya” como de la “Convención Interamericana” es garantizar la restitución inmediata de los niños trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.

12.- Los convenios sobre restitución internacional de menores, son convenios de cooperación entre Estados, a través de autoridades denominadas centrales.

13.- La autoridad central es designada por cada Estado parte, y en el caso de México, es la Secretaría de Relaciones Exteriores en coordinación con el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, tanto nacional como estatales.

14.- Para que tanto la “Convención de la Haya”, como la “Convención Interamericana”, puedan aplicarse, el niño debe tener menos de 16 años al momento de dictarse la resolución que ordena la restitución.

15.- La calificación de la edad conforme a la cual se aplicaría el Convenio de La Haya debió dejarse a cada Estado en particular. La edad sería calificada conforme a la legislación del Estado en que el niño tenía su residencia habitual antes del traslado o retención, de la misma forma en que se califica la licitud de los mismos.

16.- Conforme a la “Convención de la Haya”, la solicitud de restitución puede ser presentada por cualquier persona que detente un derecho de custodia sobre el niño, de acuerdo con la ley vigente del Estado en que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención ilícito.

17.- La solicitud de restitución puede presentarse ante cualquier autoridad central de cualquier Estado contratante. Incluso puede presentarse directamente ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte al cual el niño fue trasladado o retenido ilícitamente.

18.- La “Convención de la Haya” no es una convención sobre leyes aplicables al derecho de custodia; por lo que respecta a la calificación de la licitud de un traslado o retención, sí dispone que se analizará conforme a la legislación del Estado en que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de dicho traslado o retención.

19.- Asimismo, la “Convención de la Haya” no establece reglas sobre las normas procesales aplicables al procedimiento de restitución. Estas normas son determinadas por la ley interna de cada Estado contratante en donde se lleve a cabo dicho procedimiento, por lo que la ley aplicable es la *lex fori*.

20.- La autoridad competente para conocer del proceso de restitución es la del país al que el niño fue trasladado o en el que es retenido ilícitamente.

21.- En México existen criterios contradictorios sobre cuál es el tribunal competente. Por un lado se determina competencia a los tribunales locales porque el proceso de restitución versa sobre derechos de familia; conforme otro criterio jurisprudencial, la competencia puede ser local o federal, a elección del actor.

22.- La autoridad competente para decidir sobre el fondo del derecho de custodia es la del país en donde el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención, a menos de que la restitución sea negada, en cuyo caso será la del país en donde el niño se encuentra.

23.- La restitución sólo puede ser negada cuando: el niño se ha adaptado a su nuevo entorno, siempre y cuando la solicitud se haya presentado un año después de que ocurriera el traslado o retención ilícito; el traslado o retención sean lícitos; exista grave riesgo para el niño en el Estado al que se va a retornar; el niño se oponga a la restitución; o que el retorno transgreda derechos fundamentales del Estado en el que el niño se encuentra.

24.- Es importante que se prevean excepciones a la restitución de un niño, para que exista la posibilidad jurídica de negarla, si ésta es contraria a su interés superior.

25.- La posibilidad de rechazar la solicitud es una facultad discrecional de la autoridad judicial o administrativa competente, por lo que ésta puede admitir la solicitud y ordenar la restitución, incluso si ha sido probada eficazmente una excepción.

26.- Si se comprueba que la restitución a su residencia habitual es contraria al interés superior del niño, ya sea porque se ha adaptado a su nuevo entorno, porque corra riesgo grave, o por cualquier otra circunstancia, la autoridad competente debe tener la obligación de rechazar la solicitud.

27.- La acción de restitución no prescribe, pero si se solicita pasado un año de que ocurrió el traslado o retención ilícito, de conformidad con la “Convención de la Haya”, puede ser rechazada cuando el niño se ha adaptado a su nuevo entorno.

28.- Para que un traslado o retención se considere ilícito tienen que concurrir dos circunstancias: que exista una violación a un derecho de custodia, y que este derecho se ejerza efectivamente o se hubiere ejercido de no haberse producido el traslado o retención.

29.- En todo proceso en el que se decida alguna cuestión que afecte los intereses de un niño, él tiene el derecho a que su opinión sea escuchada.

30.- La opinión del niño deberá ser valorada de acuerdo a su edad y grado de madurez. No existen criterios uniformes para determinar cuándo un niño alcanza una edad y madurez necesaria para que su opinión sea tomada en cuenta, pero se resalta la importancia de los análisis psicológicos para determinarlo.

31.- En el caso de los procedimientos de restitución, la opinión del niño también debe ser escuchada. La restitución podrá negarse si el niño se

opone determinadamente a ella, es decir, no basta una preferencia por quedarse en el Estado al que fue traslado o retenido.

32.- La excepción de grave riesgo como causa para negar la restitución, debe ser interpretada en forma restrictiva, y declararla procedente en los casos en que el tribunal competente de la residencia habitual del niño no pueda o no quiera garantizar su protección.

33.- Durante el proceso de restitución es importante que las partes cuenten con asistencia jurídica. Los Estados parte deben procurar tener un sistema de asistencia judicial gratuito o en su caso, que su ley interna permita a su Autoridad central actuar en representación de la persona solicitante de la restitución.

34.- Ordenada la restitución, las autoridades judiciales o administrativas competentes deben tomar las medidas necesarias para que su resolución sea acatada.

35.- En México no existe un procedimiento de restitución especial. Depende del Estado de la República en el que se tramite, el tipo de procedimiento utilizado.

36.- La ausencia de una legislación especial en la que se regule el procedimiento de restitución, ha ocasionado retrasos en los procedimientos y transgresión a derechos fundamentales del niño.

37.- Para dar cumplimiento eficaz a la “Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, es necesario establecer un procedimiento especial de restitución internacional de niños, en la que se respeten sus derechos y garantías.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALVAREZ COZZI, Carlos, **Restitución Internacional de menores**, S.N.E., Ed. Universidad Ltda, Montevideo, Uruguay, 1988.
2. ARELLANO GARCÍA, Carlos, **Primer Curso de Derecho Internacional Público**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1993.
3. BERRAZ, Carlos, **La protección Internacional del menor en el Derecho Internacional Privado**, S.N.E., Editorial Centro de Publicaciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 2000.
4. CHAVEZ ASECIO, Manuel, **La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paternofiliales**, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1992.
5. CONTRERAS VACA, Francisco José, **Derecho Internacional Privado. Parte General**, 4ª ed., Editorial Oxford, México, 2006.
6. FERRAJOLI, Luigi, **Derechos y garantías. La ley del más débil**, 4ª ed., Editorial Trotta, Madrid, España, 2004.
7. GALINDO GARFÍAS, Ignacio, **Derecho Civil. Primer Curso**, 9ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F. 1989.
8. GÁLVEZ ORTIZ, Ligia, **Comprensión de los Derechos Humanos. Una visión para el siglo XXI**, 3ª ed., Ediciones Aurora, Bogotá, Colombia, 2005.
9. GAMARRA RUBIO, Fernando, **Convención sobre los Derechos del Niño. Índice Analítico**, 1ª ed., Fondo Editorial PUCP, Lima, Perú, 2001.
10. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, **Introducción al Estudio del Derecho**, 47ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1995.
11. GARCÍA-SAYÁN, Diego, *et al.*, **Protección de los Derechos Humanos**, 2ª ed., Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 1999.
12. GOLDSCHMIDT, Werner, **Derecho Internacional Privado**, 8ª ed., Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995.
13. GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca, **Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores**, S.N.E., Ed. Dykinson, Madrid, España, 2002.
14. HODGKIN, Rachel, *et al.*, **Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño**, S.N.E., UNICEF House, Suiza, 2001.

15. HUERTAS DÍAZ, Omar (compilador), *et al.*, **Convención Americana de Derechos Humanos**, S.N.E., Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2005.
16. JAÉN VALLEJO, Manuel, **Tendencias actuales de la Jurisprudencia Constitucional Penal. Las garantías del proceso penal**, S.N.E., Editorial Dykinson, Madrid, España, 2002.
17. JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco, **Derecho de los Niños**, 1ª ed., UNAM-IIJ, México, 2000.
18. MAISTO, Albert, *et al.*, **Introducción a la Psicología**, 10ª ed., Editorial Pearson, México, 2001.
19. MARQUEZ PIÑERO, Rafael, **El tipo penal, Algunas consideraciones en torno al mismo**, 1ª ed., Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1992.
20. MARTÍN, Amanda, “**La Convención sobre los Derechos del Niño**”, en MONCLÚS ESTELLA, Antonio (coordinador), **Educación para el Desarrollo y Cooperación Internacional**, 1ª ed., Editorial Complutense, Madrid España, 2001.
21. MATUS CALLEROS, Eileen, **Derecho Internacional Privado Mexicano ante la Restitución Internacional de Menores**, 1ª ed. IJ-UNAM, México, 2009.
22. MOORE, Keith, *et al.*, **Embriología Clínica**, 8ª ed., Editorial Elsevier Saunders, España, 2008.
23. PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (compiladora), *et al.*, **Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003**, 1ª ed., Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2 Tomos, 2003.
24. PENICHE BOLIO, Francisco, **Introducción al Estudio del Derecho**, 16ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2001.
25. PEREZNIETO CASTRO, Leonel, **Derecho Internacional Privado**, 5ª ed., Editorial Harla, México, D.F., 1991.
26. RODRIGUEZ, Sonia, **La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano**, 1ª ed., IJ-UNAM, México, 2006.
27. SANDOVAL, Miguel A. “**La opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos del niño**”, en

- CORNIELES, Cristóbal (coordinador), **Tercer año de vigencia de la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente. IV Jornadas sobre la LOPNA**, 1ª ed., Editorial Texto, Caracas, Venezuela, 2004.
28. SEPULVEDA, Cesar, **Derecho Internacional**, 16ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1991.
29. STANLEY, Ruth, “**Los niños ante la ley: juventud y justicia penal en América Latina**” en POTTHAS, Bárbara (editora), **Entre la familia, la sociedad y el Estado: niños y jóvenes en América Latina (siglos XIX-XX)**, S.N.E., Editorial Iberoamericana-Vervuert, Madrid, España, Volumen 103, 2005.
30. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, **Derecho Internacional Privado de familia y minoridad. Prestación internacional de alimentos. Restitución internacional de menores**, 1ª ed., Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1988.
31. ULLA, Decio, “**El principio de legalidad en el ejercicio de la función administrativa**” en CARELLO, Luis Armando, **Derecho Constitucional y Administrativo**, S.N.E., Editorial Juris, Santa Fe, Argentina, 1999.
32. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, Mariana, **La protección internacional de los derechos del niño y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado**, S.N.E., Editado por la Secretaría de Cultura del Gobierno de Jalisco, México, 1999.
33. VERHELLEN, Eugeen, **La Convención sobre los Derechos del Niño**, S.N.E., Editorial Garant, Amberes, Bélgica, 2002.
34. VILLORO TORANZO, Miguel, **Introducción al Estudio del Derecho**, 17ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2002.
35. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *et al.*, **La sustracción interparental de menores**, S.N.E., Editorial Dykinson, Madrid, España, 2005.

HEMEROGRAFIA

1. BLUMKIN, Silvia B., “**La sustracción internacional de menores**”, en **Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires**, Comisión de

- Publicaciones del Colegio, Buenos Aires, Argentina, Tomo 55, número 1, julio de 1995.
2. CANALES PÉREZ, Adriana, “**Protección de Menores, restitución de menores**”, en **Revista de Derecho Privado**, nueva época, México, D.F., año VI, número 16 y 17, enero–agosto de 2007.
 3. GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen, “**Aproximación al Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores**”, en **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay**, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, número 18, julio-diciembre 2000.
 4. HERRANZ BALLESTEROS, Mónica, “**La sustracción internacional de menores a propósito de la S.C.T. 120/2002, de 20 de mayo de 2002**”, en **Revista de Derecho Privado**, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, España, octubre, 2002.
 5. SOTOMAYOR SÁNCHEZ, César, “**Los derechos de las niñas y los niños en México**”, en **Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho de Puebla**, Escuela Libre de Derecho de Puebla, A.C., Puebla, Puebla, año 2, n. 3, julio-diciembre 2000.
 6. TARDIF, Eric, “**La Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: mitos y realidades**”, en **Responsa**, Centro Universitario México, División de Estudios Superiores, A.C., México, D.F., año 3, número 13, enero de 1998.
 7. TREVIÑO SOSA, José, “**Aplicación e interpretación de las defensas contenidas en el artículo 13 de la convención sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores**”, en **Derecho Siglo XXI**, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Nuevo León, México, número 8, mayo-agosto 2002.
 8. TREVIÑO SOSA, José, “**El drama de la sustracción internacional de menores**”, en **El mundo del Abogado**, una revista actual, México, D.F., año 5, número 46, febrero 2003.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

1. BECERRA BAUTISTA, José, “**Legitimación Procesal**” en MÁRQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1998, Tomo III.
2. CAMPUZANO, Claudia, *et al.*, “**Ámbitos de validez**”, en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1998, Tomo I.
3. **Diccionario Enciclopédico Quillet**, 12ª ed., México, 1983, Tomo XI y XII.
4. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “**Presupuestos Procesales**” en MÁRQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1998, Tomo IV.
5. GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, “**Discriminación**” en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1998, Tomo II.
6. GONZÁLEZ RUIZ, Samuel Antonio, “**Capacidad**”, en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1998, Tomo I.
7. MEDINA LINA, Ignacio, “**Procedimientos**” en MÁRQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1998, Tomo IV.
8. OVALLE FABELA, José, “**Excepciones**” en MÁRQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1998, Tomo II.
9. PEREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, “**Derechos de la Niñez**” MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1998, Tomo II.
10. RAMÍREZ GUTIÉRREZ, José O., *et al.*, “**Atribución de Facultades**”, en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998, Tomo I.
11. SALAZAR UGARTE, Pedro, “**Legalidad**” en BACA OLAMENDI, Laura (compiladora), *et al.*, **Léxico de la Política**, 1ª ed., Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

12. STAELENS GUILLOT, Patrick, "**Lex Fori**" en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998, Tomo III.
13. STAELENS GUILLOT, Patrick, "**Lex Loci Delicti**" en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998, Tomo III.
14. STAELENS GUILLOT, Patrick, "**Lex Loci Executionis**" en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998, Tomo III.
15. STAELENS GUILLOT, Patrick, "**Lex Rei Sitae**" en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998, Tomo III.
16. STAELENS GUILLOT, Patrick, "**Locus regit actum**" en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998, Tomo III.
17. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, "**Autoridad**" en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998, Tomo I.
18. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, "**Legitimidad**" en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998, Tomo III.
19. TRIGUEROS GAISMAN, Laura, "**Nacionalidad**" en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998, Tomo III.
20. TRIGUEROS GAISMAN, Laura, "**Normas de Aplicación Inmediata**" en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998, Tomo III.
21. TRIGUEROS GAISMAN, Laura, "**Residencia**" en MARQUEZ ROMERO, Raúl (coordinador), **Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998, Tomo IV.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

1. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, **“Competencia para conocer de las cuestiones relacionadas con la restitución de menores derivadas de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de aquellos adoptada en La Haya. Corresponde al juez que elija el actor”**, tesis aislada, Competencia civil 72/94, suscitada entre los jueces Mixto de Primera Instancia del Ramo Civil del Distrito Judicial de Cintalapa, Chiapas y Segundo de Distrito en este mismo Estado, 16 de mayo de 1994, Unanimidad de cinco votos, Octava Época, Tercera Sala, en Semanario Judicial de la Federación, Volumen XIII, junio de 1994, pág. 243.
2. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, **“Controversias familiares sobre el otorgamiento de régimen de visitas de un menor. El juez de distrito es incompetente para conocer de aquéllas, aun cuando se sustenten en leyes federales o tratados internacionales”**, tesis aislada, Amparo directo 543/2004, 25 de agosto de 2004, Unanimidad de votos, Novena Época, Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XX, Octubre de 2004, pág. 2323.
3. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, **“Convención sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Actos de las autoridades administrativas en su aplicación”**, tesis aislada, Amparo en revisión 1134/2000, 20 de junio de 2001, Unanimidad de cuatro votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su gaceta Tomo XX, diciembre de 2004, pág. 356.
4. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, **“Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, publicada en el diario oficial de la federación el seis de marzo de mil novecientos noventa y dos. tratándose del proceso, tramitación y resolución de la restitución relativa, debe estarse a lo que prevén los códigos civil y de procedimientos civiles, ambos del estado de Querétaro”**, tesis aislada, Amparo en revisión 31/2008, 8 de abril de 2008, Unanimidad de votos, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado

del Vigésimo Segundo Circuito, en Semanario Judicial de la Federación, Volumen XXIX, marzo de 2009, pág. 2732.

5. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN “**Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Respeto las garantías de audiencia y defensa**”, tesis aislada, Amparo en revisión 1576/2006, 22 de noviembre de 2006, Unanimidad de cinco votos, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXV, febrero de 2007, pág. 634.
6. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “**Garantía de seguridad jurídica. sus alcances**”, Jurisprudencia 144/2006, 29 de septiembre de 2006, Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXIV, octubre de 2006, pág. 351.
7. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “**Menor de edad. Debe contar necesariamente con el asesoramiento de un abogado en el proceso de restitución a su país de origen**”, tesis aislada, Amparo en revisión 20/97, Mirta Inés Penayo Alvez y Maximiliano Germán Cintio Penayo, 28 de febrero de 1997, Unanimidad de votos, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, Octubre de 1997, pág. 765.
8. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “**Menor de edad. En el proceso relativo a la restitución a su país de origen, debe respetarse la garantía de audiencia previa**”, tesis aislada, Amparo en revisión 20/97, Mirta Inés Penayo Alvez y Maximiliano Germán Cintio Penayo, 28 de febrero de 1997, Unanimidad de votos, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo VI, octubre de 1997, pág. 765.
9. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “**Menores extranjeros. Carta rogatoria. el juez de origen debe analizar su procedencia legal**”, tesis aislada, Amparo en revisión 20/97, Mirta Inés Penayo Alvez y Maximiliano Germán Cintio Penayo, 28 de febrero de 1997, Unanimidad de votos, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil

del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo VII, marzo de 1998, pág. 800.

10. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “**Menores. Término para promover amparo contra la orden de restitución a su país de origen**”, tesis aislada, Amparo en revisión 20/97, Mirta Inés Penayo Alvez y Maximiliano Germán Cintio Penayo, 28 de febrero de 1997, Unanimidad de votos, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, Octubre de 1997, pág. 765.
11. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “**Patria Potestad. Supresión de alguno o algunos de los derechos que la misma comprende (legislación del Estado de Veracruz)**”, tesis aislada, Amparo directo 2078/74, Víctor Manuel Martínez Fernández, 15 de agosto de 1975, Unanimidad de cuatro votos, Séptima Época, Tercera Sala, en Semanario Judicial de la Federación, Volumen 80 cuarta parte, pág. 30.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

1. AUDIENCIA PROVINCIAL BARCELONA, SECCIÓN 1A., TRIBUNAL DE Apelaciones (ESPAÑA), “**Re S., Auto de 21 de abril de 1997, Audiencia Provincial Barcelona, Sección 1a**”, 21 abril de 1997.
2. BUNDESGERICHT, II. ZIVILABTEILUNG (SUIZA), “**5P.160/2001/min (2001)**”, 13 de septiembre de 2001.
3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “**Caso de la comunidad indígena de Yakie Axa vs. Paraguay**”, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C número 125.
4. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “**Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú**”, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C número 110.
5. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “**Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**”, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C número 4.

6. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “**Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala**”, Sentencia de fondo, 28 de agosto de 2002, Serie C número 63.
7. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “**Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño**”, Opinión Consultiva OC-17/2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2002, Serie A número 17.
8. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “**Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal**”, Opinión Consultiva OC-16/1999 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, Serie A número 16.
9. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “**El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana de Derechos Humanos)**”, Opinión Consultiva OC 8/1987 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 30 de enero de 1987, serie A número 8.
10. FAMILY COURT AT KAITAIA (NUEVA ZELANDA), “**Damiano v. Damiano (1993)**”, 7 de mayo de 1993.
11. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SIXTH CIRCUIT (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), “**Friedrich v. Friedrich, 78 F.3d.1060 (6th Cir. 1996)**”, 13 de marzo de 1996.
12. HIGH COURT (INGLATERRA), “**N. v. N. (abduction: Article 13 defence)(1995)**”, 6 de junio de 1994.
13. HIGH COURT (INGLATERRA), “**Re H. (Abduction: Child of 16)(2000) 2 FLR 51;(2000) 3 FCR 404; (2000) Fam Law 530**”, 14 de febrero de 2000.
14. HIGH COURT AT WELLINGTON (NUEVA ZELANDA), “**H. v. H. (1995)**”, 12 de abril de 1995.

LEGISLACIÓN NACIONAL

1. **Código Civil del Estado de Querétaro**, México, P.O. 21 de octubre de 2009.

2. **Código Civil Federal**, México, D.O. 26 de mayo, 14 de julio 3 y 31 de agosto, de 1928.
3. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, México, D.O. 5 de febrero de 1917.
4. **Constitución Política del Estado de Nuevo León**, México, P.O. 16 de diciembre de 1917.
5. **Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Sonora**, México, promulgada el 16 de septiembre de 1917.
6. **Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal**, México, G.O.D.F. 31 de enero de 2000.
7. **Ley Estatal de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de Zacatecas**, México, P.O. 16 de junio de 2007.
8. **Ley para la Protección de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Aguascalientes**, México, P.O. 5 de febrero de 2001.
9. **Ley para la Protección de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes**, México, D.O. 29 de mayo de 2000.

TRATADOS INTERNACIONALES

1. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, **“Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional”**, La Haya, Países Bajos, 29 de mayo de 1993, D.O. 24 de octubre de 1994.
2. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, **“Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”**, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O. 6 de marzo de 1992.
3. CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA, **“Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”**, Bogotá, Colombia, 2 de mayo de 1948.
4. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, **“Convención Americana sobre Derechos Humanos”**, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, D.O. 7 de mayo de 1981.

5. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “**Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores**”, La Paz, Bolivia, 24 de mayo de 1984, D.O. 21 de agosto de 1987.
6. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “**Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores**”, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989, D.O. 18 de noviembre de 1994.
7. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “**Convención sobre los Derechos del Niño**”, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 1989, D.O. 31 de julio de 1990.
8. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “**Declaración de los Derechos del Niño**”, Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 1386 (XIV), Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 1959.
9. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “**Declaración Universal de Derechos Humanos**”, Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), Nueva York, Estados Unidos de América, 10 de diciembre de 1948.
10. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “**Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil**”, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/112, Nueva York, Estados Unidos de América, 14 de diciembre de 1990.
11. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**”, Nueva York, Estados Unidos de América, 16 de diciembre de 1966, D.O. 20 de mayo de 1981.
12. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “**Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**”, Nueva York, Estados Unidos de América, 16 de diciembre de 1966, D.O. 12 de mayo de 1981.
13. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “**Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**”, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988, D.O. 1 de septiembre de 1998.

14. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “**Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad**”, Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/113, Nueva York, Estados Unidos de América, 14 de diciembre de 1990.
15. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “**Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores**”, Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, Nueva York, Estados Unidos de América, 29 de noviembre de 1985.

PÁGINAS DE INTERNET

1. Página del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: **www.juridicas.unam.mx**.
2. Página oficial de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal: **www.asambleadf.gob.mx**.
3. Página oficial de la base internacional de datos sobre sustracción de menores de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: **www.incadat.com**.
4. Página oficial de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión: **www.diputados.gob.mx**.
5. Página oficial de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: **www.hcch.net**.
6. Página oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: **www.corteidh.or.cr**.
7. Página oficial de la Organización de Estados Americanos: **www.oas.org**.
8. Página oficial de la Secretaría de Relaciones Exteriores: **www.sre.gob.mx**.
9. Página oficial del Alto Comisionado para los Derechos Humanos México: **www.hchr.org.mx**.
10. Página oficial del Congreso del Estado de Aguascalientes: **www.congresoags.gob.mx**.

11. Página oficial del Congreso del Estado de Nuevo León: **www.congreso-nl.gob.mx**.
12. Página oficial del Congreso del Estado de Querétaro: **www.legislaturaqro.gob.mx**.
13. Página oficial del Congreso del Estado de Sonora: **www.congresoson.gob.mx**.
14. Página oficial del Congreso del Estado de Zacatecas: **www.congresozac.gob.mx**.
15. Página oficial del Instituto Interamericano del niño, la niña y adolescentes: **www.ijj.oea.org**.

OTROS DOCUMENTOS

1. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO, **“Escúchame, mi voz tiene corazón y derecho”**, ponencia de BRUNORI, Alberto, **“A 20 años de la Convención de los Derechos del Niño”**, México, 17 de febrero de 2009.
2. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, **“Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados Partes con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención”**, Nueva York, Estados Unidos de América, aprobada en sesión del 11 de octubre de 1996.
3. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO **“Conclusiones y recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”**, 22-28 de marzo de 2001, documento redactado por la oficina permanente, abril de 2001.
4. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO **“Conclusiones y recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión especial para revisar el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la implementación práctica del convenio de la haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la**

- competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”,** celebrada del 30 de octubre al 9 de noviembre de 2006, adoptadas por la Comisión Especial, noviembre de 2006.
5. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, **“Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vela”,** Madrid, España, abril de 1981.
 6. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, **“Statistical Analysis of Applications made in 1999 under the 1980 Convention Part II: National Report México”,** La Haya, Países Bajos, 3 de noviembre de 2001.
 7. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA UNAM **“Congreso Internacional de Derecho de Familia”,** ponencia de KULJACHA LERMA, Elsa Amalia, *et al.*, **“Adscripción de psicólogos en los juzgados familiares y penales. Necesidad de apoyo científico en la toma de resoluciones judiciales”,** México, 22-24 de noviembre de 2005.
 8. INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES, **“Reunión de Expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres”,** ponencia de PÉREZ VELA, Elisa, **“Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980”,** Montevideo, Uruguay, 12 y 13 de agosto de 2002.
 9. SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES **“Requisitos para presentar una solicitud de restitución internacional de menores con base en la Convención de La Haya”,** México.
 10. SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES. Dirección General del Acervo Histórico Diplomático, **“Respuesta a Solicitud de Acceso a Información Pública Gubernamental”,** Expediente UDE-2564/09 folio 0000500084209, respuesta de fecha 21 de julio de 2009.

11. SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES. Dirección General del Acervo Histórico Diplomático, “**Respuesta a Solicitud de Acceso a Información Pública Gubernamental**”, Expediente UDE-2713/09 folio 0000500084109, respuesta de fecha 6 de agosto de 2009.
12. SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES. Dirección General del Acervo Histórico Diplomático, “**Respuesta a Solicitud de Acceso a Información Pública Gubernamental**”, Expediente UDE-3895/09 folio 0000500131509, respuesta de fecha 11 de noviembre de 2009.
13. SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES. Dirección General del Acervo Histórico Diplomático, “**Respuesta a Solicitud de Acceso a Información Pública Gubernamental**”, Expediente UDE-0124/10 folio 0000500130609 de fecha 13 de enero de 2010.