

884609



ESCUELA SUPERIOR DE CIENCIAS JURIDICAS



CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
NUMERO DE INCORPORACION 8846-09

CONSIDERACIONES SOBRE LA PROBLEMATICA JURIDICA
INTERNACIONAL EN MATERIA DE RESTITUCION DE
MENORES

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
L I C E N C I A D A E N D E R E C H O
P R E S E N T A :
LESLIE BERENICE BAEZA SOTO

ASESOR DE LA TESIS: LIC. SAUL MANDUJANO RUBIO
REVISOR DE TESIS: LIC. JORGE ALBERTO TELLO ESCAMELLA



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

DEDICATORIAS

AGRADEZCO A DIOS:

El haberme permitido ser madre y que el hijo maravilloso que me concedió haya dado la luz que necesitaba mi vida y mi familia.

TE AMO ALEXIS.

AGRADEZCO A MIS PADRES:

El haberme apoyado en mis estudios y el haber estado conmigo en las buenas y en las malas en todos los momentos de mi vida.

AGRADEZCO A MI UNIVERSIDAD

Y MAESTROS:

El haber compartido conmigo sus conocimientos, tanto en la práctica profesional como en la doctrina, así como su amistad y en especial al LIC. SAUL MANDUJANO RUBIO, que sin su apoyo, no hubiera llegado a concluir este ciclo en mi vida.

AGRADEZCO A MIS AMIGOS:

A todos ellos que han estado conmigo por más de diez años y que hemos logrado un lazo de hermandad, más que amistad.

Y GRACIAS a todas aquellas personas que por corta o larga participación han estado en mi camino y que con su intervención han aportado algo en mi vida, en especial a Alfonso.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

<u>CAPITULO I. SUSTRACCION Y RESTITUCION DEL MENOR EN EL AMBITO JURIDICO INTERNACIONAL.....</u>	4
--	----------

1.1. Evolución de la protección jurídica internacional de la familia y el menor.....	5
1.2. Los objetivos convencionales en la protección jurídica internacional de la familia y el menor.....	10
1.3. Sustracción y restitución internacional de menores.....	16
1.4. La cooperación internacional en la protección de la familia y el menor.....	21

<u>CAPITULO II.- ANALISIS DE LA CONVENCION SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES.....</u>	26
--	-----------

2.1. Ámbito de aplicación, conceptos fundamentales y objetivo.....	27
2.1.1. Ámbitos de aplicación.....	27
2.1.2. Conceptos fundamentales.....	29
2.1.3. Objetivo.....	33
2.2. De las autoridades centrales.....	35
2.3. Procedimiento de la restitución del menor.....	39
2.3.1. De la solicitud.....	39
2.3.2. Del procedimiento.....	43
2.3.3. Autonomía del procedimiento de restitución.....	49
2.3.4. Entrega del menor.....	52
2.4. Disposiciones generales.....	53
2.5. Cláusulas finales.....	56

<u>CAPITULO III.- APRECIACIONES EN TORNO A LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES</u>	60
3.1. Ámbito de aplicación y objetivos	61
3.1.1. Ámbito de aplicación	61
3.1.2. Objetivo	64
3.2. Procedimiento para la restitución del menor	67
3.3. Disposiciones generales	75
3.4. Consideración final	77
<u>CAPITULO IV.- MÉXICO ANTE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES</u>	79
4.1. Consideraciones sobre los aspectos normativos en materia de restitución internacional de menores en el derecho mexicano	79
4.2. Procedimiento de restitución internacional de menores en el sistema mexicano	85
4.3. Necesidad de regular la restitución internacional de menores	92
CONCLUSIONES	96
BIBLIOGRAFÍA	98
PAGINAS DE INTERNET	99
LEGISLACION	100
HEMEROGRAFIA	101

INTRODUCCIÓN

Parece que un símbolo de la modernidad es el deterioro de las relaciones familiares. Ya no resulta extraño que un importante número de matrimonios concluyan en poco tiempo realizando trámites de divorcio, desafortunadamente, los hijos son las principales víctimas de la desavenencia entre los cónyuges.

Hablar de sustracción indebida de los hijos ha comenzado a ser tema cotidiano, notable incremento se presenta en cuanto a solicitudes de restitución de menores. En los tribunales nacionales, es cada vez más frecuente que alguno de los padres reclame el derecho de visita o custodia sobre sus hijos. Suele ocurrir, que los hijos se utilicen para afectar a aquella persona con quien existió una relación sentimental, en ocasiones, trasladar a los hijos a un lugar distinto de su residencia habitual es el medio para concretar una revancha o desquite familiar.

A nivel internacional la situación es semejante, el porcentaje de traslados de los menores a sitios distintos de su residencia habitual va en aumento. Cada día, los Estados muestran mayor preocupación por agilizar los procedimientos de restitución que permitan devolver, a la brevedad posible, a su lugar de residencia habitual a los menores sustraídos indebidamente por un familiar.

Motivo principal de la restitución internacional de menores, es salvaguardar el interés superior del niño. Es cierto que en los convenios internacionales, se ofrece respeto y reconocimiento a los derechos de custodia o visita conferidos a favor de los padres, pero, por encima de éstos se coloca el interés del menor.

Situando el tema de la sustracción y retención indebida de los menores en la esfera del derecho internacional, destacan dos instrumentos jurídicos, la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, ambos convenios ratificados por nuestro país.

De manera coincidente, las convenciones aludidas persiguen el mismo propósito, facilitar la restitución del menor. En las convenciones, se establece el compromiso para los Estados Partes de brindar la cooperación necesaria para concretar el objetivo perseguido, de acuerdo con su texto, sin la cooperación procesal es imposible realizar las metas.

Atendiendo los compromisos adquiridos, algunos Estados han incorporado a su derecho interno regulación específica sobre sustracción y restitución internacional de menores, abarcando los aspectos formales, se han llegado a establecer procedimientos especiales para atender las solicitudes de restitución.

Tocando la situación particular de México, debido al incremento en las solicitudes de restitución presentadas por autoridades centrales extranjeras, la Secretaría de Relaciones Exteriores, Autoridad Central encargada de la instrumentación de las convenciones, ha tenido que suscribir convenios de coordinación celebrados con el Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia de cada entidad, a fin de dar atención y seguimiento a los procedimientos de restitución iniciados.

Si bien es cierto los convenios de coordinación han funcionado, su éxito depende del espíritu cooperador de quienes dirijan al Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia comprometido. La ausencia de un marco normativo específico sobre restitución de menores y el procedimiento pertinente, deja en ocasiones a la deriva las solicitudes de restitución.

Precisamente, con base en el principio de reciprocidad, nos corresponde como país, regular la restitución internacional de menores. Debe aclararse que ni la Convención de la Haya, ni la Convención Interamericana exigen adoptar un marco normativo determinado, cada Estado Parte, instrumentará los convenios de la manera más atinada posible. Sin embargo, tomando en cuenta el número de

países que ya cuentan con regulación específica, como el caso de Canadá y los Estados Unidos de América, es oportuno que en México se proceda a actuar en consecuencia.

Convencidos de la necesidad de atender con ejemplaridad los compromisos adquiridos en materia de restitución internacional de menores, en este trabajo recepcional que se somete a consideración del sínodo, en su parte final, sin pretender elaborar un proyecto de reformas, se sugieren ciertas bases a considerar en la normatividad civil y procesal para instrumentar correctamente la aplicación de las convenciones ratificadas.

CAPITULO I. SUSTRACCION Y RESTITUCION DEL MENOR EN EL AMBITO JURIDICO INTERNACIONAL

Si el siglo XX se inició considerando a los niños poco más que una propiedad de sus padres, sin ningún status legal o derecho propio, finalizó con la ratificación casi universal de la Convención sobre los Derechos del Niño. Puede decirse que finaliza con la búsqueda, también casi universal, de metas específicas y detalladas en la protección jurídica internacional del menor.

Por encima de sus deficiencias, la Convención resulta esencial para medir la metamorfosis experimentada en los ordenamientos jurídicos de protección a la niñez. Un cambio trascendental resulta evidente, el desplazamiento de anteriores enfoques paternalistas hacia el respeto efectivo de la persona del menor como verdadero titular de derechos.

La protección y promoción de los derechos del niño, es una tarea apenas comenzada para quienes consideran que los abusos, explotación, negligencias y olvido de los derechos de la infancia están excesivamente generalizados en cualquier país del mundo, independientemente de su nivel de desarrollo. Apreciando muchas regiones del planeta, donde la situación de grupos sociales y particularmente de los niños es una caricatura respecto de los derechos que establece la Convención, afirman que poco se ha avanzado en la debida tutela jurídica del menor.

Otros autores sostienen que en el ámbito de la protección jurídica de los menores se ha puesto de manifiesto una notable evolución. Afirman que en el derecho convencional se ha consagrado al interés del menor como principio inspirador. Haciendo recuento de los instrumentos jurídicos adoptados por los Estados, estiman importantes los logros en la materia, sin dejar de reconocer que falta mucho por hacer.

A manera de introducir el tema y estar en posibilidad de desarrollarlo correctamente, dedicaremos el primer capítulo a revisar la evolución de la protección jurídica internacional del menor, orientando específicamente la información a los ordenamientos sobre familia, guarda y custodia, pero sobre todo a la sustracción y restitución internacional.

1.1. EVOLUCION DE LA PROTECCION JURIDICA INTERNACIONAL DE LA FAMILIA Y EL MENOR

No hay duda que en todas las épocas, los niños, por su propia naturaleza, son los seres más vulnerables y desprotegidos. Partiendo del reconocimiento de que constituyen el único grupo minoritario que carece del derecho a votar, no tienen influencia en los sistemas políticos que deciden temas de vital importancia para ellos y no pueden hacer uso de los medios de comunicación o de otras organizaciones para expresar públicamente su opinión. Sus circunstancias, plantean la necesidad de mejorar las condiciones que los rodean y exigen una protección eficaz.¹ (Miguel A. Verdugo p.21)

Bajo un aspecto u otro, la defensa de los derechos del menor aparece como idea rectora en varios convenios auspiciados por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, se remontan al año 1902. Los convenios inicialmente adoptados se refieren, en unos casos, directamente a la tutela y otras instituciones análogas de protección de los menores, nos referimos al Convenio para regular la tutela de menores del 12 de junio de 1902.

Luego de la primera guerra mundial, que dejó una multitud de niños sin familia, apareció algún grado de sensibilidad en el mundo y sin prejuicio de las medidas aplicadas por los gobiernos, surgieron entidades dedicadas a la protección de la infancia e hicieron oír su clamor en defensa de esta.- Para aquel

¹ VERDUGO MIGUEL ANGEL. Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI. Edición Universidad Salamanca. Pág. 21.

entonces, era difícil pensar en acuerdos vinculativos que obligaran al cumplimiento de los estados, se recurría a instrumentos declarativos apoyados fundamentalmente en su fuerza moral, tal es el caso de la "Declaración de Ginebra" promulgada en 1924 por la Unión Internacional de Protección a la Infancia. En un texto de cinco puntos se establecieron las condiciones básicas a que tienen derecho a desarrollarse todos los niños.²

Haciendo suya la "Declaración de Ginebra" la sociedad de naciones incorporaba en su agenda el tema de protección a la niñez. En 1948, la declaración fue revisada y ampliada, su texto sirvió de base a la declaración de los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el mes de noviembre de 1959, que en su proemio señala "El niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Desde sus inicios, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado se sintió atraída por la problemática de la persona y la familia. Conciente que el transcurso inexorable del tiempo, y la expansión geográfica habían contribuido a dejar obsoletos los instrumentos convencionales adoptados, emprendió una labor de revisión del pasado, corrigiendo, complementando y perfeccionando el convenio de 1902 sobre Tutela de Menores, sustituido en octubre de 1961 por el convenio sobre la ley aplicable sobre las obligaciones alimenticias respecto a menores y en abril de 1958 el convenio sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias, ambos entraron en vigor en octubre de 1973.

En los años siguientes se pronunciaron otras declaraciones sobre los derechos que deben reconocerse inherentes a las personas, sin mencionar en forma específica a los niños, los comprenden de una u otra manera.

² VARELA DE LA MOTA INES. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1990. Julio-Diciembre. No. 31 Página 137

Merece destacarse que la labor codificadora se realiza gradual y progresivamente. La regulación de una materia frecuentemente no tiene carácter unitario o global, sino aparece parcelada, dividida en diferentes textos convencionales. Un criterio de reparto o distribución de una materia es el relativo a los problemas de derecho internacional privado que constituyen el objeto de regulación: competencia judicial, ley aplicable, reconocimiento de ejecución de decisiones extranjeras. Ello explica que en ocasiones, un mismo texto regula los tres problemas como el convenio de 1965 sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción. Otras veces solo se regulan dos, en ese supuesto colocamos al mencionado convenio sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección a menores. Puede finalmente que los diferentes problemas de derecho internacional privado se regulen, simultánea o sucesivamente en diversos textos, pudiendo citarse en materia de obligaciones alimenticias el Convenio sobre ley aplicable concluido en octubre de 1956, precedente del convenio de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones.

A más de cien años de su constitución, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado ha realizado encomiable tarea a favor de la protección jurídica internacional de la familia y el menor. Entre los instrumentos jurídicos convencionales adoptados se encuentran, además de los ya señalados, el Convenio sobre Reconocimiento de los Divorcios y Separación de Cuerpos de 1970, el Convenio sobre la Ley aplicable a los Regímenes Matrimoniales de 1978; el Convenio sobre la Celebración y el Reconocimientos sobre la Validez de los Matrimonios, misma fecha a la anterior, el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 materia de la presente tesis, el Convenio sobre la Cooperación Internacional y la Protección de Menores en la Adopción Internacional de 1993.

Si hemos destacado la obra de la Conferencia de la Haya, por sentido de justicia habremos de hacerlo respecto a las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), celebradas bajo el patrocinio del Comité Jurídico Interamericano dependiente de la Organización de Estados Americanos.

Iniciando su labor en 1975, en seis ocasiones, procurando diversificar el lugar de celebración, se han realizado las conferencias. El tema de la familia y la Protección del menor han ocupado preponderante lugar en los trabajos de las CIDIP, adoptando convenciones que destacan el interés superior del menor y la urgente necesidad de brindar un marco jurídico suficiente a los aspectos familiares. Podemos citar entre ellos: Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores de 1984, Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias 1989, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores 1989, materia de esta investigación, Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores, 1994.

Ante el tema de la Familia y el Menor, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) no podría ser indiferente. Ya aludimos a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que inició del fuerte compromiso que la ONU tiene con la niñez al grado de constituir un órgano especializado como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), cuya obra ha resultado insustituible.

Pudiendo mencionar los acuerdos sobre derechos humanos, objetivo básico de la organización, según lo previsto en el preámbulo y artículo 1º de la Carta de las Naciones Unidas, preferimos abocarnos a los instrumentos específicamente dirigidos a la familia y la niñez.

Considerando urgente la solución del problema humanitario, originado por la situación de las personas sin recursos que tienen derecho a obtener alimentos de otras localizados en el extranjero consiente de las grandes dificultades legales

y prácticas para hacer viable el ejercicio de acciones sobre prestaciones de alimentos o la ejecución en el extranjero, dispuesta ha establecer los medios conducentes a resolver ese problema, en 1956 la Organización de las Naciones Unidas (ONU) logra se firme la Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, cuya finalidad es facilitar al acreedor alimentario la obtención de alimentos que pretende tener derecho a recibir del deudor alimentario ubicado fuera del territorio de residencia habitual del demandante.

Incuestionable y válido es afirmar, que el instrumento jurídico más trascendente en la protección del menor, es la convención sobre los Derechos del Niño. Ratificada por México, es uno de los instrumentos jurídicos de mayor aceptación universal. Adoptada en la sede de las Naciones Unidas, la convención reconoce que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para asumir plenamente sus responsabilidades. (preámbulo).

Conforme a la convención, es imperioso proporcional al niño una protección especial, permitir y asegurar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el crecimiento en el seno de la familia en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Según lo dispone el artículo 27 a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades, las condiciones de vida necesarias para su desarrollo.

Disposiciones de enorme significado para el tratamiento del tema motivo de este trabajo recepcional, están contenidas en la convención, pero serán citadas oportunamente. Por el momento, nos limitamos a resaltar la importancia del instrumento y hacer consideraciones generales sobre el mismo.

En opinión de Miguel Ángel Verdugo, es de tal magnitud e importancia y promoción de los derechos del niño que, aún cuando corresponda de manera

particular a los estados de esa responsabilidad, no se les puede dejar solos. La aportación de distintos organismos nacionales e internacionales de origen gubernamental y no gubernamental, pero sobre todo el trabajo cotidiano y sistemático de muchos grupos sociales son la garantía de esa expansión.³

1.2. LOS OBJETIVOS CONVENCIONALES EN LA PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LA FAMILIA Y EL MENOR.

En el ámbito del derecho de familia, puede no ser común mencionar “el interés superior del niño” y manifestar el deseo de defenderlo. Sin embargo, ha resultado objetivo inspirador en las convenciones internacionales sobre la familia y menores, así se demuestra en los trabajos de la Conferencia de la Haya y las Conferencias Especializadas Internacionales sobre el Derecho Internacional Privado.

Si aceptamos que la concreción del “interés superior del menor” la realizan siempre los adultos, desde sus peculiares coordenadas jurídicas, culturales y personales, es probable que la decisión y actuación de la autoridad realmente no le corresponda. Por mencionar un caso, el preámbulo de la Convención sobre los Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, señala que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia.

En ese sentido, el artículo 13 determina que la autoridad judicial administrativa del esto requerido podrá negarse a ordenar la restitución del menor, si comprueba que el propio menor se opone a la restitución cuando ha alcanzado una edad y grado de madurez, apropiados para tener en cuenta sus opiniones, artículo 12, cuando esté demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

³ Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI Edición Universidad Salamanca, pág. 19

Interpretando los preceptos invocados, en principio, la restitución del menor es procedente cuando se realiza un traslado o retención indebidamente. Atendiendo a la finalidad del convenio, sobre sustracción internacional de menores, si un menor ha sido trasladado o retenido ilícitamente, la autoridad judicial o administrativa competente ordenará la restitución inmediata. De esa manera, se atiende la finalidad prevista en el artículo 1º de velar por los derechos de custodia y visita, otorgados a los padres.

Sin embargo, la autoridad judicial o administrativa habrá de tomar en cuenta el "interés superior del menor" ubicándolo por encima de la custodia o visita, por ejemplo, si existió riesgo en que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.⁴

Iniciando el trabajo de investigación, nos referimos a la metamorfosis experimentada en los ordenamientos jurídicos de protección a la niñez. La persona del menor es la verdadera titular de derechos. Así se desprende del artículo 9º de la Convención de Derechos del Niño, cuando dispone que los estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determine, de conformidad con la ley y procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Lejos estamos de aquella interpretación paternalista que consagraba al padre ilimitados derechos sobre los hijos.

Tratándose de menores, no todos los derechos tienen contenido idéntico, en ciertos casos pueden estar sujetos a condiciones o limitaciones. Loreta Ortiz Ahlf, estima que los derechos reconocidos en la Convención pueden clasificarse en tres grandes grupos:

⁴ Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

De provisión: Derecho a poseer, recibir o tener acceso a ciertos bienes y servicios, entre ellos, atención sanitaria, educación, descanso.

De protección: Derecho a ser protegido contra cualquier perjuicio como la separación de los padres, explotación económica o sexual, malos tratos físicos o mentales.

De participación: Derecho a ser escuchado cuando se tomen decisiones que afecten su vida y a medida que se desarrollen sus capacidades, el de tomar parte en las actividades de la sociedad.⁵

En cada una de las categorías, la regla básica para interpretar las normas referidas a los niños, así como las medidas relativas a ellos, es el "interés superior del menor". El vocablo "superior", no fue puesto al azar, sino luego de intensas deliberaciones. Significa que en caso de conflicto entre el interés del menor y el de sus padres o la sociedad, debe prevalecer el protegido por la Convención.

Pudiera pensarse que la expresión "interés superior del niño" es demasiado genérica y podría provocar decisiones o interpretaciones contradictorias entre quienes deben aplicar las normas protectoras de la niñez. Nada de eso podría ocurrir si la fórmula se aplica dentro de la marcha contextual que la delimita.

En el artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño, se establece que 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.

⁵ ORTIZ AHLF LORETTA, Derechos de la niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM 1990, PÁG. 244

En ese sentido, los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los deberes y derechos de sus padres, tutores u otras personas responsables ante la ley.

Según se desprende del tercer párrafo del precepto invocado, el interés del menor deberá ser prioritario para los Estados Partes, quienes habrán de tomar las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes. Instrumentar el "interés superior del niño" es uno de los logros notables de la Convención.

Otro objetivo convencional previsto es la unidad familiar. En el artículo 10º de la Convención de los Derechos del Niño, se considera derecho fundamental del menor su reunión con la familia. En el caso de niños cuyos padres residan en estados diferentes, tendrán derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y sus padres para salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, salud o moral públicas.

Desde cualquier ángulo, la familia representa el núcleo natural del menor y el mejor medio para su desarrollo. Procurando la unidad familiar, en el derecho internacional privado han merecido atención especial instituciones como la patria potestad, custodia y visita.

En opinión de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, el ejercicio de la patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones para quien la

ejercita, tales como guarda y custodia de los menores, facultad de educarlos y corregirlos, representarlos en actos jurídicos, administrar sus bienes y proporcionarles alimentos. Corresponde a la autoridad judicial suprimir o restringir algunos de los derechos que la misma comprende, pudiendo ser la privación de la guarda y custodia.⁶

Es conocido que la ruptura familiar conlleva consecuencias para los hijos, la más frecuente es privar a uno de los padres de toda intervención en la vida futura del hijo, entregando al otro su cuidado. La expresión guarda o custodia se entiende para el derecho internacional en su sentido más amplio, comprende el cuidado personal del hijo, su protección, vigilancia y dirección, dotarle de los elementos necesarios para su bienestar, velar por su salud, atender su educación, y en particular decidir sobre su lugar de residencia. Precisamente este último aspecto, es materia de la Convención de la Haya sobre Sustracción Internacional de Menores.

Resulta claro que la atribución de la titularidad sobre el derecho de custodia surge de la propia ley y de una decisión judicial, administrativa o de un acuerdo de voluntades. Una vez conferido, el derecho de custodia otorga a su titular la posibilidad de decidir sobre la residencia del menor, pudiendo establecerse en lugar distinto del que corresponde al padre o a la madre privados de ese derecho.

Cuando la custodia es otorgada exclusivamente a uno de los padres, corresponde al otro el derecho de visita. Con el propósito de mantener la relación padre e hijo y facilitar el contacto permanente entre ellos, la mayoría de los sistemas jurídicos permiten al padre privado de la custodia, la convivencia con los hijos. Esa convivencia podrá realizarse en lugar distinto al de la residencia habitual del hijo.

⁶ MANTEROLA ALEJANDRO, Derechos del niño. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM 1990, pág. 52

Tanto el derecho de custodia como el de visita están debidamente reconocidos y protegidos en la Convención de la Haya sobre Sustracción Internacional de Menores. Conforme su ámbito de competencia, la Convención se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. En igual sentido, la Convención Interamericana pretende hacer respetar el ejercicio del derecho de custodia y el de visita, estableciendo como objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente.

Un traslado o retención del menor que produzca infringir el derecho de custodia o visita, será considerado ilegal aún cuando fuera realizado por los padres. Sin abordar aspectos distintos a los civiles, las convenciones que serán motivo de análisis en los capítulos siguientes, condenan el desplazamiento de los hijos por sus padres, cuando dicho desplazamiento afecta la custodia o visita que corresponde al padre afectado.

Hemos mencionado que el “interés superior del menor” se coloca prioritariamente sobre el derecho de los padres, incluidos la custodia o visita. En otras palabras, el derecho de custodia y el de visita deberán otorgarse en beneficio del menor y restringirse por el mismo motivo. En el texto de las convenciones aludidas, se preservan tanto la custodia como la visita afectadas por sustracciones o retenciones indebidas, pero no procede la restitución cuando sea violatoria de los principios fundamentales del niño.

Evidente resulta que los objetivos convencionales incorporados en los acuerdos y tratados sobre familia, no se limitan al “interés superior del menor”, unidad familiar, custodia o visita. Comprenden también aspectos alimentarios, validez y reconocimiento de situaciones jurídicas, entre otros, pero considerando

que el tema de la presente investigación es la sustracción y restitución internacional del menor, solo abordamos los que resultan necesarios por su relación directa.

1.3. SUSTRACCION Y RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

El fenómeno migratorio de nuestro tiempo, tiene innegables consecuencias en el ámbito de la familia. La celebración de matrimonios entre extranjeros, la disolución de uniones matrimoniales y el desplazamiento de los cónyuges, suscitan situaciones complejas a las que se ven sometidos los menores.

De relevancia internacional, la proyección de la problemática familiar que afecta a los menores ha sido objeto de particular atención en los principales foros de elaboración del Derecho Internacional Privado, sobre todo en las dos últimas décadas del siglo XX. Esa proyección se traduce en diversos tratados emanados de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado. La circunstancia que dos de las tres Convenciones aprobadas por la CIDIP IV refieran a categorías pertenecientes al Derecho Internacional Privado de Minoridad y Familia y que dichos temas abarcaran gran parte de las discusiones sostenidas en la Agenda de la Conferencia, no fue producto del azar.

Sostenida por distintas delegaciones nacionales en los trabajos de la Conferencia de la Haya y las Conferencias Interamericanas, se asiste hoy a una progresiva internacionalización y dispersión internacional del núcleo familiar, producto de diversas variables. La flexibilización de las fronteras nacionales, consecuencia de procesos de integración, y la incidencia de factores económicos, políticos y sociales, propician desplazamientos humanos a nivel continental, a veces masivos, potencialmente generadores de conflictos familiares.

Es obvio que el problema de la sustracción y retención ilícita del menor no es patrimonio de nuestro tiempo; no obstante, es cierto que el inusitado desarrollo de los transportes y las comunicaciones, junto a la intensificación de los flujos migratorios como consecuencia de desequilibrios económicos y el número creciente de conflictos bélicos, se han traducido en la multiplicación de las uniones "mixtas" que, cuando quiebran, constituyen un caldo de cultivo abonado para tal tipo de conductas. De la alarma social generada por este fenómeno, nos da idea que el Consejo de Europa le haya dedicado una atención especial traducida en el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia de 1980.⁷

Reclamaciones internacionales como la restitución de menores irregularmente trasladados o retenidos en país distinto al de su residencia habitual, son presentadas con mayor frecuencia ante tribunales nacionales. Un aumento considerable de matrimonios conflictivos y divorcios ha fomentado la internacionalización de los problemas.

En una sentencia de divorcio se fijará la situación de los hijos, en ese sentido, el juez gozará de amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, no resultaba extraño que la sentencia correspondiente determinara su pérdida para el cónyuge culpable de la disolución. La ruptura de la armonía familiar no necesariamente concluye hoy con la pérdida de la patria potestad para uno de los cónyuges, muchos de los sistemas ideados para resolver o aminorar las consecuencias dolorosas a los hijos, instituyen la guarda alternada, conjunta o compartida.

Generalmente, los jueces otorgan a la madre la guarda y custodia del menor, por considerar que está más capacitada para el cuidado y atención de los hijos. Pretendiendo la estabilidad moral y material del niño, se busca evitar

⁷ PEREZ VELA ELISA. Revista Española de Derecho Internacional "El menor en los convenio de la Conferencia de la Haya" Instituto de Ciencias Jurídicas Volumen XLV No. 1 En junio 1993. Pág. 107

cambios repentinos y periódicos de hogar, escuela, ciudad o país. Esos cambios pudieran causar graves daños para su formación y relaciones sociales, alejarían al menor de sus amigos, compañeros, familiares y maestros, personas que ha logrado conocer en el natural proceso alternativo de existencia.⁸

Desplazar alternativamente al hijo del domicilio de uno de sus progenitores al del otro, repitiendo sucesivamente la experiencia, expone al menor a situaciones generadoras de inestabilidad emocional y formativa. Tal vez por ello, la guarda no es de los atributos de la patria potestad que se ejerzan en común.

Partidarios de la continuidad de contactos entre padres e hijos, por que impide el desinterés del que no queda al cuidado personal, numerosos sistemas jurídicos instituyen el derecho de visita y de correspondencia con el hijo. La visita mantiene, por un lado, la posibilidad al hijo de conservar su relación con ambos padres, por otro, permite al padre, impedido de la guarda, intervenir en la formación del niño. El derecho de visita, fundamentalmente consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, aparece como contra-cara del derecho de guarda o custodia, normalmente quien no detenta la guarda del menor es quien reclama aquel derecho.

Para la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, artículo 5º, el derecho de visita comprende "el derecho de llevar al menor, por un tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual". Ejerciendo el derecho de visita, la convivencia podría realizarse en el domicilio del padre. Eso permite trasladar al menor a lugar distinto de su residencia habitual, con la posibilidad de llevarlo al extranjero.

Sin pretender explicar los motivos, un padre pudiera retener indebidamente al menor, negándose a la restitución procedente. Si la retención indebida ocurre

⁸ CRUZ LISANDRO, Derechos de la niñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM 1990. Pág. 65

en el extranjero, estaríamos ante la restitución internacional del menor como alternativa para reubicarlo en el lugar de su residencia habitual. Puede ocurrir también, que el menor sea sustraído ilícitamente, cuando el desplazamiento se hace infringiendo un derecho de custodia atribuido. En el ámbito de la protección internacional a la familia y al menor, la sustracción ilícita no debe confundirse con la retención indebida. Sustraer ilícitamente quién infringe el derecho de custodia, pero no lo realiza quién ejerciéndolo impide el ejercicio del derecho de visita.

Sustraer ilícitamente no es sinónimo de traslado del menor como consecuencia de hechos ilícitos, en este segundo caso hablaríamos de tráfico de menores. Según lo establece el artículo 2º de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, el tráfico internacional de menores significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención de un menor, con propósitos o medios ilícitos. Son propósitos ilícitos, entre otros, la prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se halle localizado. Medios ilícitos incluyen, entre otros, el secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se encuentre.

Desprender la sustracción del menor de los aspectos penales, ubicándola solo civilmente fue prioritaria preocupación en la elaboración de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. La razón de que los textos convencionales se concentren esencialmente en las hipótesis de sustracción y retención irregular de menores por sus padres u otros familiares, se debe tanto al número creciente de estas situaciones, cuanto a la necesidad de dotar a los tribunales de una regulación apta para atender este tipo de casos de difícil tipificación como delito, por su carencia de antijuridicidad por no poner, en

principio, en peligro al niño un traslado realizado por parientes y por la falta de espíritu de lucro; y que aún tipificadas, en tanto las conductas punibles son realizadas por familiares, las sanciones tienden a ser mínimas y no resulta en consecuencia operable la extradición. Por otra parte, el tratamiento represivo de tales situaciones no constituye una respuesta apta para asegurar con eficacia el retorno del menor. La eficacia de persecuciones penales es ilusoria en casos de retención foránea de niños, siendo los únicos medios verdaderamente eficaces, los judiciales civiles.⁹

Siguiendo la moderna tendencia del Derecho Internacional Privado, se busca regular el tema de la restitución internacional de menores como una subcategoría específica con perfiles propios, distinta de otras como la patria potestad, tutela y curatela. Esta necesidad fue subrayada en el voto razonado del Dr. Galo Leoro, miembro del Comité Jurídico Interamericano, en el que manifiesta la improcedencia de solucionar el problema tanto por la vía penal como por las de ejecución de sentencias de guarda y custodia o las medidas cautelares tradicionales.

Restitución internacional de menores, es un título que quiso eliminar toda connotación de carácter penal, tal como el secuestro de menores u otros, por lo que únicamente se regulan cuestiones civiles. Lo que se pretende es que exista una eficaz cooperación judicial internacional a fin de obtener una rápida restitución de menores que hayan sido trasladados ilegalmente de un Estado a otro, o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente, es decir, se cubren dos hipótesis.¹⁰

En su acepción relativa a las personas, la palabra "restituir" significa volver uno al lugar de donde había salido, ello parece inducir a que la interpretación

⁹ EDUARDO TELLECHEA BERGMAN. Las Convenciones Interamericanas sobre Restitución Internacional de Menores y obligaciones alimentarias de Montevideo 1989. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo Uruguay año XXI en junio 1990. No. 1-2 Pág. 112

¹⁰ GARCÍA MORENO VICTOR CARLOS. Derechos de la niñez. Instituto de Investigación Jurídica UNAM 1990. Pág. 258

restrictiva es la más adecuada. En consecuencia, el menor debería ser restituido a su residencia habitual al tiempo de producirse el traslado o retención ilícitos. El regreso del menor, por encima del respeto al derecho de custodia y visita, pretende reintegrarlo a su entorno de vida habitual y evitarle todo tipo de trastorno.

1.4. LA COOPERACION INTERNACIONAL EN LA PROTECCION DE LA FAMILIA Y EL MENOR

Presupuesto global del Derecho Internacional Privado, es el principio de cooperación. La cooperación internacional entre autoridades constituye la columna vertebral en la que gravitan los convenios sobre sustracción y restitución internacional de menores. Dicha cooperación obedece al deseo de dotar de efectividad al sistema internacional de protección del menor.

Proyectada en distintos ámbitos, la cooperación puede manifestarse en el terreno judicial. La cooperación judicial internacional admite manifestaciones muy variadas: puede referirse exclusivamente a la comunicación y notificación de actos, a la información sobre la ley extranjera, a la posibilidad de que la decisión adoptada por el juez del foro produzca efectos en el territorio de otro Estado, a la asistencia judicial propiamente dicha. En este último aspecto, se pretende suprimir los inconvenientes que suscita la existencia de fronteras respecto al ejercicio de la función jurisdiccional y la necesidad de efectuar ciertas actuaciones procesales en el extranjero, supuestos donde el Estado en el que se haya iniciado el proceso debe recurrir al concurso de las autoridades de otro Estado a través de cierto mecanismo.¹¹

Sin la cooperación internacional, seriamente perturbada puede quedar la labor del juez cuando estemos en presencia de un proceso con elementos extranjeros. Por esa razón, los Estados se avienen a prestar dicha cooperación

¹¹ FERNANDEZ ROZAS JOSE CARLOS. Revista Española. Derecho Internacional. Instituto de Ciencias Jurídicas, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Vol. XLV No. 1 en junio 1993. Pág. 82

no sólo por interés mutuo, sino por una convicción acerca de la obligatoriedad de dicha conducta, pactada en un convenio internacional.

Para justificar el fundamento de la cooperación entre Estados, debemos atender la noción misma de cooperación y no la concepción de cortesía internacional. En la actualidad, el deber de cooperación se apoya convencionalmente, con frecuencia las normas internas se remiten a tratados internacionales que adquieren un papel protagonista en la regulación de esta materia, siendo el sector de la asistencia procesal internacional el que cuenta con un mayor desarrollo desde la perspectiva convencional.

Motor de la cooperación judicial internacional, la Conferencia de la Haya ha dado lugar a diferentes convenios de procedimiento civil internacional, los realizados en 1896, 1905 y 1954. En la actualidad el texto base es el Convenio de la Haya sobre procedimiento civil de 1954. Debido al carácter marco de su texto, se ha de poner en relación con otros convenios complementarios como el Convenio de la Haya relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, de 1965, el Convenio de la Haya relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, de 1970, y en menor medida, el Convenio de la Haya tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, de 1980.

Además del marco convencional realizado por la Conferencia de la Haya, la cooperación judicial internacional se extiende también al ámbito interamericano. En el seno de las CIDIP se han aprobado convenciones interamericanas relativas a exhortos y cartas rogatorias, recepción de pruebas en el extranjero, eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, prueba e información del derecho extranjero.

En reconocimiento a la básica labor de cooperación internacional para el adecuado funcionamiento de las convenciones en materia de restitución

internacional de menores, tanto en el texto de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores como en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, cada Estado Parte designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que impone el convenio, en especial el deber de colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y conseguir el resto de los objetivos perseguidos.

Según se desprende de ambos convenios, la intervención de las autoridades centrales en el sistema de cooperación jurisdiccional internacional alcanza hoy un significativo desarrollo, afianzado en otros textos jurídicos como la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias. Expresada en diferentes planos, la cooperación se traduce en un primer término a nivel informativo, el artículo 7º de la Convención de la Haya señala cuales han de ser los cometidos de las autoridades centrales, a las que esencialmente se encarga una labor de cooperación con los reclamantes y las autoridades intervinientes en los procedimientos de restitución, informando acerca de la situación social del menor, la legislación de su país relativa a la aplicación de la Convención y el funcionamiento y cumplimiento de la Convención. Dicha información puede operar a priori, con anterioridad a la adopción de medidas protectoras, exigiendo su previa notificación a las autoridades del Estado de residencia habitual del menor o puede producirse a posteriori, después de haber adoptado las medidas protectoras, exigiendo la inmediata comunicación a las autoridades del Estado de residencia habitual del menor.

Otro aspecto de la cooperación, consiste en la ejecución de las medidas adoptadas, mediante la delegación de dicha facultad ejecutiva por las autoridades del Estado de residencia habitual del menor. Las autoridades centrales tomarán las medidas apropiadas que permitan localizar al menor, prevenir que sufra mayores daños, facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo

con el objeto de conseguir y garantizar la restitución apropiada del menor. En este plano, la cooperación tiene sentido operativo, corresponde a las autoridades centrales llevar a cabo las medidas de asistencia previstas en el instrumento jurídico.

Hasta antes de 1988, nuestra legislación interna era escasa respecto a las normas que regulan la cooperación procesal internacional, pero debido a la necesidad de modernizar nuestras leyes, sobre todo por la suscripción de varias convenciones internacionales, la mayoría emanadas de las CIDIP, buscando una aplicación correcta de estos compromisos, se inició la incorporación de tales preceptos a nuestros ordenamientos legales.

La reforma de 1988 adicionó al Código Federal de Procedimientos Civiles el Libro Cuarto, titulado "De la Cooperación Procesal Internacional". Integrado por cinco capítulos, se recogen principios de importancia sustantiva. En materia de litigio internacional, las dependencias de la Federación y de las entidades federativas quedan sujetas a las reglas contenidas en este ordenamiento. La razón es que dichas dependencias conforman hacia el exterior al gobierno mexicano, por tanto, se busca uniformidad en las actividades y respuestas que puedan dar en esta materia.¹²

Apoyados en el compromiso de la reciprocidad, los principios orientan hacia una cooperación procesal ágil. Procurando facilitar la diligenciación de actos de mero trámite, evitando en todo momento asumir compromisos que puedan limitarlos posteriormente, se establece que la diligenciación de esos actos no implicará para los tribunales mexicanos, reconocer la competencia de la autoridad extranjera requirente. En materia de restitución internacional de menores, algunos actos solicitados por las autoridades extranjeras son de mero trámite.

¹² PEREZ NIETO CASTRO LEONEL. Derecho Internacional Privado. Oxford University Press. 1998. Pág. 212

Considerada la intervención del Servicio Exterior Mexicano, se establece que sus miembros son coadyuvantes de los tribunales del país en el desahogo de diligencias. Cuando se trate de diligencias que llevan aparejada ejecución o medidas de apremio, los miembros del Servicio Exterior encargados del asunto no podrán ejecutarlos por ellos mismos, deberán solicitar a las autoridades jurisdiccionales el desahogo de las mismas. En la restitución internacional de menores, es insustituible la participación de autoridades judiciales, particularmente si existe la necesidad de resolver excepciones que se opongan al regreso del menor.

En una apreciación general, podemos afirmar que México es un país comprometido con la cooperación procesal internacional. Sobrarían ejemplos para destacar la participación de autoridades administrativas o judiciales mexicanas en esta tarea. Todos los días, la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores tramita solicitudes para materializar esa actividad, desde un punto de vista pasivo, cuando tenemos el carácter de Estado requerido, y activo, cuando nos comportamos como Estado requirente.

Debido al límite jurisdiccional de orden territorial que tienen jueces y autoridades, la ayuda internacional es pilar en todo proceso de restitución de un menor, cuando ha sido desplazado al extranjero.

CAPITULO II.- ANALISIS DE LA CONVENCION SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES

Aprobada el 25 de octubre de 1980, en la Decimocuarta sesión de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, la Convención de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, es la que cuenta con el mayor número de ratificaciones y adhesiones entre todos los textos sobre menores aprobados en el ámbito de la Conferencia. Aspecto que ha contribuido al éxito de la Convención, es su carácter pionero en la regulación de uno de los temas más preocupantes de la vida familiar de nuestros tiempos, los traslados y/o retenciones de menores por parte de familiares cercanos.

De significativa cobertura geográfica, incorpora países de Africa, América, Asia, Europa y Oceanía. Por su objeto, es un convenio de alcance global, aún cuando el problema concreto es la sustracción de un menor de su entorno de vida habitual, aborda potencialmente consecuencias más amplias.

En cuanto a su naturaleza, estamos ante un convenio de cooperación que busca alcanzar sus objetivos mediante la estrecha colaboración de las autoridades judiciales y administrativas de los Estados contratantes, en especial a través de las autoridades centrales que el mismo convenio establece y a las que compete, entre otras obligaciones, desde la localización del menor hasta asegurar su regreso. En gran medida, la aplicación del convenio gravita sobre la actuación y cooperación de dichas autoridades centrales.¹³

Innovador enfoque se emplea al abordar la solución de un problema tan vinculado a las relaciones paterno filiales, el convenio no utiliza el método del derecho uniforme absteniéndose de intentar unificar la ley aplicable a la custodia de menores. Bastante claro resulta el artículo 19º al determinar que “una decisión

¹³ PEREZ VELA ELISA. Op cit. Pág. 108

adoptada en virtud de la presente Convención sobre la Restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia". Preocupados en conseguir un instrumento que aporte soluciones de urgencia, para evitar la consolidación jurídica de situaciones inicialmente ilícitas, los Estados contratantes decidieron elegir una opción ágil en la definición del contenido. De haberse insistido en uniformar el derecho aplicable, un sinnúmero de contratiempos entre estados con sistemas jurídicos tan diversos hubieran amenazado las negociaciones del texto.

Organizada en cinco partes, la Convención procura un procedimiento simplificado para facilitar el regreso del menor a quien detente la custodia, se suavizan las formalidades habituales relacionadas con la presentación de una demanda en una jurisdicción extranjera, permitiendo al requirente utilizar la estructura gubernamental para obtener la restitución de un menor.

2.1. AMBITO DE APLICACION, CONCEPTOS FUNDAMENTALES Y OBJETIVO

2.1.1. AMBITOS DE APLICACION

Partiendo del título de la Convención, el instrumento se refiere a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, determinando con precisión su ámbito material. La versión autenticada en el idioma español, no responde a la traducción literal de los términos utilizados en las versiones autenticadas en inglés y francés. En efecto, el empleo de los vocablos "abduction" y "enlèvement" corresponden en su acepción normal al término "secuestro", término con evidentes connotaciones penales que podría dar lugar a equívocos, teniendo en cuenta que el convenio se refiere a situaciones producidas en el ámbito familiar. Lo anteriormente expresado, sumado a la inclusión de la expresión "aspectos civiles" reafirma el enfoque civilista de la Convención.¹⁴

¹⁴ GONZALEZ PEDROUZA CARMEN. Universidad de la República Oriental de Uruguay. Revista de la Facultad de Derecho. Número 18 Julio-Diciembre 2000, Montevideo Uruguay, Pág. 13.

Requisito espacial de aplicabilidad, es el traslado ilícito del menor desde el territorio del Estado contratante de la residencia habitual hacia otro Estado contratante, o cuando tenga lugar una retención ilícita en cualquier Estado contratante distinto al de la residencia habitual. Quedan fuera de la Convención los casos de desplazamientos o retención ilícitos que se produzcan dentro de la frontera del Estado de residencia habitual del menor, en este caso, se estaría ante una hipótesis típicamente interna.

Conforme el artículo 2º, observando el principio *res inter alios acta*, el ámbito espacial de la Convención se limita al territorio de los Estados contratantes, omitiendo extender sus efectos a terceros estados. No es obligatorio aplicar el convenio cuando el menor tiene residencia habitual o bien es trasladado o retenido en un Estado que no es Parte.

Por lo que concierne al ámbito personal de la Convención, el artículo 4º tiene como vértice la figura del menor. A diferencia de otros textos internacionales, en éste se adopta una definición autárquica según la cual se considera menor a quien no haya alcanzado los 16 años. Sobre este punto, Elisa Pérez Vera, redactora del Informe adjunto al Anteproyecto de Convenio adoptado por la Comisión Especial en mayo de 1980 y catedrática de Derecho Internacional Privado, considera justificado el criterio, toda vez que una persona de más de 16 años tiene voluntad propia que no puede desconocerse por sus padres o las autoridades, aún cuando según su ley personal no hubiera alcanzado la mayoría de edad.¹⁵

En cuanto al ámbito personal de la Convención, es necesario destacar la figura del titular del derecho de custodia o de visita. De no existir violación al ejercicio efectivo de los derechos aludidos, no se configura el traslado o retención ilícitos, supuestos básicos para la aplicación del convenio. El derecho de custodia,

¹⁵ PEREZ VELA ELISA. Op. Cit. pág. 108

que puede ser atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, una institución o cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado de residencia habitual del menor, precisa el ámbito personal de la Convención. Sólo podrán requerir la restitución los titulares del derecho de custodia, personas físicas o morales. Tratándose del derecho de visita, el ámbito personal de la Convención queda limitado estrictamente a personas físicas, regularmente los padres pero no necesariamente ellos.

Sin referirse directamente a la persona que retiene, algunas disposiciones de la Convención aluden a ella. El artículo 8º, al tratar lo relativo a la restitución del menor, establece que la solicitud respectiva podrá incluir información sobre la persona que se alega ha sustraído o retenido al menor. Revisando el texto del convenio, la persona que sustrae o retiene puede oponerse a la restitución, artículo 13º. De tal manera, en el ámbito personal de la Convención deberá incluirse a quien lleva a cabo la sustracción o restitución indebida.

En su ámbito temporal, conforme al artículo 35º, la Convención sólo se aplicará a los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor entre los Estados contratantes. Aprobada por el Senado de la República el 13 de diciembre de 1990, depositado el instrumento de ratificación el 20 de junio de 1991, la Convención es obligatoria para nuestro país. El decreto de promulgación fue publicado el 6 de marzo de 1992.

2.1.2. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Hemos mencionado que la Convención no pretendió emplear el método del derecho uniforme respecto la ley aplicable a la custodia de menores, sin embargo, procurando una aplicación más eficaz del texto y evitar interpretaciones disímiles, establece nociones uniformes sobre aspectos básicos.

Derecho de guarda o custodia: A los efectos de la Convención, artículo 5º, el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.

Revisando la relatoría, los Estados negociadores partieron, en general, de una idea compartida. Interpretando el derecho de custodia en un sentido comprensivo, se incluyeron los cuidados y educación del menor, la atención de sus necesidades físicas y educativas, la consideración del hecho de que el padre o la madre trabajen fuera de casa no implica que éste no tiene la guarda del menor.

Especial cuidado se tuvo al mencionar que el derecho de custodia debe haberse atribuido de conformidad con el derecho del Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Al describir cuando se considera traslado o retención ilícitos, el artículo 3º refiere a la atribución del derecho de custodia con arreglo al derecho vigente en el Estado de residencia habitual del menor inmediatamente antes de su traslado o retención. Derecho que puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado. Ello no implica que este derecho de custodia deba necesariamente tener su origen en el derecho del Estado de residencia habitual del menor, o en una decisión de las autoridades judiciales o administrativas de ese Estado. El derecho de custodia, podría haberse atribuido por la autoridades de un tercer Estado y luego ser reconocido por las autoridades del Estado de residencia habitual, de acuerdo con su derecho.

Derecho de visita: Comprende el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente de aquél en que tiene su residencia habitual. El artículo 5º de la Convención adoptó una definición considerando el carácter internacional de la situación regulada, al incorporar la mención de trasladar al menor a lugar distinto de su residencia habitual .

Sumamente ligado a la disolución del vínculo matrimonial, el derecho de visita aparece como contracara del derecho de custodia, ya que normalmente quien no detenta la custodia es quien reclama aquel derecho.

Sometido al derecho del Estado de residencia habitual del menor, el derecho de visita se desprende de una decisión judicial. En nuestro derecho, corresponde al juez familiar, teniendo presente el interés superior de los hijos, determinar las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres.

Traslado o retención ilícitos: Se ha planteado en la práctica si el traslado y retención son nociones distintas o si el desplazamiento puede estar seguido de una retención continuada. En el debate de la Convención se sostuvo que se trata de nociones diferentes.

Al referirse a ambos conceptos, el texto de la Convención los vincula por la conjunción "o", tratándose de conceptos alternativos más que complementarios. Además, se entendió que el traslado se produce si el menor es llevado fuera del Estado donde tiene su residencia habitual, mientras que la retención se da cuando el menor que se encuentra por un tiempo determinado fuera del Estado de su residencia habitual, no es devuelto a éste al final de dicho periodo.¹⁶

Traslado y retención revisten carácter ilícito, de acuerdo con el artículo 3º de la Convención, cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia o que el derecho de custodia se ejercía en forma efectiva al momento del traslado o de la retención o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. La mención del ejercicio efectivo, supone que el padre o la madre que realizan el traslado o retención mantenían un cierto contacto con el menor, mientras la referencia a que se habría ejercido, supone que el padre o la madre no ejercían efectivamente la guarda por el escaso contacto con el menor.

¹⁶ GONZALEZ PEDROUZA CARMEN. Op. Cit. Pág. 19

Residencia habitual: Empleada por primera vez en el Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto de menores, octubre de 1956, la residencia habitual se consolida como principal punto de conexión de los textos relativos a menores, precisamente en la Convención materia de estudio.

Entre los motivos para que la residencia habitual se haya constituido en la conexión fundamental en materia de menores, en primer lugar, se encuentra el hecho de una conexión que rompe la tradicional disyuntiva entre nacionalidad y domicilio, para no entrar a la polémica entre las preferencias de europeos y las preferencias americanas. Un segundo motivo, de naturaleza fáctica, estima que la residencia habitual no necesita ser definida como sucede con el domicilio. La Convención carece de precepto específico sobre residencia habitual, sin señalar concepto alguno, pues se trata de una noción puramente de hecho.

En el ámbito de los menores e incapaces, la residencia habitual se revela como el lugar en que se encuentran efectivamente, reflejando la realidad de la situación, ello puede tener muy poca relación con el Estado del que es nacional o de aquél en que tiene su domicilio legal.

Como punto de conexión, semejante en el domicilio, el carácter móvil es rasgo distintivo de la residencia habitual. Una persona puede variar de residencia habitual. Ante este tipo de factores de conexión, se han establecido criterios para su fijación temporal y así evitar el problema que plantearía la movilidad. En la Convención, se recurrió a la expresión "inmediatamente antes de su traslado o retención". Ese criterio da solución al posible conflicto, determinando como derecho aplicable el de la residencia habitual que tenía el menor en ese preciso momento y no otro, ni anterior, ni posterior.

Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicable en unidades territoriales

diferentes, estados plurilegislativos, toda referencia a la residencia habitual se entenderá hecha a la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado. En consecuencia, toda mención a la ley aplicable del Estado de residencia habitual, se interpretará que se refiere a la ley de la unidad territorial del Estado donde reside habitualmente el menor. El artículo 31º de la Convención, con claro sentido conflictual, resuelve anticipadamente la determinación del derecho aplicable. A ello obedece otorgarle a la residencia habitual el carácter de noción "de hecho".

2.1.3. OBJETIVO

Es claro que la Convención representa un intento a nivel internacional de favorecer el regreso de niños sustraídos o retenidos indebidamente y de prevenir tales sustracciones en el futuro. Según el artículo 1º, la Convención tiene un doble objeto:

a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.

b) Velar porque los derechos de custodia y de visita en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

Ese doble objeto, responde a una solución de compromiso entre dos concepciones: la necesidad de dar solución a situaciones de hecho por una parte, y por otro lado, el deseo de garantizar el respeto de las relaciones jurídicas que se encuentran en la base de esas situaciones fácticas. En realidad, podría afirmarse se trata de un mismo objeto considerado en dos momentos diferentes, el primero, una vez que ya se ha producido la conducta ilícita y el segundo, previamente, desde un ángulo preventivo.¹⁷

¹⁷ GONZALEZ PEDROUZA CARMEN. Op cit. Pág. 20

Mecanismo utilizado por uno de los familiares del menor, para ampararse en una legislación más benévola, a efectos de obtener una decisión favorable con respecto a la custodia, muchos padres trasladan a sus hijos al extranjero. De este modo, se trata de una conducta próxima al fraude a la ley, en cuanto que el padre pretende colocarse bajo una jurisdicción y una ley más accesible a sus fines. Esa conducta, mediante el cambio de factores o circunstancias de conexión, busca manipular los criterios de jurisdicción en beneficio propio.

Ante la hipótesis descrita, la Convención tiene como objetivo restablecer el status quo y evitar la ruptura del principio de igualdad de las partes en el proceso. Si se permitiera que el padre lograra su cometido, concluyendo con éxito el otorgamiento del derecho de custodia por una autoridad y conforme a una ley originalmente no competente y aplicable, la persona titular de ese derecho podría haber carecido del acceso ante el tribunal que decidió la solicitud de custodia realizada por el padre responsable del traslado o retención ilícita.

Garantizar la restitución inmediata de los menores, es alternativa para impedir el fraude a la ley. Requerir a un Estado contratante la restitución del menor, impedirá la existencia de circunstancias que hagan posible el reclamo de jurisdicción por parte de un tribunal no competente y la aplicación de leyes originalmente no aplicables.

Íntimamente relacionados, porque el respeto de uno de ellos tiene como consecuencia el ejercicio del otro dentro de los límites previstos por la ley, el derecho de custodia y el de visita están debidamente cubiertos en la Convención. De finalidad preventiva, mediante el respeto de las decisiones o acuerdos sobre guarda y visita establecidos según la ley de residencia habitual del menor, se compromete a los Estados contratantes a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos.

Si los Estados contratantes respetan los derechos de custodia y de visita vigentes en otro Estado contratante, sin pronunciarse en sentido contrario, será viable garantizar la restitución inmediata del menor. De esa manera, se retira la amenaza de controversias, presumiblemente posibles, si las autoridades del Estado contratante distinto al de la residencia habitual del menor hubiese dado entrada a la solicitud o petición del padre responsable del traslado o retención ilícitos. De ahí el carácter preventivo señalado en el objetivo de la Convención.

2.2. DE LAS AUTORIDADES CENTRALES

Así como el menor es el eje subjetivo en torno al cual gira la Convención, la Autoridad Central es el eje institucional. Es la base del procedimiento de restitución y su carácter cooperativo. Arraigada en diferentes convenios auspiciados por la Conferencia de la Haya, así como en distintas Convenciones Interamericanas, la Autoridad Central cumple en la Convención un rol trascendente, con funciones más amplias de las que tradicionalmente se les habían asignado.

Según lo establece el artículo 6º de la Convención, cada uno de los Estados contratantes designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones adquiridas. Aquellos Estados contratantes, donde estén vigentes más de un sistema de derecho o cuenten con organizaciones territoriales autónomas, tendrán libertad para designar más de una autoridad central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas autoridades. El Estado que haga uso de esta facultad designará la autoridad central a la que puedan dirigirse las solicitudes, con el fin de que las transmita a la autoridad central competente en dichas entidades.

Hemos destacado que la Convención es un convenio de cooperación que busca alcanzar sus objetivos mediante la estrecha colaboración de las autoridades judiciales y administrativas de los Estados contratantes, en especial a través de

las autoridades centrales. De tal suerte, las funciones asignadas por el artículo 7º tienen que ver con esa naturaleza cooperativa, se trata, en su primera parte, de funciones que la Autoridad Central deberá cumplir directamente en su calidad de “catalizador” para la pronta restitución del menor, mientras que en la segunda parte, se trata de medidas apropiadas que la Autoridad Central deberá adoptar, ya sea directamente o a través de un intermediario, medidas delegables, entre las cuales se citan:

a) Localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita. Corresponde a las autoridades centrales de los Estados contratantes solicitar la participación de otras instancias a fin de cumplir la función descrita, normalmente se apoyan en dependencias responsables de los cuerpos de seguridad y policía.

Cabe destacar que la Convención no contiene normas específicas sobre el procedimiento de localización de menores. Según el precepto comentado, la localización debería producirse por medio de un mecanismo de cooperación no sólo entre autoridades centrales, sino también entre las demás autoridades competentes.

b) Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales. Dicha obligación consiste en tomar medidas de protección del menor, desde el punto de vista físico y/o psíquico, medidas que pueden ordenarse por autoridades judiciales a solicitud de las partes interesadas, como son evitar nuevos traslados del menor.

c) Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable. Retomada por el artículo 10º, se pretende flexibilizar la interpretación de la Convención y, en su caso, alcanzar una solución extrajudicial. Será la Autoridad Central quien valorará si los intentos para obtener la restitución voluntaria han fracasado y corresponde acudir a la vía judicial.

d) Intercambiar información relativa a la situación social del menor. A manera de decidir correctamente sobre la restitución del menor, las autoridades involucradas habrán de conocer si la situación permite atender los requerimientos respectivos. El conocimiento de la situación social es indispensable para tomar las decisiones pertinentes.

e) Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación de la Convención. Mientras que en el inciso anterior la obligación de informar se refiere a la persona del menor, en este inciso, esta enfocada a una cuestión objetiva, apunta a la información sobre la determinación del derecho de guarda en el Estado de residencia habitual. Al no especificar el destinatario, puede entenderse que la información se brinda tanto a autoridades judiciales o administrativas como a otra Autoridad Central.

f) Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita. Tratándose de un convenio de cooperación, la Convención debe atender lo dispuesto por el derecho interno de los Estados contratantes, en ese sentido, este deber estará obviamente supeditado a que lo permita la legislación del Estado al que pertenece la Autoridad Central requerida.

g) Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluyendo la participación de un abogado. Previendo la carencia de recursos en el actor, el artículo 25º de la Convención establece que "los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residan habitualmente en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación de la presente Convención, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran

nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado". Corresponde a las autoridades centrales verificar el cumplimiento de la obligación descrita.

h) Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado. Relacionada con el artículo 13º, la obligación no invade la competencia de la autoridad judicial. De acuerdo con el texto, se tuvo mucho cuidado en reconocer que la autoridad judicial, incluso una administrativa, podrán negar la restitución del menor si se demuestra existe grave riesgo que lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

Por encima del ejercicio del derecho de custodia o del derecho de visita se ha colocado el "interés superior del menor". Si ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante requerido, queda demostrada la existencia de un peligro por la restitución del menor, podrá ser negada sin responsabilidad alguna. La obligación de garantizar la restitución, sólo corresponde ante la ausencia de un peligro para el menor.

i) Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a su aplicación. Recordando que los tratados deben cumplirse de buena fe, corresponde a los Estados contratantes hacer lo posible para asegurar el cumplimiento del objeto y fines perseguidos.

Es oportuno resaltar que en la tercera reunión de la Comisión Especial, se convino en la necesidad de reconocer, dentro de los límites impuestos por la legislación de cada país, la obligación de asegurarse que los órganos de protección a la infancia estén prevenidos y puedan actuar para proteger el bienestar del menor, hasta que, según el caso, actúe el tribunal competente.

Asimismo, se entendió que las autoridades centrales deberán cooperar proporcionando información sobre asistencia social y financiera y sobre otros posibles mecanismos de protección, y permitir que ambos padres participen en el procedimiento de guarda del menor, teniendo en cuenta su interés superior.¹⁸

2.3. PROCEDIMIENTO DE LA RESTITUCION DEL MENOR

Previsto en el capítulo III, de los artículos 8º al 20º, la Convención describe el procedimiento relativo a la restitución del menor. Se ha destacado el interés de establecer un procedimiento simplificado, de carácter autónomo y cooperativo, con el fin de lograr la inmediata restitución del menor.

2.3.1. DE LA SOLICITUD

De conformidad con el artículo 8º, puede solicitar la restitución “toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia”. Aparentemente, en una interpretación literal del precepto, cualquier persona física o jurídica que sostuviera ha ocurrido un traslado o retención ilícito podría acudir a las autoridades competentes. Sin embargo, un análisis completo del artículo permite apreciar que el alcance no es tan amplio.

En efecto, cuando el artículo 8º señala los requisitos exigidos en la solicitud, es necesario que el solicitante manifieste los motivos donde basa su reclamación. Por supuesto, quien tiene motivos para iniciar el procedimiento es, primordialmente, quien ejerce el derecho de custodia del menor. A mayor abundamiento, cuando el artículo 3º califica como ilícito un traslado o retención, lo hace considerando la infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, institución u organismo. No obstante, se carece de una interpretación unívoca al respecto, para ciertos autores no es necesario exigir

¹⁸ GONZALEZ PEDROUZA CARMEN. Op cit. Pág. 23

que sea el titular del derecho de custodia o quien pretenda ser titular del derecho de custodia, quien deba iniciar la acción.

Ante la Autoridad Central de la residencia habitual del menor o la de cualquier otro Estado contratante, en situación de asistencia, podrá dirigirse la solicitud. Es interesante la manera como la Convención resuelve el tema de la jurisdicción. En principio, corresponde a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor recibir toda solicitud de restitución, pero al permitir que la Autoridad Central de cualquier otro Estado contratante pueda recibirla, se convierte la jurisdicción prácticamente en universal, con el único límite de que se trate de un Estado contratante. Esas otras jurisdicciones no funcionan como competencia de urgencia, sino que tienen un carácter completamente regular debido al sentido cooperativo del convenio.

El hecho de presentar la solicitud ante una Autoridad Central, no excluye la posibilidad de acudir directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante para iniciar el procedimiento, el artículo 29º permite a cualquier persona, institución u organismo que alegue ha sido violado el derecho de custodia o el derecho de visita, pretenda reclamar la restitución ante autoridades distintas a la Autoridad Central, siempre que sean competentes. En este último caso, el solicitante tendría la desventaja de no acceder a los beneficios establecidos por el artículo 26º en materia de gastos, ya que tal precepto determina la obligación a cada Autoridad Central de sufragar sus propios gastos en la aplicación de la Convención.

Para el trámite pertinente, según el artículo 8º, la solicitud de restitución del menor deberá incluir:

a) Información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega ha sustraído o retenido al menor. Información necesaria para

determinar la relación familiar entre el menor, el solicitante y el responsable del traslado o retención.

b) Fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla. Dato fundamental relacionado con el ámbito personal de la Convención, toda solicitud sólo es procedente respecto de menores de 16 años.

c) Motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor. Básico resulta probar la existencia de un elemento jurídico: el derecho de custodia atribuido con arreglo al derecho de la residencia habitual, así como un elemento fáctico: el ejercicio efectivo del derecho o el no haberlo ejercido en virtud del traslado o retención ilícito.

d) Toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone está el menor. En un gran número de casos se ignora el paradero preciso del menor pero se tienen datos suficientes para ubicarlo.

Complementar la solicitud y acompañarla de pruebas documentales pertinentes, es el contenido de la parte final del artículo 8º, mencionando:

e) Una copia autenticada de toda decisión o acuerdo pertinentes. Se refiere, por ejemplo, a la copia auténtica de la decisión o acuerdo por los que se atribuye la guarda del menor a favor de quien solicita la restitución, con el fin de probar el elemento jurídico ya aludido.

f) Una certificación o declaración jurada expedida por una autoridad central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado. Para determinar que la atribución del derecho de custodia se realizó ajustada al orden jurídico del Estado de residencia habitual del

menor, es necesario exhibir la documentación oficial correspondiente. En virtud de la multiplicidad de sistemas jurídicos, debido al derecho interno de los Estados contratantes, la Convención permite utilizar mecanismos diversos en la certificación de la documentación requerida.

g) Cualquier otro documento pertinente. Puede agregarse todo tipo de prueba documental considerada suficiente, documentos que permitan comprobar la fecha de traslado o retención ilícitos, a efectos de verificar que el mismo se produjo con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención y demostrar que la solicitud se ha presentado en los plazos y condiciones exigidos.

Adicionalmente, el artículo 28º, una autoridad central podrá exigir que la solicitud vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del solicitante o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre. Práctica común empleada en otros convenios internacionales, en razón a la posible exigencia de apersonarse ante autoridades competentes en el Estado contratante requerido. Tal es el caso de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.

Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en la Convención o que la solicitud carece de fundamento, artículo 27º, una autoridad central no estará obligada a aceptarla. En ese caso, informará inmediatamente sus motivos al demandante o a la autoridad central trasmisora de la solicitud. A efectos de facilitar la presentación de la solicitud, ha proliferado la utilización de formularios tipo que contienen las informaciones necesarias.

Comprometidas en un ámbito de cooperación, las autoridades centrales mostrarán buena disposición respecto a las solicitudes recibidas. Conforme el artículo 30º, toda solicitud presentada a las autoridades centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante de conformidad con los términos de la Convención, junto con los documentos o

cualquier otra información que la acompañen o que haya proporcionado una autoridad central, será admisible ante los tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados contratantes.

Tomando en cuenta que el tiempo es factor determinante, la autoridad competente del Estado requerido ordenará la restitución inmediata del menor, siempre que no haya transcurrido más de un año entre el momento en que se produce el traslado o retención ilícito y el inicio de la acción ante la autoridad judicial o administrativa de dicho Estado. El plazo de un año, artículo 12º, debe computarse al momento de iniciarse la acción ante las autoridades del Estado requerido, no obstante, por no constituir un plazo de caducidad, el vencimiento del año no impide la interposición de la solicitud y aún la disposición de la inmediata restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo domicilio.

2.3.2. DEL PROCEDIMIENTO

Si la Autoridad Central que recibe una solicitud, tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante, transmitirá la solicitud directamente y sin demora a la Autoridad Central de ese Estado e informará, en su caso, al solicitante. La disposición contenida en el artículo 9º busca la pronta diligenciación de la solicitud.

Es probable que la solicitud se presente ante la Autoridad Central de un Estado contratante distinto de aquél donde se encuentra el menor, en este caso, la Autoridad Central que recibe la solicitud deberá informarlo a la Autoridad Central requirente, pero ello no implica pasar por alto la obligación de transmitir la solicitud de restitución a la autoridad central que corresponda. Tal como lo afirma la doctrina, 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.

Apegada a la Convención, artículo 10º, la solicitud compromete a la Autoridad Central del Estado contratante donde se encuentra el menor, a adoptar o hacer que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor. Teniendo en cuenta las dificultades derivadas de algunos sistemas jurídicos para aceptar este tipo de actuación por la Autoridad Central, se trata de una obligación que no es rígida, las medidas para obtener la entrega voluntaria del menor pueden continuar una vez iniciada la acción ante las autoridades judiciales o administrativas correspondientes. Si corresponde a la Autoridad Central decidir en que momento puede considerarse que las gestiones en este sentido han fracasado.

En la práctica, las autoridades centrales han adoptado diversas medidas para obtener la devolución voluntaria del menor. Mientras que en algunos estados la difusión del caso a través de los medios locales se ha revelado como mecanismo útil, en otros países, se han inclinado por poner en marcha el procedimiento judicial una vez recibida la solicitud, tomando medidas en favor de la entrega voluntaria del menor.¹⁹

Debemos reiterar que la restitución es el criterio orientador del convenio, en ese sentido, el artículo 11º obliga a las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes a actuar con urgencia en los procedimientos para la restitución de menores. Por tal motivo, si en un plazo de seis semanas, a partir de la fecha de inicio del procedimiento, la autoridad judicial o administrativa no hubieran llegado a una decisión, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido tendrán derecho a pedir una aclaración sobre las razones de la demora, la respuesta habrá de comunicarse a la Autoridad Central requirente. Es probable que la autoridad judicial o administrativa hubiera carecido, por las circunstancias

¹⁹ GONZALEZ PEDROUZA CARMEN. Op cit. Pág. 29

del caso, de los elementos suficientes para resolver antes del plazo indicado, como probable es que la restitución no proceda por alguna de las excepciones previstas.

Conforme el artículo 13º, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor, si la persona, institución u otro organismo que se opone a la restitución demuestra la procedencia de alguna de las excepciones hechas valer. En la práctica, las excepciones previstas por el precepto han sido muy a menudo invocadas en las cortes. Como puede observarse, la norma brinda la posibilidad a la autoridad judicial o administrativa requerida de rechazar la restitución, si quien se opone acredita que:

a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.

Mientras que el solicitante de la restitución sólo debe establecer que se ha violado el derecho de guarda, quien se oponga a ella, además de demostrar el no ejercicio efectivo del derecho de custodia, deberá convencer a la autoridad judicial o administrativa sobre la procedencia de sus alegatos. La Convención está construida sobre la presunción de que la persona titular del derecho de custodia ejerce efectivamente la guarda del menor. Esa presunción deberá ser destruida por quien se opone a la restitución, la carga de la prueba corresponde a quien haga valer la excepción.

Una segunda excepción derivada del mismo párrafo a) del artículo 13º, se refiere al consentimiento o aceptación posterior del traslado o retención del menor. En el mismo sentido a la anterior, la carga de la prueba corresponde a quien haga valer la excepción, debiendo demostrar que quien solicita la restitución consintió o

aceptó el traslado o retención, en ese caso, se estaría determinando que en realidad no hubo traslado o retención ilícito en los términos del artículo 3°. No es fácil acreditar que el traslado o retención son consentidos, el argumento más sólido para soportar la teoría de la aceptación es el vencimiento del plazo de un año para establecer la demanda de restitución.

Ha sido común que los responsables del traslado o retención ilícitos opongan las excepciones aludidas, intentando demorar el procedimiento de restitución y obligar a la autoridad judicial requerida a entrar en la cuestión de determinar si un individuo tenía el derecho de guardia sobre el menor en el momento del traslado.

b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

Otra hipótesis excepcional, es la existencia de un grave riesgo para el menor a consecuencia de su restitución. Mientras que las excepciones del párrafo anterior se dirigen a quien ejerce el derecho de custodia y guarda, la excepción del párrafo b) se refiere a la persona del menor. En este caso, no se cuestiona la ilicitud del traslado o retención, el cuestionamiento es sobre el retorno del menor al lugar de su residencia habitual.

Partiendo de la protección a la persona del menor, quien se oponga a la restitución deberá demostrar la existencia de un riesgo grave, habrá de probar que el retorno expone al menor a un peligro físico o psíquico, no basta el simple temor.

En cuanto al peligro físico, podría consistir en la exposición del menor a una epidemia existente en el Estado de residencia habitual, en la imposibilidad de continuar un tratamiento llevado a cabo en el Estado de residencia actual o cualquier otra situación que perjudique la salud del menor. El daño psíquico,

comprende todo trastorno de orden emocional derivado de la separación de uno de sus padres.

Resulta difícil de determinar la "situación intolerable" aludida en la parte final del párrafo, podría encuadrarse fuera de las hipótesis incluidas en el peligro físico o psíquico. Sobre el particular, los expertos reunidos en la Tercera Comisión Especial consideraron a esta norma una disposición sumamente sensible y que debería aplicarse en forma restrictiva y excepcional, mal utilizada podría arruinar la eficacia del Convenio. En todas las situaciones relativas a la "situación intolerable" habría de estar al caso concreto.²⁰

Concebidas para ser aplicadas en raras ocasiones, las excepciones del inciso b) del artículo comentado son las más utilizadas en los tribunales, debido a estar más cerca de permitir a una autoridad judicial examinar las bases del caso. En virtud de que la legalidad del derecho de custodia no puede ser discutida por la autoridad requerida, los responsables del traslado o retención aluden frecuentemente al peligro que la restitución pudiese representar para el menor. A menudo, los padres que tratan de impedir el regreso del menor alegan lo inevitable de un daño psicológico, deducido del cambio de ambiente, situación que no tomaron en cuenta cuando decidieron llevar a cabo el traslado o retención ilícitos.

Podrá negarse la restitución sin mediar solicitud de parte, cuando de la propia manifestación de voluntad del menor surge o se puede comprobar que éste se opone a la restitución. Según el penúltimo párrafo del artículo 13º, si el menor ha alcanzado una edad y un grado de madurez apropiado para tener en cuenta sus opiniones, la autoridad judicial o administrativa podrá negarse a ordenar la restitución si comprueba que el propio menor se opone a ella. Al no existir criterios preestablecidos sobre el momento en que se alcanza la madurez, corresponde a la autoridad judicial determinar, caso por caso, si el menor reúne los requisitos exigidos para ello.

²⁰ GONZALEZ PEDROUZA CARMEN. Op cit. Pág. 32

Existen otras situaciones donde la autoridad judicial podrá denegar de oficio la restitución. El artículo 20º consagra una causal no apoyada en aspectos subjetivos relativos a la conducta de los padres o a la protección del menor, se trata de una excepción de carácter objetivo que permite denegar la restitución cuando “no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

Para poder rehusar una restitución sobre la norma aludida, no basta que la restitución sea incompatible con dichos principios, será necesario que los principios fundamentales en la materia adoptados por el Estado requerido no lo admitan en ningún sentido. En ese supuesto, estamos ante una reserva similar a la de orden público internacional, aún cuando más acotada, no será cualquier principio de derecho del Estado requerido el que pueda llegar a detener la restitución, sólo serán aquellos relativos a los derechos humanos y libertades fundamentales.

En el texto de la Convención no se contiene plazo dentro del cual deban interponerse las excepciones. No obstante, tomando en cuenta la urgencia de los procedimientos de restitución, deberá hablarse de plazos breves, correspondiendo al derecho del Estado requerido determinarlos.

Antes de resolver sobre la restitución, artículo 14º, la autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido habrán de determinar la existencia de un traslado o retención ilícitos, para ello, podrán tener en cuenta la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, reconocidas formalmente o no en el Estado de residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras. Se trata de una norma de vital importancia desde el punto de vista práctico, por una parte, establece la vigencia del derecho extranjero

sin necesidad de probarlo, por otro lado, determina la eficacia de la sentencia extranjera sin pasar por ninguno de los requisitos establecidos en el derecho interno del Estado requerido para su reconocimiento.

A fin de cerciorarse sobre el traslado ilícito, las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, previo a emitir una orden para la restitución del menor, podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto por el artículo 3º de la Convención, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Dicha posibilidad, prevista en el artículo 15º, está destinada a salvar las posibles dificultades de las autoridades requeridas para decidir sobre la entrega del menor. A mayor información sobre el ejercicio efectivo del derecho de custodia, mayor facilidad tendrán las autoridades requeridas para resolver la restitución. Las autoridades centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible para prestar asistencia al solicitante y obtenga una decisión o certificación de esa clase.

2.3.3. AUTONOMIA DEL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCION

Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante donde haya sido trasladado o donde esté retenido ilícitamente el menor, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia. La Convención enfoca la cuestión de la autonomía del procedimiento de restitución con respecto a la custodia desde tres puntos de vista:

- 1.- Según el artículo 19º, una decisión adoptada en virtud de la Convención sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia. El hecho de que las autoridades del Estado requerido dispongan el

regreso del menor, no implica en modo alguno, pronunciarse sobre el derecho de custodia.

En todo caso, es intención de la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido restablecer el status quo, modificado por la intervención de la voluntad de quien no detentaba la guarda del menor en ese momento y que, mediante una conducta ilícita ha pretendido obtener una decisión favorable, manipulando la competencia internacional de los tribunales involucrados. Queda claro que el derecho de custodia no es materia de la Convención.

2.- La decisión sobre la custodia no puede interferir en el procedimiento de restitución. En el supuesto de que se encuentre pendiente la decisión sobre el derecho de custodia en el Estado de residencia habitual del menor, bastará haber informado del traslado o retención ilícitos, para que las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido, se abstengan de adoptar cualquier decisión sobre el derecho de custodia.

Con apoyo en el artículo 16º, la Convención confirma que la restitución tiene una finalidad instrumental, mientras el procedimiento que decide el derecho de custodia es una cuestión de fondo. Por esa razón, aún no resuelta la cuestión de fondo, debe tramitarse y resolverse el aspecto instrumental.

3.- Atendiendo una solución de compromiso, no se obstaculizará el retorno de un menor, con el único motivo de que exista una resolución previa sobre la custodia en el Estado requerido. El sólo hecho de que una decisión relativa a la custodia haya sido dictada o susceptible de ser reconocida en el Estado requerido, no podrá justificar la negativa para restituir a un menor.

Reforzando la idea del artículo 16º, el precepto contenido en el artículo 17º se refiere a una situación donde ya se ha dictado una decisión respecto el derecho de custodia en el Estado requerido o exista una decisión que pueda ser

reconocida. Se pretende que la decisión sobre la custodia, originada de una operación ilícita, no impida el restablecimiento de la normalidad por medio de la devolución del menor. Sin embargo, no se trata de una solución de carácter absoluto, en cada caso, las autoridades judiciales o administrativas, podrán tener en cuenta las circunstancias en que se ha dictado la decisión sobre el fondo, siempre tomando en cuenta el "interés superior del menor".

Así como la Convención no regula el derecho de custodia, tampoco lo hace respecto al derecho de visita. No obstante, uno de los objetivos es el respeto del citado derecho. La inclusión de esta cuestión de fondo considera la estrecha relación existente entre ambos.

Únicamente consagrado en el artículo 21º, se protege el derecho de visita a través de una remisión a las disposiciones sobre la solicitud de restitución. Precisamente, el primer párrafo de éste artículo dispone que una solicitud cuyo fin sea la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita, podrá presentarse en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor, se remite así al artículo 8º.

Para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto, las autoridades centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos que lo limiten. Se reafirma una vez más la necesidad de cooperación entre las autoridades centrales.

Es posible existan casos donde sea necesario proteger el ejercicio del derecho de visita, aún sin existir un desplazamiento o traslado ilícito. Por citar un ejemplo, la autoridad judicial del Estado requerido que rehúse el retorno del menor, puede tomar una decisión sobre el derecho de visita, en la medida que ese Estado constituya la nueva residencia habitual del menor.

A diferencia de la protección del derecho de custodia, el ejercicio efectivo del derecho de visita depende más de la buena voluntad de las personas involucradas que de la existencia de normas jurídicas formales. A mayor abundamiento, el carecer de la guarda del menor, obliga al titular del derecho de visita a desplazarse, normalmente, al lugar de residencia del menor, de tal suerte, el ejercicio de este derecho depende del interés que tenga el titular por su ejercicio.

2.3.4. ENTREGA DEL MENOR

Para concluir el procedimiento, habrá de resolverse a cual Estado debe ser restituido el menor. En nuestra opinión, el menor deberá ser restituido al Estado de su residencia habitual al tiempo de producirse el traslado o retención ilícitos, excepción hecha en los casos de no proceder la restitución por riesgo o peligro grave. Sin embargo, es necesario tener en cuenta si el familiar solicitante ha cambiado de residencia, en cuyo caso, el menor debería ser enviado al Estado donde éste se encuentre.

Puede parecer absurdo que la Convención no contenga precepto alguno sobre como llevar a cabo la entrega del menor. En su descargo, pudiera interpretarse que el artículo 10º concede a la Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor la facultad de adoptar todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución del menor. En ese sentido, decidirá la Autoridad Central requerida el mecanismo para entregar al menor a las autoridades competentes del Estado requirente. Bajo esa postura, no es necesario describir un operativo preciso que debiera observarse en la entrega de la persona del menor.

Otra opinión manifiesta lo contrario y afirma la necesidad de que la Convención debió describir un mecanismo para la entrega del menor, detallando:

- a) La autoridad competente para realizar la entrega
- b) La autoridad encargada de recibir al menor
- c) La posibilidad de que el solicitante sea quien reciba al menor
- d) El lugar donde habría de realizarse la entrega del menor
- e) Las medidas pertinentes a observarse durante la entrega

Reforzando esa opinión sobre la necesidad de haber regulado la entrega del menor, se argumenta que la Convención debió precisar las condiciones de dicha entrega y no dejarla a discreción de las partes.

2.4. DISPOSICIONES GENERALES

Contenidas en el capítulo V, de los artículos 22° al 36°, las disposiciones generales, por un lado, aclaran ciertos aspectos del procedimiento, por otro, determinan la forma de aplicación del convenio.

De acuerdo con el artículo 22°, no podrá exigirse fianza o depósito para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en la Convención. Esta solución recoge el principio de igualdad de trato procesal, incorporado en el derecho positivo de varios países. Conforme dicho principio, se otorga al litigante extranjero el mismo trato que correspondería a los nacionales.

En la misma línea, el artículo 25° destaca que los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residen habitualmente en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación de la Convención, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado. Apoyado en la reciprocidad, se refiere a un compromiso en el ámbito de la seguridad jurídica.

Procurando facilitar su aplicación, se prevé en la Convención exonerar del requisito de legalización u otras formalidades análogas. Se presume que desde el momento de tramitar las solicitudes de restitución por conducto de las autoridades centrales, se garantiza la autenticidad de la documentación transmitida. El hecho de transmitir las solicitudes de cooperación por una vía oficial como la Autoridad Central, hace innecesario el requisito de la legalización. Interpretando el artículo 23º, es la propia vía de transmisión la que oficializa a la solicitud y documentos que la acompañan.

Toda solicitud, comunicación u otro documento que se envíe a la Autoridad Central del Estado requerido se remitirá en el idioma de origen e irá acompañado de una traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado requerido. La traducción al idioma oficial del Estado requerido deberá observar los requisitos establecidos en materia de traducción por ese Estado. Cuando la traducción sea difícilmente realizable, bastará la traducción al francés o al inglés.

Al igual que el artículo 26º, el artículo 24º puede ser objeto de reserva. En el caso de este artículo, un Estado contratante podrá oponerse a la utilización del francés o del inglés, pero no de ambos idiomas, en toda solicitud, comunicación o cualquier otro documento enviado a la Autoridad Central.

Cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación de la Convención. Por lo tanto, ninguna Autoridad Central podrá reclamar a otra el reembolso de los gastos en que hubiere incurrido. Es intención del artículo 26º que cada Autoridad Central soporte sus propios gastos de aplicación del Convenio, extendiendo el compromiso a los gastos generados por el procedimiento judicial, incluyendo los derivados de la participación de abogados y asesores.

Respecto al segundo párrafo del artículo 26º, su redacción generó una intensa discusión. Se enfrentaron, por una parte, la posición de quienes sostenían

la gratuidad absoluta en el ámbito del Convenio, por otra, la de quienes apoyaban la solución contraria. A efecto de preservar la aprobación del Convenio por la mayor cantidad posible de Estados, se alcanzó una solución de compromiso. Las autoridades centrales y otros servidores públicos de los Estados contratantes no impondrán cargo alguno en relación con las solicitudes presentadas, ni exigirán al solicitante ningún pago por las costas y gastos del proceso. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que deban originarse por la restitución del menor.

Mediante la formulación de una reserva, cumpliendo la formalidad descrita en el artículo 42º, un Estado contratante podrá declarar que no estará obligado a asumir ningún gasto de los mencionados en el párrafo anterior que se deriven de la participación de abogados o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por su sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

Finalmente, el párrafo cuarto del artículo 26º consagró una norma de carácter facultativo para las autoridades, que puede constituir un mecanismo de disuasión para quien pretenda trasladar o retener ilícitamente a un menor. En efecto, al ordenar la restitución de un menor, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer que la persona responsable del traslado, retención o impedimento del ejercicio del derecho de visita, cubra los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viaje, todos los costos y pagos efectuados para localizar al menor, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de restitución del menor.

Previendo la aplicación sucesiva de tratados concernientes a la misma materia, el artículo 34º determina la prioridad de la Convención en las materias incluidas en su ámbito de aplicación. En este caso, se hace referencia expresa a la Convención del 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la

ley aplicable en materia de protección de menores. Por lo demás, la Convención no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para regular el derecho de visita. Se trata de una disposición que busca la compatibilidad con otros instrumentos que persiguen el mismo objetivo.

Nada de lo dispuesto en la Convención impedirá que dos o más Estados contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución del menor, acuerden mutuamente la derogación de algunas de sus disposiciones que podrían implicar esas restricciones. El artículo 36º admite la posibilidad de suspender la aplicación de ciertas disposiciones del Convenio, entre algunas de sus partes únicamente, siempre que no se afecte el objeto y fin de la Convención y no se alteren los derechos y obligaciones de los demás Estados contratantes.

2.5. CLAUSULAS FINALES

Abierta en principio a la firma de los Estados miembros de la Conferencia de la Haya, se trata de un convenio abierto con cierta peculiaridad, admite a cualquier Estado que desee adherirse a la Convención, pero la adhesión sólo tendrá efecto en las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar la adhesión. Esa declaración, según el artículo 38º, habrá de ser formulada por cualquier Estado miembro que ratifique, acepte o apruebe la Convención después de una adhesión.

Si un Estado contratante tiene dos o más unidades territoriales en las que se aplican sistemas de derecho distintos en relación con las materias de la Convención, artículo 40º, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus

unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas, pudiendo modificar esta declaración en cualquier momento.

Una novedad de la Convención esta contenida en el artículo 41º, cuando un Estado contratante tenga un sistema de gobierno en el cual los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial estén distribuidos entre las autoridades centrales y otras autoridades dentro de dicho Estado, la ratificación de la Convención no implicará consecuencia alguna en cuanto la distribución interna de los poderes de ese Estado. La idea que se pretende reafirmar con esta norma, es que corresponde al derecho interno establecer las atribuciones de cada uno de los poderes del Estado.

Todo Estado contratante podrá formular una o las dos reservas previstas en la Convención. Hemos mencionado que sólo el artículo 24º y el tercer párrafo del artículo 26º admiten posibilidad de reserva, misma que deberá formularse a más tardar en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en el momento de formular una declaración conforme lo dispuesto en el artículo 40º. De acuerdo al texto del Convenio no se permite ninguna otra reserva. Asimismo, en el segundo párrafo del artículo 42º, se contempla la posibilidad de retirar la reserva, notificando en todo momento al depositario el Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Para su entrada en vigor, el artículo 43º dispuso dos condiciones, la primera, un mínimo de tres ratificaciones, la segunda, el transcurso de cierto tiempo. Bajo esta regla, la Convención entra en vigor para los Estados el primer día del tercer mes calendario siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Es posible retirarse de la Convención en cualquier momento y sin responsabilidad, el artículo 44º admite la denuncia bajo ciertas condiciones. La Convención permanecerá en vigor durante cinco años a partir de la fecha de su

entrada en vigor, si no hubiera denuncia se renovará tácitamente cada cinco años. Toda denuncia será notificada al depositario, por lo menos, seis meses antes de la expiración del plazo de cinco años.

Como todo convenio internacional, el éxito de la Convención depende de la voluntad política y el convencimiento de los Estados contratantes. A pesar de ser la que cuenta con el mayor número de ratificaciones y adhesiones entre todos los textos sobre menores aprobados en el ámbito de la Conferencia de la Haya, una limitación grande para su eficacia es el número de Estados no contratantes a los cuales no se aplica. Todavía existen muchos "Estados paraíso" donde los sustractores llevan a los niños y los parientes requirentes que tienen el derecho de custodia, deben llevar a cabo un juicio para determinar la custodia en un país extranjero, si es que se localiza al niño. Un individuo no tiene ningún recurso bajo la Convención cuando el menor es sustraído de un Estado no parte.

Un Estado no signatario pudiera carecer de razón para ratificar la Convención, mientras existan Estados partes que resuelven favorablemente la restitución, aún cuando el requirente no ha suscrito el Convenio. Las cortes del Reino Unido de la Gran Bretaña han decidido aplicar los principios de la Convención para ordenar el regreso de un niño a Estados no partes. Considerando que es lo más apropiado para los niños, las cortes británicas han resuelto conceder la restitución de un menor aún sabiendo que la falta de reciprocidad impedirá al Estado requirente devolver la cortesía recibida.²¹

Estimando quienes son los Estados partes de la Convención, es posible apreciar que el sistema jurídico en ellos es relativamente homogéneo, en cuanto a las instituciones protectoras de la familia y el menor. Esa falta coincidencia en otros Estados, reduce la posibilidad de adherirse. En efecto, los países con sistemas jurídicos distintos y normas sociales diferentes tienen menor probabilidad

²¹ TARDIF ERIC. Revista de la Universidad Marista. Centro Universitario México año 3, núm. 13, Enero 1998. Pág. 28

de incorporarse. Incrementar la eficacia de la Convención dependerá de convencer a un mayor de esos Estados.

Contar con la colaboración de la autoridades judiciales o administrativas competentes para adherirse al espíritu de la Convención y negarse a interpretar sus limitaciones, es imprescindible. Aunque ordenar el regreso de un menor a un país extranjero debe ser difícil para un juez, solo una estricta adhesión a los objetivos y métodos de la Convención podrá asegurar el regreso a casa de un mayor número de niños.

CAPITULO III.- APRECIACIONES EN TORNO A LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Siguiendo la tendencia moderna del Derecho Internacional Privado, de regular un tema como una subcategoría específica con perfiles propios, distinta de otras, la restitución internacional de menores se ha apartado de la discusión sobre temas como derecho de custodia, patria potestad, tutela y curatela. Debido a su propia especialidad, en el Comité Jurídico Interamericano se decidió avocar esfuerzos a la elaboración de un tratado dirigido particularmente a ese tema.

Esta necesidad de regular la categoría, ya expresada en el primer capítulo de la presente investigación, fue subrayada en el voto razonado del Dr. Galo Leoro Franco, miembro del Comité Jurídico Interamericano, en el que manifiesta la importancia de una Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, apartándola de otros temas. En virtud de una progresiva internacionalización y dispersión internacional del núcleo familiar, producto de la incidencia de diversas variables, estima urgente atender la restitución de un menor separado forzosamente de su núcleo familiar como consecuencia de un traslado o retención ilícitos.²²

Al no existir en el continente americano regulación multilateral específica sobre el tema, ya que los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 sobre Derecho Civil Internacional sólo de modo genérico atienden la protección del incapaz en los títulos "De la Patria Potestad" y "De la Tutela y Curatela", la Asamblea General de la Organización de Estado Americanos (OEA), en reunión celebrada en Cartagena de Indias en diciembre de 1995, por resolución N° 771, convocó a la IV Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP IV), aprobando el temario correspondiente, de conformidad con las

²² ALVAREZ COZZI CARLOS. Restitución Internacional de Menores. Edición 1998. Pág. 72

prioridades indicadas por los gobiernos de los Estados Miembros, quedando de la siguiente manera:

- 1) Secuestro y Restitución Internacional de Menores
- 2) Transporte Terrestre
- 3) Contratación Internacional
- 4) Obligaciones Alimentarias

En cuanto al título de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, hemos destacado que se eliminó toda connotación de carácter penal, tal como el secuestro u otros, regulando únicamente cuestiones civiles, pretendiendo una eficaz cooperación judicial internacional a fin de obtener la rápida restitución de menores. Al igual que la Convención de la Haya comentada en el capítulo anterior, se destacó la improcedencia de resolver el problema por la vía penal.

Con un total de 38 artículos, la Convención Interamericana no se encuentra estructurada en capítulos, sin embargo, por su semejanza en el contenido adoptaremos el método utilizado en el análisis de la Convención de la Haya, para describir este Convenio.

3.1. AMBITO DE APLICACION Y OBJETIVOS

3.1.1. AMBITO DE APLICACION

Como en todo acuerdo internacional, es capital definir el ámbito de aplicación de la Convención. Tomando como referencia su denominación, atiende exclusivamente los aspectos civiles del traslado o retención de menores quedando al margen de su regulación todo lo relativo a traslados delictivos, secuestro y tráfico internacional de menores. Temas que por su gravedad podrían entorpecer la inmediata devolución del niño.

Atendiendo el artículo 30º, no queda restringido su ámbito espacial de aplicación. Se admite la adhesión de cualquier otro Estado, aún si carece del carácter de miembro de la Organización de Estados Americanos. En un principio, artículo 28º, la Convención está abierta a la firma de los países miembros de la O.E.A., pero bastará el depósito del instrumento de adhesión ante el Secretario General del Organismo para extender sus efectos a otros Estados.

Compartiendo el punto de vista de la Convención de la Haya, en cuanto al ámbito personal, el artículo 2º tiene como vértice la figura del menor. Para los efectos de la Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido 16 años de edad. Como se observa, es una norma material sobre calificación del menor, sin embargo, dicha calificación no prejuzga, ni modifica el límite de la mayoría de edad que cada país pueda adoptar al respecto.

Ciertos países pretendían que la minoridad se debía haber reservado a la ley de residencia habitual del menor, posición que no fue aceptada en virtud de las enormes dificultades que ello entrañaba, generando obstáculos para garantizar una rápida y eficiente aplicación de la Convención.

Al igual que la Convención de la Haya, en cuanto al ámbito personal, es necesario estimar la figura del titular del derecho de custodia o de visita. De no existir violación al ejercicio efectivo de los derechos aludidos, no se configura el traslado o retención ilícitos, supuesto básico para la aplicación del Convenio. El artículo 4º, al describir un traslado o retención ilegal, destaca la violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

Insistiendo en la similitud, el artículo 9º de la Convención Interamericana alude indirectamente a la persona que retiene, al tratar lo relativo a la solicitud de

restitución, establece que se podrá incluir información suficiente sobre la persona a quien se imputa el traslado o la retención. Referencia fortalecida en el artículo 11º, cuando permite a aquella persona oponerse a la restitución demostrando la procedencia de las excepciones contenidas en el precepto.

En su ámbito temporal, comprende dos problemas básicos: cuando comienza y cesa en su vigencia una fuente determinada y cuando deben ocurrir los hechos para que la fuente se aplique. En este último supuesto se suele hablar de derecho transitorio o derecho intemporal, retroactividad o irretroactividad.

No está a discusión la entrada en vigor del Convenio, atendiendo al artículo 36º, la Convención entra en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que fue depositado el segundo instrumento de ratificación. El problema planteado, es entonces la aplicación de la Convención a un caso donde un menor fue desplazado indebidamente antes de cumplir 16 años y la posibilidad de que se apliquen las secuencias procesales previstas en la Convención, tales como la interposición de la acción después de cumplida dicha edad. En otras palabras, si durante su vigencia un menor de 16 años, trasladado o retenido ilegalmente, cumple la edad indicada sin haberse resuelto su regreso o restitución, deberá o no continuarse la tramitación de la acción intentada.

Recordando la Convención de la Haya, es drástica la solución a la situación planteada. El artículo 4º de este instrumento convencional dispone de manera indudable el cese de su vigencia cuando el menor cumple 16 años. La Convención deja de operar aún cuando la acción se hubiera interpuesto antes de cumplir dicha edad. En la Haya, esta solución armoniza con su artículo 13º que otorga al menor cierto protagonismo en el proceso de restitución.²³

Si se revisa la relatoría sobre la negociación de la Convención Interamericana, se apreciará que el proyecto no previó que el juez requerido

²³ GARCIA MORENO VICTOR CARLOS. Op. Cit. Pág. 260

tuviera facultades para denegar la restitución en un supuesto semejante. De adoptar la misma solución de la Convención de la Haya, se podría alertar al responsable del traslado o retención para llevar a cabo su maniobra poco tiempo antes de cumplir el menor 16 años y mantener amplia probabilidad de frustrar el intento de restitución, provocando una ruptura familiar tal vez incorregible.

Analizando el artículo 2º de la Convención Interamericana, no establece nada respecto si el proceso de restitución cesará cuando se alcance la edad de 16 años, aunque el desplazamiento se haya producido con anterioridad, textualmente dice "Para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad". Por su parte, la Convención de la Haya en su artículo 4º determina "La Convención dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años". Esta referencia comparativa, permite apreciar que la Convención Interamericana deja a criterio del Estado requerido continuar o no con los trámites aun si el menor ha cumplido los 16 años.

Ampliando el comentario sobre el ámbito temporal, la Convención Interamericana no contiene disposición semejante al artículo 35º de la Convención de la Haya, según el cual, sólo se aplicará a los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor entre los Estados contratantes. Ante la ausencia de precepto similar, cabe la posibilidad de aplicación retroactiva de la Convención Interamericana, si así es la postura interpretativa del Estado requerido.

3.1.2. OBJETIVO

Dedicada a regular una problemática de naturaleza meramente civil, tocando un pequeño aspecto del tráfico ilegal de menores, la Convención Interamericana excluye cualquier connotación de carácter penal y se limita a normar la hipótesis relativa al hecho de que alguno de los padres o personas e

instituciones que ejercen patria potestad o desempeñan la tutela del menor, respectivamente, sin autorización de otro con igual derecho traslade a un menor a diferente Estado parte, con la intención de privarlo de su derecho de guarda y custodia.²⁴

Empleando un sistema mixto, toda vez que combina disposiciones con perfiles y finalidades diversas, la Convención Interamericana persigue un doble objeto, similar al de la Convención de la Haya, según se desprende de su artículo primero:

1) Asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente.

2) Hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de los titulares.

De espíritu conciliador y complementario, el artículo 34 de la Convención Interamericana, establece que entre los Estados miembros de la OEA que fueren parte de esta Convención y de la Convención de la Haya, regirá la presente Convención. Sin embargo, los Estados parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la Convención de la Haya. Ello obedece a que ambos instrumentos representan un intento a nivel internacional de favorecer el regreso de niños sustraídos o retenidos indebidamente y de prevenir tales sustracciones en el futuro.

Al coincidir en su objeto, la Convención Interamericana también responde a una solución de doble compromiso: dar solución a situaciones de hecho y

²⁴ CONTRERAS VACA FRANCISCO JOSE. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana ARS IURIS XXV Aniversario de la Universidad Panamericana. Número 7, 1992. Pág. 117

garantizar el respeto de las relaciones jurídicas que se encuentran en la base de esas situaciones fácticas. Podría afirmarse que se trata de un mismo objeto considerado en dos momentos diferentes, el correctivo y el preventivo. Al igual que la Convención de la Haya, se busca restablecer el status quo y evitar la ruptura del principio de igualdad de las partes en el proceso.

Para lograr el objetivo de la Convención Interamericana, no es necesario que exista un decreto de custodia para que se apliquen las disposiciones de este instrumento relativas al regreso. Puede ser ordenado que un menor sea devuelto a la persona con la cual reside normalmente aunque la sustracción no violara una orden de custodia preexistente. Al describir el traslado o retención ilegal de un menor, el artículo 4º de la Convención Interamericana, a diferencia del artículo 3º de la Convención de la Haya, no exige se haya violado un derecho de custodia.

Analizado el precepto interamericano, un traslado o retención ilegal se realiza en violación de los derechos que ejercían, padres, tutores o guardadores, sin precisar que se trate de un derecho de custodia. Por su parte, el derecho de custodia es requisito preexistente en términos del artículo 3º de la Convención de la Haya. A mayor abundamiento, el texto de la Haya sí exige se produzca una infracción al derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, precisando que ese derecho de custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho del Estado de residencia habitual del menor.

Tomando en cuenta que los menores, son a menudo sustraídos antes de iniciarse una demanda de custodia, el artículo 9º de la Convención Interamericana, acorde al artículo 4º comentado, no exige que la solicitud de restitución sea acompañada de una decisión judicial que otorgue la custodia en favor del solicitante. Esta disposición que permite a los padres presentar peticiones de restitución pre-decreto, asegura que los hijos no sufrirán perjuicio por la inacción de sus custodios legales al no haber anticipado la posibilidad de la sustracción.

Visto que la aplicación de la Convención Interamericana no depende de una orden de custodia, por ser innecesario determinar la aplicación de un decreto de custodia extranjero, la restitución puede lograrse más rápidamente.

3.2. PROCEDIMIENTO PARA LA RESTITUCION DEL MENOR

Con preceptos de diversa naturaleza, a partir del artículo 5º, la Convención Interamericana describe el procedimiento para obtener la restitución inmediata del menor. Algunas disposiciones, eligen la ley aplicable al fondo del asunto, se trata de normas conflictuales que solucionan la convergencia de normas jurídicas. Otras, determinan el juez competente y, por tanto, solucionan la coincidencia de normas jurídicas de fijación de competencia. Contiene también normas sustantivas a fin de dar solución a los problemas relacionados con la restitución internacional del menor, sin ignorar la importancia de normas de regulación específica tendientes a lograr una ágil y dinámica cooperación procesal.

Pueden iniciar el procedimiento, en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar, individual o conjuntamente, los padres, tutores, guardadores o cualquier institución afectada. El artículo 5º reconoce legitimación procesal activa a las personas indicadas, en ejercicio de derechos reconocidos por el Estado de residencia habitual del menor al momento de su ilegal traslado o retención.

Son competentes para conocer de la solicitud de restitución, las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte donde el menor haya tenido su residencia habitual antes del traslado o retención. Sin embargo, cuando existan razones de urgencia, a opción del solicitante, podrá presentarse la solicitud ante las autoridades del Estado parte en cuyo territorio se encuentra o se supone se encuentra el menor, o bien, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito motivo de la reclamación. La flexibilidad prevista por el artículo 6º de la Convención Interamericana, responde a la prontitud con la

que deben atenderse los reclamos de restitución. No obstante, las dos últimas alternativas suponen la intervención del juez de la residencia habitual, quien resuelve en definitiva, pues las otras competencias son alternativas o de urgencia exclusivamente. El hecho de promover la solicitud bajo las condiciones excepcionales no conlleva modificación de las normas de competencia internacional definidas.

En reconocimiento a la básica labor de cooperación internacional que desempeñan las autoridades centrales en el adecuado funcionamiento de las convenciones en materia de restitución de menores, cada Estado parte designará una autoridad central y comunicará dicha designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Mientras que la Convención de la Haya describe a detalle las medidas y funciones que la autoridad central debe llevar a cabo, artículo 7º, la Convención Interamericana emplea una disposición más general. Corresponde a las autoridades centrales colaborar con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y restitución del menor. Además, habrán de cooperar entre sí e intercambiar información sobre el funcionamiento de la Convención con el fin de garantizar la restitución inmediata del menor y los otros objetivos perseguidos.

Como Organismo Especializado de la O.E.A., el Instituto Interamericano del Niño tendrá a su cargo coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de la Convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar la información de los Estados parte derivada de la aplicación de este instrumento. Según lo dispone el artículo 27º del convenio en estudio, el Instituto tendrá a su cargo la tarea de cooperación con otros organismos internacionales competentes en la materia.

Dentro del sistema continental de cooperación jurisdiccional internacional, la intervención de las autoridades centrales alcanza significativo desarrollo, afianzado en diversos textos. Desde las Convenciones Interamericanas de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero, las autoridades centrales han resultado ser insustituibles, su activa participación es requisito sine qua non para la eficacia de un acuerdo internacional de ésta índole.

Corresponde a las autoridades judiciales o administrativas del Estado de residencia habitual del menor elegir la forma en que ejercerán el procedimiento de restitución. El artículo 8º de la Convención, en relación con el artículo 22º, recoge las cuatro vías clásicas de cooperación procesal internacional: judicial, diplomática o consular, autoridad central o particular. Asimismo, se prevé las siguientes formas de instrumentación:

- a) A través de exhorto o carta rogatoria
- b) Mediante solicitud a la Autoridad Central, y
- c) Directamente, o por vía diplomática o consular

Tratándose de una regulación específica tendiente a una ágil y dinámica cooperación procesal internacional en la restitución del menor, el artículo 8º relacionado con los artículos 22º, 23º y 24º, estima al exhorto un mecanismo idóneo para materializar el compromiso de asistencia y ayuda mutua.

Los exhortos y solicitudes relativas a la restitución y localización del menor, podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los agentes diplomáticos o consulares o por la Autoridad Central competente del Estado requirente. Las diligencias y trámites necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias deben ser practicados directamente por la autoridad exhortada, y no requieren intervención de parte interesada. La tramitación de los exhortos o solicitudes

contempladas en la Convención, y las medidas a que diere lugar, serán gratuitas y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, depósito o caución.

En virtud de su contenido mixto, la Convención Interamericana regula cierto aspecto de un instrumento de cooperación procesal internacional, situación que no esta presente en la Convención de la Haya. La regulación aludida en el párrafo anterior sobre el exhorto, no contraviene lo dispuesto en la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, aprobada en 1975 en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP I).

Elegida la forma para ejercer el procedimiento de restitución, deberá formalizarse la solicitud respectiva, cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 9º de la Convención Interamericana, disposición de enorme similitud a lo previsto en la Convención de la Haya. En la Convención Interamericana, se separan los requisitos, la primera parte se refiere a la solicitud administrativa y la segunda a la demanda o requerimiento judicial, incorporándose además la facultad de la autoridad competente para prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos si, a su juicio, se justificare la restitución, posibilidad no señalada en el texto de la Haya.

Recibida la solicitud, el juez exhortado, la Autoridad Central u otras autoridades del Estado requerido, conforme a su derecho, adoptarán las medidas adecuadas para la devolución voluntaria del menor. Se trata que la devolución sea por la vía persuasiva. Si la devolución no se obtuviere en forma voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, previa comprobación de los requisitos exigidos por el artículo 9º y sin más trámite, tomarán conocimiento personal del menor y adoptarán las medidas para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias, si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución.

Mientras se resuelve la petición de restitución, artículo 10º, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción.

Desde el momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene, correrá un término de 8 días hábiles, para presentar algunas de las oposiciones estimadas en la Convención. La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o institución que se oponga demuestre:

1) Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o retención, o hubieran consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención.

La hipótesis hace referencia a situaciones que de constarse son determinantes, si el reclamante carece de legitimación procesal para solicitar la restitución, no existe traslado o retención ilegal.

2) Que existe un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico.

El riesgo de peligro físico capaz de producir el rechazo a la devolución del menor, debe ser "grave", es decir, serio y de probable acaecimiento a consecuencia de la devolución del niño a su anterior centro de vida. El peligro comprende no sólo situaciones que planteen el riesgo cierto de que el menor contraiga una dolencia de cuidado, sino también aquellas que generen el fundado temor de que el incapaz quede expuesto a situaciones de desamparo o negligencia en su cuidado. El peligro psíquico, engloba todas aquellas situaciones capaces de afectar de modo importante la correcta formación emocional e intelectual del niño. En la práctica, el peligro físico y psíquico aparecen con

frecuencia entremezclados y los tribunales tienden a invocar causales de exención fundadas en ambos sin distinguirlos claramente.²⁵

Como eximente de la restitución a su anterior lugar de residencia, la defensa de la salud del menor tiene antecedentes directos en otros convenios sobre restitución internacional de menores. En el convenio bilateral entre Argentina y Uruguay sobre Protección Internacional de Menores, artículo 7º, se autoriza a retardar la entrega todo el tiempo que sea necesario para garantizar la salud del menor. Las autoridades requeridas en una solicitud de restitución, constatado que fuere la existencia de causales que pongan en peligro la salud del menor, no pueden ni deben dejar de cumplir con sus deberes de velar por el interés y seguridad de un niño situado en su territorio.

Al igual que el artículo 13º de la Convención de la Haya, la última parte del artículo 11º de la Convención Interamericana permite a la autoridad requerida denegar la restitución si comprobare que el menor se opone a regresar y a juicio de ella, la edad y madurez del niño justifica tomar en cuenta su opinión. En estricto sentido, se ha buscado reconocer que por encima de una potestad del órgano interviniente debe colocarse el derecho del menor.

Cabe recordar que la Convención de la Haya, además de establecer las mismas causales de denegación, comprende la "situación intolerable", aspecto rechazado en la Convención Interamericana por ser de imprecisa conceptualización, capaz de ampliar en demasía las causales de denegación.

Hecha valer la oposición, las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y pruebas aportadas por la parte opositora, deberán enterarse del derecho aplicable y de los precedentes existentes en el Estado de residencia habitual. En caso necesario, requerirán la asistencia de las autoridades centrales o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados parte.

²⁵ TELLECHEA BERGMAN EDUARDO. Op. Cit. pág. 118

Dentro de los sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición, se dictará la resolución correspondiente. El procedimiento sumario de oposición busca evitar dilaciones en el trámite de devolución, cuanto más se demore la entrega del menor más integrado estará a su nuevo centro de vida

Resuelta la procedencia de la restitución, el artículo 13º de la Convención Interamericana otorga a la autoridad requirente un plazo de 45 días calendario para tomar las medidas pertinentes a fin de hacer efectiva la devolución. El plazo corre a partir de haber sido notificada la resolución de entrega. Trascurrido el plazo sin hacer efectivo el traslado, quedará sin efecto la restitución y las providencias adoptadas. Sin contemplarse en la Convención de la Haya, el plazo aludido pretende acelerar el proceso de entrega del menor, apercibiendo a la autoridad requirente para el caso de no atenderlo.

Existe un término para solicitar la restitución, el artículo 14º de la Convención Interamericana dispone que los procedimientos previstos deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiera sido trasladado o retenido ilegalmente. Respecto de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fueran localizados.

Dotada de cierta flexibilidad, la regulación convencional autoriza que el vencimiento del término de un año no impide acceder a la solicitud, si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso. Potestad a la que se establece un límite insuperable consistente en demostrar que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

Informadas del traslado ilícito de un menor o de su retención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte donde el menor ha sido trasladado o donde está retenido, no podrán decidir sobre el fondo del derecho de

guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones de la Convención para un retorno del menor o hasta que un período razonable haya transcurrido sin haberse presentado una solicitud de restitución. La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda.

Solicitar la restitución exige proporcionar información relativa a la ubicación del menor. Vinculados de manera lógica, los artículos 9º y 18º de la Convención Interamericana destacan lo indispensable de informar sobre la presunta localización del menor. La Autoridad Central o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado parte que llegaren a conocer si en su jurisdicción se encuentra un menor ilegalmente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas necesarias para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción. Las decisiones de las autoridades del Estado de localización son únicamente asegurativas, carecen de efectos tuitivos sobre la persona del menor, responden no a un deber de auxilio frente a las autoridades extranjeras, sino a la obligación de protección de todo menor que se encuentre bajo la jurisdicción del órgano involucrado.

Localizado el menor y debidamente informadas las autoridades del Estado requirente, si la restitución no fuera solicitada dentro del plazo de 60 días, contados a partir de la comunicación correspondiente, las medidas adoptadas para asegurar la salud y evitar el ocultamiento o traslado del menor a otro país, podrán quedar sin efecto. Nuevamente estamos ante una disposición potestativa, las autoridades del Estado requerido podrán decidir si dan trámite o no a la solicitud de restitución presentada extemporáneamente.

Del mismo modo que la Convención de la Haya, no se resuelve a que Estado debe ser restituido el menor. Insistiendo en la opinión expresada, el menor deberá ser restituido al Estado de su residencia habitual al tiempo de producirse el traslado o retención ilícitos, excepción hecha en los casos de no proceder la

restitución por riesgo o peligro grave. Sin embargo, como fue señalado, es necesario tener en cuenta si el familiar solicitante ha cambiado de residencia, en cuyo caso, el menor debería ser enviado al Estado donde éste se encuentre.

3.3. DISPOSICIONES GENERALES

Distribuidas en preceptos que no siguen un orden numérico, la Convención Interamericana contiene disposiciones de aplicación general que aclaran ciertos aspectos del procedimiento de restitución y determinan la forma de aplicación del convenio.

Según se establece en la segunda parte del artículo 13º, los gastos del traslado estarán a cargo del actor, en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos de traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal. Conforme la parte final del artículo 23º, atendiendo las circunstancias del caso, las autoridades competentes podrá disponer que la persona responsable del traslado o retención ilegal del menor pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante, los otros incurridos en la localización del menor, así como los gastos y costas inherentes a su restitución.

Parece más justo el contenido de la Convención de la Haya. Al ordenar la restitución, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, directamente, que la persona responsable del traslado, retención o impedimento del ejercicio del derecho de visita, cubra los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viaje, todos los costos y pagos efectuados para localizar al menor, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de restitución del

menor. En ninguna parte de su texto se considera la posibilidad de que el actor o solicitante deba cubrir los gastos de la restitución.

De acuerdo con el artículo 23° de la Convención Interamericana, la tramitación de exhortos o solicitudes contempladas y las medidas a que dieran lugar, serán gratuitas y exentas de cualquier clase de impuesto, depósito o caución. Solución semejante a la contenida en la Convención de la Haya, que responde al principio de igualdad de trato procesal.

En la Convención Interamericana no se determina si la solicitud, comunicación u otro documento que se envíe a las autoridades competentes del Estado requerido se remitirá en el idioma de origen e irá acompañado de una traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales de dicho Estado. Sin embargo, la práctica posteriormente seguida en la aplicación de este convenio así lo indica.

Cada Estado podrá formular reservas a la Convención Interamericana al momento de firmarla, ratificarla o adherirse, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas y no sea incompatible con el objeto y fines. A diferencia de la Convención de la Haya, no se limita la reserva para artículos determinados.

De vigencia indefinida, el artículo 37° de la Convención Interamericana permite su denuncia. Cualquier Estado parte podrá denunciarla, depositando el instrumento respectivo ante el Secretario General de la O.E.A. La Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, transcurrido un año contado a partir del depósito referido.

3.4. CONSIDERACION FINAL

Ante un problema de creciente magnitud, que recursos legales podrían resolverlo. Intentar por la vía penal frenar los traslados o retenciones indebidos resulta insuficiente. Si bien este camino puede resultar efectivo en el tráfico de menores, entendido como el traslado o retención de un menor con propósitos o medios ilícitos, no se puede aplicar al caso del traslado de un menor a otro país sin autorización de uno de los padres. En los países latinoamericanos existe abundante jurisprudencia que establece no haber delito de secuestro por parte de uno de los progenitores del menor.

Otra alternativa es la ejecución de sentencias extranjeras que otorgan la custodia del menor. Conceptualmente puede resultar buena fórmula, sin embargo, presenta ciertos inconvenientes. Bajo esta opción, es necesario haber seguido un juicio en el Estado de residencia habitual del menor, una vez pronunciada la sentencia, se podría iniciar en el extranjero el trámite de reconocimiento y cumplimiento respectivo. Debido al excesivo tiempo transcurrido, se advierte anticipadamente al responsable del traslado o retención, quien podría intentar desplazarse a otro Estado, o bien, prolonga la separación del menor propiciando su posible integración a un nuevo entorno.

Una tercera solución aparentemente disponible es la jurisdicción de emergencia, prevista en algunos acuerdos internacionales, en virtud de la cual se autoriza a un juez a asumir el conocimiento de asuntos relacionados con la protección de menores que están en su jurisdicción. Esta solución referida a situaciones de abandono físico o moral, maltrato a menores, no es aplicable al caso que nos ocupa.

Recurrir de modo directo al exhorto o carta rogatoria, también puede generar contratiempos. Los tratados internacionales sobre exhortos o cartas rogatorias normalmente permiten su aplicación en casos de emplazamientos,

notificaciones, desahogo de pruebas, aplicación de medidas cautelares y ejecución de sentencias. Hasta ahora, esos tratados habían sido indiferentes al traslado y retención de menores.

Ante el nivel del problema y la insuficiencia de recursos disponibles en las legislaciones nacionales, fue menester, elaborar una solución nueva e imaginativa con aspectos mixtos. La entrada en vigor de la Convención de la Haya en 1980 y posteriormente la de la Convención Interamericana, ha fortalecido el esquema de cooperación internacional, recurso básico en la restitución de menores. De cualquier manera, sólo con la voluntad política de los Estados parte se podrán generar las condiciones suficientes para asegurar el éxito de la estrategia adoptada.

CAPITULO IV.- MÉXICO ANTE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

4.1. CONSIDERACIONES SOBRE LOS ASPECTOS NORMATIVOS EN MATERIA DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN EL DERECHO MEXICANO.

En días pasados, se dio a conocer el incremento significativo en el número de sustracciones indebidas de menores atribuibles a familiares. Padres, tíos o abuelos, se involucran frecuentemente en el traslado de niños hacia el extranjero, domiciliando al menor en lugar distinto al de su residencia habitual y afectando el derecho de custodia o visita de su titular.

Ante el panorama descrito y considerando el carácter de Estado Parte que corresponde a nuestro país, respecto a la Convención de la Haya y la Convención Interamericana que han sido motivo de análisis en el presente trabajo de investigación, dedicaremos este último capítulo a realizar consideraciones prácticas sobre el sistema jurídico mexicano en la materia.

Recientemente, el 6 de septiembre de 2004, se publicaron en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, las reformas al Código Civil y de Procedimientos Civiles y al Código Penal en materia de Guarda y Custodia y Derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad, en el cual se retoman más medidas de protección al menor para asegurar la convivencia del mismo con sus padres y familiares, figuras jurídicas fundamentales que se encuentran protegidas tanto en el Convenio de la Haya como en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Al respecto en el Código Civil para el Distrito Federal y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establecen respectivamente dentro de estas reformas el tutelar el interés superior del menor en lo referente al derecho de guarda y custodia de los menores así como el de la convivencia de los menores para un normal desarrollo de los mismos, determinando su residencia y estableciendo fundamentalmente que será tomado en cuenta la opinión del menor para tales ordenamientos legales, con la excepción que en dichas reformas se determina que salvo el peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre, pudiendo ser que la personal que no posea la custodia durante esta edad, la demande después de los siete años.

Además se contemplan que la patria potestad se suspende por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente, lo cual resulta ser una consecuencia fatal para el caso de que una persona incurra en un traslado o retención indebida del menor, violando el derecho de guarda y custodia, tema tratado en el presente trabajo.

Por su parte dentro de las reformas al Código Penal para el Distrito Federal se han contemplado sanciones más severas para aquellas personas que retengan a un menor sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, tanto al ascendiente, descendiente, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, determinando que este delito se perseguirá por querrela.

Por otro lado, en junio del año dos mil dos, fueron reformados el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles vigentes en el Estado de México, dos años antes, en el 2000, fue reformado el Código Civil para el Distrito Federal. En el caso de los ordenamientos del Estado de México, particularmente en el Código Civil, se introdujeron figuras con aspectos internacionales como la adopción, no obstante, el tema de la restitución internacional de menores, paso inadvertido. Situación parecida ocurrió con relación al Código Civil para el Distrito Federal, la

reforma del año 2000 no sólo olvido referirse a la restitución internacional de menores, sino además se apartó de la aplicación del derecho extranjero, al modificarse el contenido de los artículos 12 y 13.

A pesar de ser Estado Parte, desde 1991, de la Convención de la Haya sobre aspectos Civiles de la Sustracción y Restitución Internacional de Menores, México no ha instrumentado una regulación específica sobre la materia. Mientras otros países como Canadá y los Estados Unidos de Norteamérica, cuentan con regulación precisa, nosotros seguimos mostrando indiferencia normativa. Señalamos particularmente el caso de nuestros vecinos norteamericanos, por ser los países donde se presenta el mayor número de sustracciones y restitución de menores relacionados con México.

Desde hace varios años, la Secretaría de Relaciones Exteriores ha elaborado proyectos de reformas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, con el propósito de atender cabalmente el compromiso de reciprocidad al que están obligados los Estados Partes de la Convención de la Haya. Hasta el momento, no se han incorporado a los ordenamientos aludidos las inquietudes de Relaciones Exteriores.

Debido a la ausencia de la regulación concreta sobre el tema, iniciaremos nuestras consideraciones apoyados en el Código Federal de Procedimientos Civiles, especialmente por dos razones: la primera, es el ordenamiento que rige la cooperación procesal internacional, supuesto indispensable para la aplicación de las convenciones internacionales correspondientes; la segunda, es conveniente que la legislación federal, instrumente la aplicación de tratados internacionales.

Contenida en el Libro Cuarto del Código Federal de Procedimientos Civiles, la Cooperación Procesal Internacional se rige en seis capítulos:

Capítulo I Disposiciones Generales.

Capítulo II	De los Exhortos o Cartas Rogatorias Internacionales
Capítulo III	Competencia en materia de actos procesales
Capítulo IV	De la Recepción de las Pruebas
Capítulo V	Competencia en Materia de Ejecución de Sentencias
Capítulo VI	Ejecución de Sentencias

Tratándose del tema de restitución internacional de menores, ciertas disposiciones del ordenamiento federal resultan aplicables, no obstante, debe destacarse que debido a la competencia de autoridades locales para atender las peticiones de restitución, la legislación federal no resuelve por completo el tema.

En efecto, corresponde al juez familiar del lugar donde se encuentra el menor, atender las solicitudes de restitución presentadas por autoridades centrales extranjeras o directamente por quien ejerce los derechos de custodia o visita afectados. Desde este momento, es oportuno aclarar que estamos ante la restitución pasiva, correspondiendo a la autoridad mexicana el carácter de autoridad requerida y a la autoridad extranjera el de autoridad requirente.

Si la competencia es del juez familiar local, éste se apegará a su norma adjetiva. Dado que no le corresponde pronunciarse sobre el fondo, el juez resuelve las solicitudes de restitución conforme su norma procesal. Es bueno recordar, la ausencia de disposiciones precisas sobre el tema, tanto en la legislación civil como en la procesal.

Aplicada la normatividad procesal local, las disposiciones federales sobre cooperación procesal internacional, son eventualmente invocadas. Preceptos relativos a disposiciones generales, exhortos o cartas rogatorias y ejecución de sentencias, son los que guardarían cierta relación con la solicitud de restitución procedente del extranjero.

Situación distinta a la del derecho mexicano se presenta en Canadá y los Estados Unidos de Norteamérica. En el caso canadiense, la autoridad central federal es el Ministerio de Justicia Federal que actúa conjuntamente con los Procuradores Generales de las provincias y territorios del Canadá. En ese país, existen ordenamientos locales específicos sobre restitución internacional de menores, como la Ley de Menores en Ontario.

Desde la perspectiva canadiense, la sustracción de menores presenta aspectos criminales relevantes. Atendiendo la legislación penal de aquel país, un padre que sustrae indebidamente a sus hijos, comete una ofensa criminal. El punto de vista adoptado en Canadá, busca persuadir mediante la aplicación de castigos severos a quien intente sustraer ilícitamente a menores.

Regresando al ámbito de aplicación de la Convención de la Haya, reservada a tratar los aspectos civiles de la sustracción y restitución internacional de menores, en Canadá, la Autoridad Central Federal también transmite a la Autoridad Central de cada provincia, de acuerdo al lugar donde el menor haya sido trasladado o retenido, las solicitudes de restitución. Semejante al procedimiento previsto en el derecho mexicano, corresponde a la Autoridad Central Provincial una labor eminentemente de gestoría. Cabe aclarar que en Canadá, si existen legislaciones estatales con procedimientos específicos de restitución

Debido a la reserva que aquel país formulo a la Convención de la Haya, el costo generado por el procedimiento de restitución no será cubierto por el gobierno canadiense, en todo caso, el juez de la causa determinará a quien corresponde sufragarlo. Conviene señalar que del número de solicitudes de restitución presentadas por México en el extranjero, sólo un porcentaje aproximado del 5% se dirige a Canadá.

Recordando el carácter de República Federal que conserva los Estados Unidos de Norteamérica, cada entidad es soberana en su régimen interior. Por lo

mismo, las legislaciones locales suelen ocuparse de procedimientos como la restitución internacional de menores.

Debido a la dimensión del problema, con características particularmente internas, en los Estados Unidos de Norteamérica, cada entidad instrumenta sus procedimientos de restitución, distinguiéndose generalmente por su efectividad. Considerando el número de sustracciones, se han habilitado como autoridades centrales a las Procuradurías de Justicia de los Condados, en el Estado de California, son autoridades centrales las Procuradurías de Anaheim, Fresno, Los Ángeles, Santa Ana, San Diego, San Francisco, San José. Cada una de éstas, sin requerir la intervención de abogados, participan como partes del proceso, iniciando directamente las solicitudes de restitución y brindando el impulso necesario.

Independientemente de la competencia reservada a los estados, en los Estados Unidos de Norteamérica se cuenta con legislación federal específicamente referida a la restitución internacional de menores. Desde 1990, la Ley Nacional de Asistencia en la Búsqueda de Menores, después de agotarse el período razonable de espera, compromete a todos los organismos policiales del país a participar en la localización de menores desaparecidos, sin limitarse a la presentación de una denuncia de desaparición.

Para el tema que nos ocupa, adquiere singular importancia la Ley de Recursos contra el Secuestro Internacional de Menores. En este ordenamiento, se establecen los procedimientos para iniciar las acciones judiciales con propósito de lograr la devolución de menores, sustraídos conforme a la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Encargada de administrar la aplicación de la Convención, se designó como Autoridad Central al Departamento de Estado y al Centro Nacional para Menores Extraviados y Explotados, desempeñándose, respectivamente, como autoridad

transmisora y autoridad receptora. Tomando en cuenta el número de extranjeros que residen en los Estados Unidos de Norteamericana, con esposa e hijos aún en sus países de origen, esa nación ha otorgado un tratamiento especial a la restitución internacional de menores.

Basta apreciar el interés de nuestros vecinos, para comprender que en México debe legislarse especialmente sobre restitución internacional de menores, ya es hora de corresponder cabalmente a un compromiso de reciprocidad internacional.

4.2. PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN EL SISTEMA MEXICANO

Previo al desarrollo de este inciso, conviene aclarar su denominación. En el derecho mexicano, tanto en el ámbito federal como el local, no existe una normatividad específica sobre la restitución internacional de menores, tampoco esta previsto un procedimiento determinado. De tal suerte, la denominación empleada se justifica en la medida que describirá los pasos seguidos para atender una petición de restitución, tomando como referencia la legislación vigente en el Distrito Federal.

Designada como Autoridad Central por el gobierno mexicano, de conformidad al texto de la Convención de la Haya y la Convención Interamericana, corresponde a la Secretaría de Relaciones Exteriores, por conducto de la Consultoría Jurídica, la aplicación de ambos instrumentos jurídicos.

Dado el incremento en el número de solicitudes de restitución, fue necesario que a través de convenios de coordinación se diera participación a las Procuradurías Estatales de la Defensa del Menor, no debe olvidarse que la

tramitación de las solicitudes, se hará en el ámbito local, considerando competente al juez familiar del lugar donde se encuentra el menor.

A partir de 1996, año en que se instrumentan los convenios de coordinación aludidos, se inicia una segunda etapa en la aplicación de las convenciones internacionales. En la primera de ellas, iniciada en 1991, la participación correspondía sólo a la Secretaría de Relaciones Exteriores y la autoridad judicial competente.

Cabe destacar que como Autoridad Central, la Secretaría de Relaciones Exteriores por conducto de la Consultoría Jurídica, canaliza las solicitudes de restitución, tanto en el procedimiento pasivo como activo. Si la solicitud procediera del extranjero, la Secretaría de Relaciones Exteriores lo hará del conocimiento de la Procuraduría de la Defensa del Menor del Estado que corresponda. La intervención de la Procuraduría facilita el seguimiento del trámite correspondiente, resulta extremadamente difícil para la Consultoría Jurídica apersonarse ante cada autoridad judicial competente, desplazando personal a diversos estados de la República, para estar en posibilidad de impulsar y enterarse debidamente sobre el desarrollo del trámite.

Con el objeto de que la Autoridad Central Mexicana para la aplicación de la Convención de la Haya puede incoar la apertura de un procedimiento de restitución de menores en el extranjero, el interesado deberá requisitar el formato anexo en español y en el idioma oficial del país a cuyo territorio el menor de que se trate haya sido trasladado. A dicha solicitud deberá adjuntarse la siguiente documentación:

- 1.- Relación de los hechos en que la sustracción o retención ilícita se haya verificado;
- 2.- Copia certificada del acta de nacimiento del menor;
- 3.- Fotografía del menor;

4.- Fotografía de la persona que presuntamente lo sustrajo o retuvo ilícitamente;

5.- Copia certificada del acta de matrimonio de los padres, en su caso;

6.- Sentencia o convenio relativo al divorcio o custodia en su caso;

7.- Traducción al idioma oficial del país a cuyo territorio el menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente, de la documentación a que se refieren los numerales 1, 2, 5 y 6 precedentes.

Si se tratará de restitución activa, las Procuradurías de la Defensa del Menor de cada entidad, remiten a la Secretaría de Relaciones Exteriores las peticiones de restitución sobre las que tengan conocimiento, es probable que la petición de restitución se comunique directamente por la autoridad judicial. Recibida la solicitud, corresponderá a la Secretaría de Relaciones Exteriores comunicarla a la Autoridad Central extranjera, formalizando la petición de restitución.

Es importante mencionar, que en la restitución pasiva, se estima valiosa la intervención de las Procuradurías Generales de Justicia. En diversas ocasiones, la petición de restitución no señala el domicilio donde se retiene indebidamente al menor, sólo se proporcionan indicios de su posible localización, requiriendo la colaboración de las Procuradurías de Justicia para la ubicación pertinente.

En virtud de los convenios de coordinación, las Procuradurías de la Defensa del Menor se constituyeron, prácticamente, en el organismo central para la aplicación de las convenciones. A dichas Procuradurías, se encarga la realización de las gestiones necesarias ante los jueces familiares competentes, con el propósito de lograr la restitución solicitada por autoridades extranjeras.

Atendiendo a las líneas generales de los convenios de coordinación celebrados entre la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) y el Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia de cada entidad, dentro del marco

legal correspondiente y teniendo como principio fundamental el interés superior del menor, se establece la coordinación de mecanismos que permitan la aplicación de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

En los convenios de coordinación, se acostumbra abordar tres aspectos sustantivos para el derecho internacional privado de la familia y el menor: adopciones internacionales, pensiones alimentarias, sustracción internacional de menores. Tomando como ejemplo el apartado III del convenio de coordinación suscrito entre la Secretaría de Relaciones Exteriores y el Poder Ejecutivo del Estado de Baja California, el Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia de Baja California (DIF) y la Procuraduría General de Justicia del mismo Estado, es de destacarse el compromiso de coordinar esfuerzos con el propósito de instrumentar los mecanismos necesarios para lograr la adecuada observancia de acuerdos internacionales.

Relativa al tema de la sustracción y restitución internacional de menores, la colaboración del Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia es sustancial. Constituida como Autoridad Central para la aplicación de la Convención de la Haya, en la entidad correspondiente, competen al DIF-Estatal tareas significativas. Si deseamos una idea correcta de sus labores, son de mencionarse dos funciones trascendentales:

Gestoría

Recibidas las solicitudes de restitución, procedentes de la Autoridad Central extranjera, la SRE las canaliza al DIF-Estatal. En sentido inverso, tratándose de restitución activa, la SRE canalizará al extranjero todas las peticiones o resoluciones judiciales para la restitución de menores que le remita el DIF-Estatal.

Dentro de la función de gestoría, corresponde al DIF-Estatal constituirse en la Autoridad Central para la aplicación, en su entidad, de la Convención de la Haya, en consecuencia, deberá realizar las gestiones necesarias ante los juzgados familiares competentes, para lograr la restitución de menores solicitada o decretada por autoridades extranjeras.

Protección

A petición de la Autoridad Central, una de las primeras medidas adoptadas por el juez competente, es el aseguramiento del menor. Ante la expectativa de un nuevo traslado, el juez ordena depositar al menor y encargar su cuidado a la instancia correspondiente, normalmente la Casa DIF-Estatal.

Mientras se desarrolla el procedimiento para la restitución inmediata del menor, el órgano jurisdiccional podrá estimar oportuno encargar su cuidado al DIF-Estatal. De tal forma, el Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia debe proteger al menor, brindando un hogar provisional y la asistencia psicológica necesaria.

Dado que la Convención de la Haya contempla la posibilidad de excepcionarse ante la restitución, aún cuando debe resolverse de manera expedita la solicitud, considerando la expectativa de diferir la audiencia prevista para el desahogo de las pruebas que ofrece el excepcionante, la función protectora cobra particular trascendencia, no sólo por cuidar al menor para evitar un nuevo traslado, sino por la atención psicológica que suele requerirse en estos casos.

Entrando en materia, partiendo de situaciones prácticas, intentando ampliar los comentarios expresados en los párrafos anteriores, se identificarán los puntos significativos de la tramitación que, en el sistema mexicano, recibe una solicitud

de restitución procedente del extranjero. Vale aclarar que en cada entidad federativa, podrán instrumentarse las modalidades necesarias.

1. La Autoridad Central del Estado requirente, presenta solicitud de restitución ante la Secretaría de Relaciones Exteriores.
2. Conforme la Convención de la Haya, la SRE por conducto de la Consultoría Jurídica o el Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia, mediante oficio, elevan la solicitud ante la autoridad familiar competente, atendiendo el lugar de residencia del menor.
3. Si la solicitud cumple con los requisitos del artículo 8° de la Convención de la Haya, el juez competente dicta auto admisorio, fundamentado en el artículo 133 constitucional, artículos 543 y 546 del Código Federal de Procedimientos Civiles y los artículos correspondientes de la Convención de la Haya.
4. Admitida la solicitud, se ordenará darle curso, decretando el aseguramiento del menor y su depósito, en forma provisional, en el lugar que designe el Procurador de la Defensa del Menor y la Familia.
5. Asimismo, se ordenará requerir, al responsable del traslado y retención ilícita, la entrega inmediata del menor, apercibiéndolo debidamente para el caso contrario.
6. Dependiendo de la legislación aplicable y atendiendo la garantía de audiencia, se señalará día y hora para la audiencia constitucional, dando intervención a la Autoridad Central solicitante, para el caso, la Procuraduría de la Defensa del Menor y de la Familia, dependiente del Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia. Igualmente, se dará intervención al C. Agente del Ministerio Público y a los interesados.
7. Exhortando a los interesados para llegar a una solución amigable, anteponiendo el interés superior del menor, se procede a desahogar la audiencia, dando el uso de la palabra a cada uno de los asistentes.
8. En el supuesto de hacerse valer excepciones, oponiéndose a la restitución, el juez del conocimiento puede diferir la audiencia, con el

propósito de atender y desahogar los medios de prueba ofrecidos por el interesado.

9. Apoyado en su competencia, con plena jurisdicción, el juez procede a analizar y valorar las pruebas ofrecidas y desahogadas, cuidando en todo momento la integridad del menor.
10. Al no apreciar peligro para el menor, considerando procedente la solicitud de restitución, el juez familiar del conocimiento ordena la restitución inmediata a su lugar de origen o de residencia habitual. Atendiendo las circunstancias de cada caso, el juez puede determinar la aplicación de medidas precautorias de protección y cuidado del menor, como la asistencia psicológica, a fin de hacer más llevadera la separación.
11. Debidamente expuesta y fundada la resolución, mediante la cual se declara procedente la solicitud de restitución, se ordena notificarla a la Secretaría de Relaciones Exteriores en su carácter de Autoridad Central o a la Procuraduría de la Defensa del Menor, cuando participe en el procedimiento dado el convenio de coordinación al que se ha hecho referencia. De igual manera, se notifica al C. Agente del Ministerio Público adscrito.
12. En los resolutivos de la sentencia, se ordena hacer entrega del menor, para que a la brevedad posible, se restituya el ejercicio del derecho de custodia afectado.
13. Corresponderá a la Secretaría de Relaciones Exteriores, instrumentar la notificación que proceda a la Autoridad Central requirente y adoptar las medidas pertinentes para concretar la entrega.
Considerando la posibilidad prevista por la Convención, de recibir la solicitud de restitución directamente del afectado, la entrega puede realizarse al solicitante.

Toda vez que nuestro país, no formuló reserva al texto de la Convención, en cuanto a los gastos generados por el procedimiento de restitución, el solicitante no se encuentra obligado a cubrir costo alguno por la tramitación de la solicitud.

4.3. NECESIDAD DE REGULAR LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

A menudo, suponemos a México un país de migrantes. Efectivamente, el flujo de nacionales al extranjero no disminuye, cada año, miles de con-nacionales intentan mejorar sus condiciones económicas buscando oportunidades fuera del país. En un porcentaje muy elevado, la concentración de nacionales en el extranjero se localiza en los Estado Unidos de Norteamérica.

Partiendo de esta forma de mirar el horizonte, es fácil considerar que la restitución de menores nos interesa sólo en su aspecto activo. Es decir, parece que a México preocupa exclusivamente la restitución cuando somos el Estado requirente.

Al inicio de este capítulo, destacamos el incremento en el número de sustracciones indebidas que involucran a nacionales. Ya no resulta extraño que, como consecuencia de desavenencias familiares o producto de manipuleos sentimentales, un miembro de la familia sustraiga y retenga indebidamente a un menor en el extranjero. Estimando el universo de mexicanos radicados en el exterior, potencialmente aumentan las situaciones parecidas.

Si arrancamos de un análisis comparativo, resulta evidente que Canadá y Estados Unidos cuentan con un marco normativo más adecuado que el nuestro para atender requerimientos de restitución, simplemente porque ellos si lo tienen. Cómodo es saber que las solicitudes formuladas desde México se abordarán dentro de un marco jurídico específico.

Parte de convenciones que internacionalmente norman la restitución de menores, corresponde a México la obligación de instrumentar eficazmente la cooperación procesal internacional. Si una autoridad judicial, al requerir el auxilio de otro órgano jurisdiccional, manifiesta su reciprocidad para el caso necesario, un Estado debe actuar del mismo modo, si recibe del exterior la ayuda solicitada.

Precisamente con base en el principio de reciprocidad, nos toca como país, regular la restitución internacional de menores. Ni la Convención de la Haya, ni la Convención Interamericana exigen adoptar un marco normativo determinado, cada Estado Parte, instrumentará los convenios de la manera más atinada posible.

En los últimos años, tomando como ejemplo la legislación del Distrito Federal y la del Estado de México, se ha extendido la protección jurídica de la familia. A partir del año 2000 en la capital del país y del año en curso en el Estado de México, fue incorporada al Código Civil correspondiente, una regulación sobre violencia familiar.

Analizando el concepto de violencia familiar utilizado en dichos ordenamientos, se desprenden diversos modos de llevarla a cabo, física o mental. Respetando el sentido de interpretación de la de carácter mental, bien podría caber la sustracción de un hijo, cuando el propósito es doblegar la voluntad del cónyuge o buscar beneficios en una futura negociación conyugal.

Aprovechar el entusiasmo normativo protector de la familia, puede servir para incorporar el tema de la restitución de menores, hasta ahora ausente del panorama legislativo nacional. Sin pretender elaborar un proyecto de reformas, pueden sugerirse ciertas bases a considerar en la regulación civil.

- Considerar a la sustracción indebida de menores como una modalidad de violencia familiar, susceptible de aplicar todas las medidas de protección y cuidado previstas en ese capítulo.

- Sancionar la conducta del sustractor con la pérdida de derechos sobre el menor, incluidos los de custodia o visita, como en el caso de la legislación del Distrito Federal en el cual ya se contempla como causal de suspensión de la patria potestad .
- Incorporar la sustracción indebida de menores como causal de divorcio. Si se considera incorporada en la causal de violencia familiar, bastaría precisarla como parte de ese concepto.
- Si por razones de estudio, el menor se encuentra bajo el cuidado de un familiar distinto del padre o la madre, todo traslado deberá ser autorizado expresamente por ellos.
- El padre, la madre o cualquier otro familiar que traslade al extranjero al menor, deberá garantizar su regreso, aplicando las medias previstas en la legislación.
- Proteger especialmente el interés superior del niño.

Por supuesto, cualquier intento de reforma a la legislación civil deberá acompañarse de la correspondiente en materia procesal. Incluso, podría llegar a afirmarse que en este caso, la cuestión procesal es el fondo. Siguiendo el mismo método, se hacen en este aspecto algunas propuestas.

- Establecer un procedimiento especial sobre restitución internacional de menores.
- Retirar formalidades que compliquen la tramitación de la solicitud de restitución, por ejemplo, no requerir la presencia física del solicitante.

- El juez del conocimiento no deberá conocer sobre el fondo, pronunciándose sobre controversias en materia de custodia o visita, de esa forma, se da cumplimiento a lo previsto en las convenciones aplicables.
- Asegurar el desahogo de las excepciones oponibles, en un tiempo razonablemente breve, para evitar dilaciones malintencionadas en la tramitación del procedimiento.
- Prever la aplicación de medidas especiales de protección y cuidado del menor, durante el procedimiento.

Han transcurrido más de 10 años desde la ratificación de México a la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción y Restitución Internacional de Menores y ya es tiempo de contar con el marco jurídico adecuado.

CONCLUSIONES

Primera.- Gracias a la protección jurídica internacional de los niños, mucho ha evolucionado su status en el derecho interno de los Estados. El reconocimiento y respeto al interés superior del menor en gran medida se debe al desarrollo progresivo del derecho internacional.

Segunda.- Suele ocurrir, que los hijos se utilicen para afectar a aquella persona con quien existió una relación sentimental, en ocasiones, trasladar a los hijos a un lugar distinto de su residencia habitual es el medio para concretar una revancha o desquite familiar. En los tribunales nacionales, es cada vez más frecuente que alguno de los padres reclame la restitución del menor.

Tercera.- En la esfera del derecho internacional, en dos instrumentos jurídicos se regula específicamente la restitución inmediata del menor, la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, ambos convenios ratificados por nuestro país.

Cuarta.- Todo procedimiento para la restitución internacional del menor se rige por el derecho interno de los Estados, ni la Convención de la Haya, ni la Convención Interamericana, exigen adoptar un marco normativo determinado, cada Estado Parte, instrumentará los convenios de la manera más atinada posible.

Quinta.- Existen países que, conforme los compromisos adquiridos, han incorporado a su derecho interno regulación específica sobre sustracción y restitución internacional de menores, incluso, han llegado a establecer procedimientos especiales para atender las solicitudes de restitución.

Sexta.- Con base en el principio de reciprocidad, corresponde a México regular la restitución internacional de menores. La ausencia de un marco normativo específico sobre el tema, así como la carencia del procedimiento pertinente, deja en ocasiones a la deriva las solicitudes de restitución.

Séptima.- Después de 11 años desde la ratificación de México a la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción y Restitución Internacional de Menores, ya es tiempo de contar con el marco jurídico adecuado.

Octava.- Debe sancionarse en México la conducta del sustractor de menores, con la pérdida de derechos sobre el niño, incluidos los de custodia o visita. Además, habrá de considerarse a la sustracción indebida de menores como una modalidad de violencia familiar, susceptible de aplicar todas las medidas de protección y cuidado previstas en ese capítulo.

Novena.- Cuando el padre, la madre o cualquier otro familiar, traslade al extranjero a un menor, deberá garantizar su regreso, aplicando las medias previstas en la legislación.

Décima.- Deberá establecerse en el derecho mexicano un procedimiento especial sobre restitución de menores, retirando aquellas formalidades que compliquen la tramitación de la solicitud de restitución.

BIBLIOGRAFIA

- 1) ALVAREZ COZZI CARLOS. Restitución Internacional de Menores. Editorial Mac-Graw-Hill, Ed. 24, 1998, México.
- 2) CRUZ LIZANDRO. Derechos de la niñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 4ª Edición, 1990, México.
- 3) GARCIA MORENO VICTOR CARLOS. Derechos de la niñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 7ª edición, México, 1990.
- 4) MANTEROLA ALEJANDRO. Derechos de la niñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 5ª edición, México, 1990.
- 5) ORTIZ ALF LORETTA. Derechos de la niñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 3ª edición, México, 1990.
- 6) PEREZ NIETO CASTRO LEONEL. Derecho Internacional Privado. Oxford-University Press, Edición 7ª, México, 1998.
- 7) STAELENO PATRICK. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el Futuro de la Realidad de la Niñez. "Alegatos", Universidad Autónoma Metropolitana, Departamento de Derecho, Número 17, enero-abril 1991. Ed. Printed University.
- 8) Suprema Corte de Justicia de la Nación. República de Argentina. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado. Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Número 3, 1999, Ed. Herrero, México.
- 9) VARELA DE MOTA INES. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales 1990. Julio-Diciembre. Números 3-4, Montevideo Uruguay. Año XXI.
- 10) VERDUGO ALONSO MIGUEL ANGEL. "Perspectivas actuales en la protección y promoción de los derechos del niño", la Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI. Ediciones Universidad Salamanca, Ed. Madrid España, 1996.

PAGINAS DE INTERNET

Web.www.hech.net/f_conventions-exp.1281.html

Web.www.inn.oca.org/documentos_Reunión-expertos.html

Web.www.hech.net

Web.www.derecho-familia.com/publicaciones/online/haya.html

Web.www.hech.net/f/conventions/reports28fhtml

Web.www.derecho-familia.com/secciones/secuestros

LEGISLACION

- 1.- Aproximación del Convenio de la Haya sobre aspectos civiles sobre **Sustracción Internacional de Menores**. Publicado en el Diario Oficial de la **Federación** el 21 de mayo de 1999.
- 2.- Ratificación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1º de Febrero de 2000.
- 3.- Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI. Edición Universidad de Salamanca, México 1998.
- 4.- Código Federal de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Colección **Porrúa**. Décimo Quinta Edición, México 2000.
- 5.- Código Civil vigente para el Estado de México, Colección **Porrúa**, Decimoquinta edición, México 2000.

HEMEROGRAFIA

- 1.- CONTRERAS VACA.- Revista de la Facultad de Derecho de Universidad Panamericana ARS-IURIS XXV No. 7, 1992.
- 2.- FERNANDEZ ROZAS JOSE CARLOS.- La cooperación judicial en los Convenios de la Haya de Derecho Internacional Privado, "Revista Española de Derecho Internacional", Instituto de Ciencias Jurídicas, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Volumen XLV, Número 1, Enero-Julio 1993.
- 3.- GONZALEZ PEDROUZA CARMEN.- "Aproximación al Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores". Universidad de la República Oriental de Uruguay, Revista de la Facultad de Derecho, número 18, Julio-Diciembre 2000, Montevideo Uruguay.
- 4.- HERRAZ BALLESTEROS MONICA. "Boletín de la Facultad de Derecho número 14", Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid 1999, Segunda Epoca.
- 5.- PEREZ VERA ELISA. El menor de los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. "Revista Española de Derecho Internacional". Instituto de Ciencias Jurídicas, Consejo Superior de Investigaciones Jurídicas, Volumen XLV, Número I, Enero-Junio 1993.
- 6.- SANCHEZ LORENZO SIXTO. La aplicación de los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado a los conflictos de leyes internos: Perspectiva española. "Revista Española de Derecho Internacional", Instituto de Ciencias Jurídicas, Consejo Superior de Investigaciones Jurídicas, Volumen XLV, Número 1, Enero-Junio 1993.

7.- TARDIFF ERIC, "Revista de Universidad Marista", Centro Universitario México, año 3, Número 13, Enero 1998. México.

8.- TELLECHEA BERGMAN EDUARDO. Las Convenciones Interamericanas sobre Restitución Internacional de Menores y Obligaciones Alimentarias de Montevideo, 1989. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Montevideo, Uruguay, año XXI, Enero-Junio 1990. Números 1-2