

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y SU PROCEDIMIENTO EN MÉXICO

International Abduction of minor of age and its procedure in México

Eduardo De La Cruz Díaz¹

Fecha de recepción: 28 de abril de 2017

Fecha de aceptación: 04 de mayo de 2017

Sumario: 1. *Introducción; 1.1. La Problemática de los usuarios en la era digital; 1.1.1. Metodología; 2. Era Digital y Revolución Digital: Desafíos para Colombia; 3. Nuevos Usuarios de Comunicaciones en la era digital; 4. La Regulación de protección del usuario de servicios de comunicaciones en Colombia y su defensa; 5. Conclusiones; 6. Referencias Bibliográficas.*

¹ Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Guerrero México; Magíster en Ciencias, Área Derecho Público por la Universidad Autónoma de Guerrero México; Doctor en Derecho por el Centro de ciencias Jurídicas de Puebla (ICI) incorporado a la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Docente-investigador de tiempo completo en la Unidad Académica de Derecho Perfil deseable PRODEP

CÓMO SE CITA ESTE ARTÍCULO (Normas APA-6)

De La Cruz Díaz, Eduardo (2017). Sustracción internacional de menores y su procedimiento en México. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, IX (18), pág 181-196.

RESUMEN

La relevancia que cobra la sustracción internacional de menores es de suma importancia, ya que representa un problema complejo para los padres o tutores, los estados involucrados y las autoridades administrativas y jurisdiccionales, particularmente, hacia los derechos de los menores y a su interés superior, el proceso de localización y restitución del menor, y el derecho internacional privado, como aquel que tiene como objetivo estudiar las relaciones jurídicas privadas internacionales, conflictos de competencia y leyes, la cooperación internacional, entre otras. Aunado a lo anterior, las implicaciones jurídicas, las limitantes y la aplicabilidad de los distintos instrumentos normativos nacionales e internacionales. Es relevante destacar la participación que en la realización del proyecto que origina este trabajo ha tenido la investigadora Georgina Isabel De León Vargas².

PALABRAS CLAVE

Sustracción, internacional, menores, convención, jurisdicción, residencia, custodia, interés superior.

ABSTRACT

The importance of international abduction of minors of age is fundamental, as it represents a difficult problem for their parents or legal guardians, the involved States and administrative and jurisdictional authorities, particularly with regard to the rights of the minors and their superior interest, the process of finding and returning them, and private international law, studying international legal relations between privates, conflicts of jurisdiction and laws and international cooperation, among others. In addition to the above, the legal implications, limitations and applicability of different national and international normative instruments are concerned. It is important to emphasize the participation in the realization of the project that originates this work by Georgina Isabel De León Vargas.

KEYWORDS

Abduction, international, minors, convention, jurisdiction, residence, custody, superior interest.

² Abogada de la Corporación universitaria Rafael Núñez. Magíster en Derecho Laboral, Universidad Autónoma Guerrero de México. Docente de tiempo completo, con funciones de coordinación en investigación del programa de derecho, Corporación Rafael Núñez sede Cartagena y adscrita al Grupo de Investigación Derecho Público de la Corporación Universitaria Rafael Núñez.

1. INTRODUCCIÓN

El divorcio o separación de una pareja es un acontecimiento que propicia diversas repercusiones en la vida de las hijas y los hijos, quienes con frecuencia, resienten los efectos de la nueva forma de organización familiar que la madre y padre establecen para seguir cuidándolos y para asegurar su desarrollo integral después del rompimiento.

Existen casos en que las y los progenitores llegan a un *acuerdo* para distribuir las responsabilidades de familia equitativamente; sin embargo, en otros se hace necesaria la *intervención de la autoridad jurisdiccional* para determinar —a través de una resolución— a quién de los dos corresponde la *guarda y custodia* de las hijas e hijos menores de edad (quién estará a cargo de su cuidado y atención diaria, con quien vivirán, los tiempos de la visita, los alimentos, etc.) y quién tendrá el régimen de visitas y convivencias.

México, como los países que han suscrito el Convenio de la Haya, deben apagarse a su cumplimiento cuando existan casos en que se actualiza la sustracción o retención ilícita de una niña, niño o adolescente y se consume con su traslado al extranjero, donde resulta aplicable el *Convenio de la Haya sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, cuyos objetivos son: la restitución de los menores de edad trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y, velar porque los derechos de custodia o visita vigentes en cada uno de ellos se respeten en todos los demás Estados.³

En México, existen diversas normas jurídicas de protección a los menores, particularmente, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) reconoce los derechos humanos de los menores de edad a vivir en familia, conocer y convivir con ambos padres, y a que se les proporcionen las condiciones de vida que favorezcan su desarrollo integral, por lo que en toda decisión, en particular, la relativa a su guarda y custodia, deberá considerarse primordialmente su *interés superior* por encima de los intereses individuales de sus progenitores.

La madre o padre a quien corresponda la guarda y custodia de las hijas e hijos tendrá la obligación de cuidarlos, resguardarlos y formarlos física y espiritualmente pero, también la facultad de decidir en todos los asuntos de su vida diaria, incluyendo el de fijar su lugar de residencia;⁴ sin que esto represente un impedimento para el ejercicio del derecho de mantener contacto regular con el otro progenitor(a) que no vive con ellos(as).

³ Artículo 1, incisos a) y b), disponible en la página *web* de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de marzo de 1992, disponible en <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt28es.pdf>.

⁴ *ef.* Tesis de rubro: Derecho de los menores de edad a convivir con sus padres. Modos de resolver su conflicto con el derecho del progenitor custodio a decidir su lugar de residencia. Datos de localización tesis número 1a. LXIX/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Primera Sala, Libro XVIII, marzo de 2013, Tomo 1, p. 883, Tesis Aislada (Civil).

2. OBJETIVO

El objetivo de esta investigación es aportar información sobre el alcance y procedimiento regulatorio de la figura de la “Sustracción internacional de menores”, el marco normativo internacional y las propias normas jurídicas internas vigentes en México. Así mismo se pretende analizar el compromiso que el Estado mexicano asume frente a este tema y de qué forma está dando respuesta al problema.

Aunado al procedimiento, sus instrumentos internacionales y normativa nacional, resulta de suma importancia analizar la problemática de la “Sustracción internacional de menores”, por la complejidad de sus normas, la jurisdicción (competencia judicial), el derecho aplicable, la cooperación internacional y sobre todo por el interés superior del menor.

3. MATERIALES Y MÉTODOS

La presente investigación, es teórica o documental, sus fuentes fueron secundarias confiables, y estuvo basada en información oficial que puede ser corroboradas en el apartado de información en la bibliografía de este artículo.

Los métodos que se utilizaron:

El histórico-lógico, porque estudia el curso evolutivo, destacando los aspectos generales del desarrollo de éste, las tendencias de su progreso, las etapas de su desenvolvimiento, sus conexiones fundamentales y su sentido de causalidad para entender el comportamiento histórico de un objeto.

El intuitivo, a través del cual, se permite tener una primera aproximación al objeto de conocimiento y presenta directamente una respuesta espontánea y original.⁵ En efecto, al ser palpable la problemática que existe ante el problema de la “Sustracción internacional de menores”, el derecho aplicable, la competencia, y el interés superior del menor.

El de análisis-síntesis, porque se descompone el objeto o fenómeno u objeto de estudio en sus elementos y cualidades a fin de analizar cada uno; para luego integrarlas nuevamente y destacar el sistema de relaciones que existe entre las partes y de éstas con el todo.

El hipotético-deductivo, porque enuncia en forma afirmativa que se plantea como conjetura o suposición fundamentada provisional en espera de su verificación, para dar respuesta al problema científico, indicando lo que se está buscando o tratando de demostrar.

⁵ Ponce de León, Armenta, Luis, “*Metodología del Derecho*”, 13 a. ed., México, Editorial Porrúa, 2011, p. 70

El proceso deductivo va de lo general a lo particular e implica sistematizar y establecer inferencias validas que se aplican a un conjunto de situaciones y casos pertenecientes a un mismo conjunto. Posibilita abordar lo desconocido a partir de lo conocido, establecer conclusiones y predicciones.⁶

4. SUSTRACCIÓN Y RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES (DIFERENCIAS CONCEPTUALES)

Es de suma importancia aclarar las diferencias entre los conceptos de “*sustracción*” (*Convenio de la Haya sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*), y “*restitución*” (*Convenio Interamericano*), éstos se refieren a acciones distintas. Si bien los instrumentos internacionales sobre restitución internacional de menores utilizan estos conceptos de manera indistinta, resulta más útil diferenciar entre ambos conceptos. Los *Convenios* relativos a estos temas, se encuentra el de la Haya, que se refiere a los “*Aspectos Civiles de la Sustracción*”, mientras que el Interamericano hace referencia a la “*Restitución Internacional de Menores*”.

Desde una perspectiva teleológica que se refiere a la causa final de estas acciones, la *sustracción* se refiere a la acción de trasladar a un menor de un Estado a otro propiciando ella misma la problemática que se quiere prevenir.

¿Entonces qué es la sustracción internacional de menores? Se denomina sustracción, la acción de trasladar a un menor de un Estado a otro de forma ilícita a la separación unilateral e injustificada de una niña, un niño o un adolescente de cualquiera de sus progenitores o de la persona que legalmente detenta su guarda y custodia, ocultándolo o trasladándolo lejos de su lugar de residencia habitual.⁷

En cambio, la *restitución* es la consecuencia lógico-jurídica esperada tras la acción de sustraer al menor, es decir, tiene como finalidad restablecer el *status quo anterior*. El cual puede entenderse como: el respeto de los *derechos de guarda, custodia y visita preestablecidos de hecho, de derecho o por orden judicial en otro Estado; la defensa de la competencia judicial predeterminada naturalmente a favor de los Tribunales de la residencia habitual del menor antes del traslado, así como garantizar la igualdad procesal entre las partes implicadas*.

Ahora bien, la *retención ilícita* se refiere a la acción que se realiza posteriormente al traslado del menor. Es así que un menor trasladado legalmente puede ser retenido en otro Estado de manera ilícita. De ahí que tanto la *sustracción* como la *retención ilícita* sean realizadas por quien detenta la tenencia o los derechos de visita del menor, violando

⁶ Villabella Armengol, Carlos Manuel, “*La investigación y la comunicación científica en la ciencia jurídica*”, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Universidad de Camagüey, México, 2009, pp. 74-76.

⁷ CNDH, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

los derechos de guarda, custodia y/o visita vigentes en otro Estado. En resumen, aunque la doctrina y algunos instrumentos utilizan de manera indistinta estos términos. Debe precisarse que, la “retención” es la acción derivada de la sustracción, la “sustracción” es la acción en sí misma y la “restitución” es la consecuencia lógico-jurídica esperada.⁸

5. RESIDENCIA HABITUAL

Al realizar un estudio sobre los aspectos civiles de la *sustracción internacional de menores*, no podemos dejar de lado el estudio de la “*residencia habitual*”. Esto es así por la importancia que tiene este criterio en la configuración de la sustracción. Partimos de la idea de que la definición de este término, aunque es utilizado en diferentes instrumentos internacionales y es familiar a todos nosotros, no es siempre uniforme. Esto es así ya que en la mayoría de los instrumentos internacionales éste no está definido y por el contrario su determinación, en la mayoría de los casos, le corresponde al ordenamiento interno del Estado que está conociendo del proceso, en nuestro caso el proceso de restitución.

Estamos ante una técnica de *reglamentación indirecta* la cual permite a cada uno de los Estados adaptar este concepto en su *contexto normativo*.⁹ De tal manera, la falta de definición genera que cada Estado establezca las reglas conforme a las cuales se configurará la residencia habitual, propiciando en algunos casos decisiones conflictivas. Ahora bien, para dar respuesta a esta situación en el ámbito convencional, la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas¹⁰ establece del artículo 1o al 6o una serie de normas que rigen el domicilio de las personas en el DIPr.¹¹ A nivel interno, el artículo 29 del CCF establece que: “El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de este, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de estos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren. Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en el por más de seis meses”. Por su parte, la jurisprudencia ha establecido que “los elementos principales para la determinación del domicilio son: la residencia

⁸ Matus Calleros, E., Derecho internacional privado mexicano ante la restitución internacional de menores, ITAM-III/UNAM, México, 2009, p. 11.

⁹ En el caso del Estado Mexicano, donde cada entidad federativa tiene autonomía legislativa, no es suficiente con indicar el país cuyo ordenamiento será aplicable o el juez competente, sino que es necesario dar un paso más: establecer la Entidad en concreto de la Federación cuya legislación o Tribunal serán tomados en consideración. Belandro Santos, R., “La regla de conflicto y la definición de los puntos de conexión” *Revista de la Facultad De Derecho*, No. 32, Montevideo, Enero-Junio, 2012, pp. 301- 305.

¹⁰ Publicada en el *DOF* el 19 de agosto de 1987. Cfr. Córdoba, S., “Punto de conexión domicilio”, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, vol. 76, t. 76, No. 7-12, 1990, pp. 203-210.

¹¹ Artículo 2o. “El domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias: 1. El lugar de la residencia habitual; 2. El lugar del centro principal de sus negocios; 3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; 4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare”. Artículo 3o. “El domicilio de las personas incapaces será el de sus representantes legales, excepto en el caso de abandono de aquéllos por dichos representantes, caso en el cual seguirá rigiendo el domicilio anterior”. Artículo 4o “El domicilio de los cónyuges será aquel en el cual éstos vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 2”. Artículo 5o. “El domicilio de los funcionarios diplomáticos será el último que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante. El de las personas físicas que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su Gobierno, será el del Estado que los designó”. Artículo 6o “Cuando una persona tenga domicilio en dos Estados Partes se la considerará domiciliada en aquel donde tenga la simple residencia y si la tuviere en ambos se preferirá el lugar donde se encontrare”.

constante y el asiento principal de los negocios, unidos a la voluntad de permanecer en el lugar en que se reside”.

De lo dicho anteriormente podemos afirmar que la residencia habitual del menor se puede determinar si se establece que ha residido en un lugar por más de 6 meses, y en este lugar tiene su “centro de vida”.¹² Si bien se utilizan dos conceptos distintos “residencia habitual” y “domicilio”, en el contexto mexicano debemos entender que la residencia habitual es un requisito necesario para establecer el domicilio. Es así que la residencia habitual se configura cuando: el menor ha vivido más de 6 meses en un territorio y existe la voluntad de aquellos que tienen la tenencia del menor de radicar en ese lugar.

Aun y cuando la ecuación para determinar la residencia parece sencilla, se pueden dar casos en los cuales se pueda considerar que la residencia habitual se tiene en cierto Estado a pesar de que la estancia haya sido breve, pero existen elementos que nos permiten comprobar que existe la voluntad de permanecer en él. Un claro ejemplo sería cuando el menor se encuentra temporalmente en un Estado en cumplimiento de un derecho de visita.¹³

La residencia habitual es primordial en la sustracción internacional de menores desde que ésta es el punto de conexión el cual permitirá determinar los sectores de la competencia judicial internacional y el derecho aplicable. Además de que es el criterio que permite determinar la internacionalidad del supuesto (cambio de residencia de un Estado a otro); el ámbito de aplicación espacial para ambos convenios (artículo 4o La Haya y 1o del Interamericano), y la ilicitud del traslado o retención del menor (artículo 3o La Haya y 3o del Interamericano).

6. LA JURISDICCIÓN

La jurisdicción es la potestad pública o la actividad propia del poder judicial de cada Estado para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por parte de los Tribunales previamente facultados, sin que dependa de que esté presente un elemento de internacionalidad. Por su parte la competencia judicial internacional vendría a aterrizar el ejercicio de ese poder en aquellos supuestos que tengan elemento de internacionalidad. De esta forma, la competencia judicial nacional vendría a concretar la competencia judicial internacional en un determinado Tribunal nacional.

Ahora bien, se hace necesario aclarar que el artículo 106 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece:

¹² Dreyzin de Klor, A., (coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias*, Buenos Aires, Advocatus, 1996, p. 46.

¹³ Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 27-34.

“Corresponde al Poder Judicial de la Federación, en los términos de la Ley respectiva, dirimir las controversias que, por razón de competencia, se susciten entre los Tribunales de la Federación, entre estos y los de las Entidades Federativas o entre los de una Entidad Federativa y otra”.

De la lectura de este artículo podemos deducir que los conflictos competenciales en el ámbito internacional no deben ser resueltos por conducto de este precepto, ya que este se limita a regular los conflictos competenciales *ad intra*. Por lo anterior es que afirmamos que debemos acudir a la normativa competencial de cada una de las Entidades Federativas o de cada uno de los Estados para dar respuesta a los aspectos competenciales *ad extra*. Sobre este punto es aplicable la siguiente tesis:

Competencia. Es improcedente el conflicto planteado ante el poder judicial de la federación, entre un tribunal mexicano y uno extranjero. De acuerdo con el artículo 106 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, corresponde al Poder Judicial de la Federación, en términos del Código Federal de Procedimientos Civiles, dirimir las competencias que se susciten en los casos siguientes: 1) entre tribunales de la Federación; 2) entre dichos tribunales y los de los Estados, y 3) entre los de un Estado y los de otro. El tercer supuesto se refiere a los casos en que emerge un conflicto competencial entre los tribunales pertenecientes a los Estados que conforman la República Mexicana, y no a un conflicto competencial suscitado entre un tribunal perteneciente a nuestro país y cualquier otro del orbe, pues de considerarse este último supuesto se estaría admitiendo la posibilidad de que el Poder Judicial de la Federación dirimiera un conflicto competencial entre un tribunal mexicano y otro de un país diverso, lo cual resulta inadmisibles, pues la intención del Constituyente de 1917 fue respetar la soberanía de las diversas naciones, contemplando en el artículo 133 constitucional la posibilidad de celebrar tratados internacionales, a los cuales quedan sujetos, una vez aprobados con las formalidades que la misma Constitución establece, las partes en conflicto así como el Juez de la causa.¹⁴

El régimen jurídico de la *sustracción internacional de menores* se encuentra disperso en diferentes instrumentos. Primero, en el *Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional* y el *Convenio Interamericano sobre Restitución Internacional de Menores*, y en segundo lugar, en los Códigos Civiles y Familiares, así como en los Códigos de Procedimientos Civiles y Familiares de las 32 Entidades Federativas que conforman el Estado mexicano.

De lo anterior se desprende que México cuenta con dos instrumentos convencionales para hacerle frente a la sustracción y restitución internacional de menores. En primer lugar estudiaremos el *Convenio de la Haya de 1980*¹⁵ y en segundo lugar, el *Convenio Interamericano sobre Restitución Internacional de Menores*.¹⁶

¹⁴ Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo V, Junio de 1997; Pág. 143. P. CIV/97.

¹⁵ Publicado en el *DOF* el 6 de marzo de 1992, mediante decreto publicado en el *DOF* el 14 de enero de 1991.

¹⁶ Publicado en el *DOF*, mediante decreto del 18 de noviembre de 1994.

Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores, este Convenio tiene como objetivo lograr que el interés superior del menor sea el parámetro primordial en lo que se refiere a las cuestiones relativas a su custodia. Lo anterior en el entendido de que el menor debe ser protegido de los efectos perjudiciales que puede ocasionarle un traslado o retención ilícita. En ese sentido, establece que por medio de la cooperación internacional se promuevan procedimientos que garanticen la restitución inmediata del menor al Estado de su residencia habitual.

La primera parte del Convenio de La Haya de 1980 define el ámbito de aplicación material y personal, es decir, el ¿para qué? y el ¿a quién? En este sentido, el artículo 1o establece los objetivos del convenio, estos son: 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 vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes. En otras palabras, este artículo prevé, amparar las situaciones de hecho que han sido alteradas por el traslado o el no retorno de un menor al lugar de su residencia habitual, así como proteger el interés superior del menor y el respeto a las relaciones jurídicas sobre las que pueden descansar tales situaciones.¹⁷

Si tomamos como referencia que las situaciones consideradas son heterogéneas, y que además al vincularse con otros asuntos los objetivos perseguidos se matizan, entonces eso hace evidente que no se pueda establecer una definición jurídica precisa sobre cómo se deben interpretar en todos los casos los objetivos del Convenio.

Sin embargo, lo que se repite en todas las **hipótesis** es que: 1) nos encontramos ante el traslado o retención ilícita de un menor fuera de su residencia habitual; 2) en esta residencia habitual una persona física o jurídica tenía el derecho de guarda, custodia o visita sobre el menor; 3) existe una solicitud de restitución del menor al último lugar de residencia habitual, y 4) frente a esta situación se puede negar u otorgar el retorno del menor. Estos serían los 4 puntos que aparecen en el supuesto que nos ocupa.

Este instrumento internacional regula únicamente la cooperación entre autoridades judiciales y administrativas con el fin de localizar y restituir el menor al lugar de su residencia habitual, así como lograr el respeto de los derechos de custodia y vista vigentes en uno de los Estados contratantes.

Es así que este Convenio no regula directamente el sector de la competencia judicial internacional ni el derecho aplicable. En principio está orientado a imponer la cooperación directa entre autoridades centrales y autoridades judiciales, independientemente de que los afectados puedan acudir directamente a las autoridades competentes de un Estado para solicitar la restitución del menor. En el caso mexicano, la Autoridad Central es la destinataria de las obligaciones que impone este Convenio, y por ello se le considera

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 9.

como el “organizador” de la cooperación. De tal manera, el artículo 7 señala algunas de las principales funciones con las que las Autoridades Centrales deben cumplir. Por su parte, el artículo 2o señala que los Estados contratantes deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se cumplan en sus territorios los objetivos del Convenio, y para esto deberán recurrir a los procedimientos de urgencia que dispongan. En esta misma línea, el artículo 12 señala que las autoridades deberán actuar con urgencia en los procedimientos sobre restitución de menores, ordenando la restitución inmediata de éste en un plazo inferior a un año desde que se produjo el traslado o retención ilícita o aun cuando este plazo haya expirado siempre y cuando no se demuestre que el menor ha quedado integrado en su nuevo entorno.¹⁸

Ahora bien, las medidas que se deben considerar para el cumplimiento de este instrumento son responsabilidad de cada uno de los Estados contratantes. “Dicha cooperación debe desarrollarse a dos niveles: ante todo las Autoridades Centrales deben cooperar entre ellas; pero, además, deben promover la cooperación entre las autoridades competentes en la materia en sus Estados respectivos. La realización efectiva de esta promoción dependerá en gran medida de la capacidad de acción que cada derecho interno conceda a las Autoridades centrales.”¹⁹

Competencia para conocer de las cuestiones relacionadas con la restitución de menores derivadas de la convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de aquéllos adoptada en la haya. Corresponde al juez que elija el actor. La finalidad de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada en La Haya, Países Bajos, el 25 de octubre de 1980, es la de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de custodia y visita vigentes en uno de estos Estados se respeten en los demás Estados contratantes; lo cual se refleja en una protección de intereses particulares de los afectados con el traslado o la retención ilícita de menores, mientras que la designación de una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que impone la citada Convención es solo con el objeto de promover la colaboración entre las autoridades competentes, a fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y conseguir el resto de los objetivos de la propia Convención, de suerte que su gestión no involucra intereses de la Federación sino que solo interviene para la protección de intereses particulares. Consecuentemente, se actualiza la hipótesis de competencia concurrente que contempla el artículo 104, fracción I, de la Constitución Federal, ya que en las controversias del orden civil o criminal suscitadas sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales en los que solo se afectan intereses particulares, corresponde al actor elegir el fuero al que se somete la controversia²⁰

¹⁸ Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de la Aplicación del convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, Madrid, Dykinson, 2002, p 113.

¹⁹ Pérez Vera, E., “Informe explicativo...”, *op.cit.*, párrafo 89.

²⁰ Localización: [TA]; 8a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Tomo XIII, Junio de 1994; Pág. 243. 3a. XXXII/94.

De lo anterior se desprende que tanto el sector de competencia judicial internacional, el de derecho aplicable y el de reconocimiento y ejecución de sentencias se encuentran excluidos de este Convenio. Sin embargo, en lo referente a la competencia judicial internacional tenemos que el artículo 16 establece que:

[...] las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.

Lo anterior ha sido calificado por la doctrina como “una regla de competencia judicial internacional negativa”, es decir, le impide conocer.²¹ La exclusión de la competencia judicial internacional del ámbito material del convenio de La Haya implica no sólo la inexistencia de normas positivas de competencia, sino también de normas negativas en el sentido de que el acto de restituir entraña una prohibición de conocer para los Tribunales que deben restituir al menor.²²

Por lo que respecta al derecho aplicable tenemos que este Convenio utiliza una regla de reglamentación indirecta para darle solución a este sector. De tal manera que este instrumento tendrá que coexistir necesariamente con la normativa autónoma de cada uno de los Estados.

El contenido de este instrumento internacional, en continuidad con el Convenio de La Haya, regula la sustracción internacional de menores. Son pocas las diferencias que encontramos entre éste y el de La Haya, es así que el artículo 1o establece que tiene por objeto asegurar la pronta restitución de los menores, y que se hagan respetar los derechos de guarda, custodia y visita vigentes en otro Estado parte. De ahí que sólo se centre en regular los aspectos civiles de la sustracción, a pesar de que en el artículo 26 se prevea un aspecto penal.²³

En cuanto al ámbito personal tenemos que sólo será aplicable a los menores que no hayan cumplido los 16 años de edad (artículo 2o). De ahí que se excluya la competencia de cada Estado para la fijación de la edad. Desde nuestra perspectiva, consideramos que hubiera sido un error apelar a la regulación indirecta para determinar la edad, por ello coincidimos en que el establecimiento de una norma material convencional que la determine es un acierto que promueve la suscripción de otros Estados en el futuro.²⁴

²¹ Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E., (dirs.) *El derecho de familia...*, op.cit., p.166

²² Jiménez Blanco, P., op. cit., p. 52

²³ Artículo 26. “La presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito”.

²⁴ Álvarez Cozzi, C., *Restitución internacional de menores*, Montevideo, Editorial, Universidad, 1988, p. 16.

Respecto a la ilicitud del traslado o retención tenemos que éstos serán considerados ilícitos cuando se produzcan en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor (artículo 4o). Igualmente podrán instaurar este procedimiento las personas e instituciones mencionadas anteriormente (artículo 5o), así como serán competentes para conocer sobre la solicitud las autoridades judiciales y administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención; las del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o las del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación (artículo 6o).

En México, el padre o la madre o el titular de la guarda y custodia de una niña, niño o adolescente que fue sustraído de su residencia habitual (conocido también como lugar de origen) deberá hacer del conocimiento de los hechos a la Secretaría de Relaciones Exteriores, y cumplir con los requisitos documentales que la ley le imponga para formular una solicitud de restitución, con lo cual dará inicio el procedimiento administrativo correspondiente.

Existen casos de excepción en la restitución internacional de menores:

- Que la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.
- Que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable²⁵.
- Que la niña, niño o adolescente tenga un año o más viviendo en el extranjero y se encuentre adaptado a su entorno²⁶.
- Que haya cumplido 16 años de edad.
- Cuando la autoridad judicial o administrativa del estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de restitución del menor²⁷.
- De lo anterior cabe destacar que dichas excepciones únicamente serán procedentes, si se demuestran fehacientemente los hechos por los cuales se niega la restitución.

²⁵ Artículo 13 de la Convención .

²⁶ El artículo 12 de la Convención establece que será procedente la restitución si el proceso se inició antes de un año (a partir del traslado del menor) en este caso, la autoridad competente podrá ordenar la restitución inmediata del menor, pero si transcurrió un lapso mayor se ordenará la restitución, salvo que se demuestre que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

²⁷ Artículo 12 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de menores.

Del procedimiento especial para la restitución internacional de menores (México como país de destino o requerido)

En un primer momento, debe aclararse que existen dos tipos de procedimientos, uno de carácter administrativo²⁸ y otro contencioso; la madre o el padre o quien tenga a su cuidado la guarda y custodia del menor sustraído de su residencia habitual, deberá presentar la petición ante la autoridad Central o Consulado mexicano, y este a su vez ante la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), autoridad que de acuerdo al Convenio de la Haya será quien vigilará el cumplimiento de la aplicación de este instrumento, que lo hará a través de la Dirección General de Protección y Asuntos Consulares, particularmente, mediante la Oficina de Derecho de Familia, encargada del cumplimiento de las obligaciones que impone la Convección.²⁹

El compromiso que asume México como autoridad central al firmar la convención sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores es el siguiente:

- Generar medidas para la localización
- Prevenir que sufra mayores daños y evitar perjudicar a las partes interesadas.
- Garantizar la restitución voluntaria del menor de edad.
- Iniciar o facilitar la apertura de un *juicio o procedimiento jurisdiccional* o administrativo para que se decrete un régimen de visitas con el progenitor(a) del que fue separado.
- Garantizar, administrativamente, la restitución de la niña, el niño o el adolescente, sin riesgo para éste.

En caso de no ser posible la restitución del menor por este medio, se realizará por la vía contenciosa, conocerá el poder judicial, específicamente, un juez internacionalmente competente quien decidirá sobre la procedencia o la no restitución del menor. La obligación de la autoridad central, deberá ser con el aporte y facilitación de todo tipo de información que sea útil para el desarrollo del caso, así como facilitar toda la cooperación institucional. Los jueces federales o del ámbito local o del fuero común de acuerdo a los artículos 124 y 104, Constitucional, 19 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Los preceptos legales aplicables en el procedimiento especial para la restitución internacional de menores son: artículo 4º, 14, 16 y 133 Constitucional, artículo 3o de la Convención sobre los Derechos del Niño, Código Federal de Procedimientos civiles³⁰, en los asuntos del orden federal, la cooperación judicial internacional se registrará por las disposiciones de dicho ordenamiento y demás leyes aplicables, los artículos 3, 4, 6 y 7 de

²⁸ El procedimiento administrativo sobre restitución internacional de menores inicia en el momento en el que la Autoridad Central (SRE) recibe la solicitud y la acepta. Una vez aceptada la solicitud, la SRE es responsable de girar los oficios correspondientes a las demás dependencias de la administración pública para que con su ayuda se localice al menor. Ya que ha sido localizado el menor, la Autoridad Central debe verificar que se cumplan todos los requisitos que establecen los artículos 8o del Convenio de La Haya y el 9o del Interamericano, con el objeto de que su aplicación sea posible ante la justicia respectiva.

²⁹ Artículos 6o. y 7o.

³⁰ Artículos 8543 y 546

la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos), la Tesis Núm. LXXXVII/99. Tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales, y en un segundo plano respecto de la Constitución, Código de Procedimientos Civiles y Código Civil, Ley para la Protección y Desarrollo de los Menores de la entidad respectiva, *exhortos o cartas rogatorias*³¹ (*una restitución de menores en la cual no existe un instrumento convencional que vincule a ambos estados*).

7. CONCLUSIÓN

La Convención de la Haya de 1980. Tiene como objetivo proteger a las niñas y niños que han sido sustraídos de su residencia habitual por alguno de sus progenitores y de asegurar su pronta restitución.

El Convenio exige que todos los Estados firmantes ordenen la restitución a más tardar en 6 semanas³². Sin embargo, este plazo no se cumple en la mayoría de los países, incluyendo a México.

El diagnóstico sobre este tema, ha sido que los criterios judiciales en México, no obstante que la cancillería mexicana y el Poder Judicial de la Federación han suscrito convenios para agilizar trámites, lo que permitirá aportar experiencias al poder Legislativo para la creación de una ley (es) específica (s), procedimientos judiciales y administrativos más ágiles, la inmediata intervención de autoridades, así como poner de eje los principios internacionales con la finalidad de salvaguardar los derechos de las niñas y niños; han carecido de uniformidad, generando que los procedimientos se alarguen, lo que vulnera la urgencia en la situación de los menores afectados.

Por lo que respecta el “interés superior del menor”, debe entenderse: como el derecho que tiene a no ser sustraído o trasladado ni retenido ilícitamente; a un procedimiento sobre la decisión de la guarda o custodia se dilucide ante el juez del Estado de residencia habitual de éste; a mantener contacto con ambos progenitores y sus familias; a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional.

En México de acuerdo a datos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, entre el 1º de septiembre de 2013 y el 30 de junio de 2014 fueron gestionados 256 casos de sustracción internacional que involucraron a 368 menores.

En 2015 existían 471 casos activos en relación con 667 menores.

³¹ México es suscriptor de la convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (DOF, 25 de abril de 1978) y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (DOF, 28 de abril de 1983). Por otro lado, existen otros acuerdos relacionados con el exhorto, como por ejemplo la convención de Viena sobre Relaciones Consulares (DOF, 11 de septiembre de 1968).

³² Artículo 11 de la Convención.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez Cozzi, C. (1988). *Restitución internacional de menores*, Montevideo, Editorial, Universidad.
- Artículo 1, incisos a) y b), disponible en la página *web* de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de marzo de 1992. Disponible en <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt28es.pdf>.
- Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.) *El derecho de familia...* p. 166
- Córdoba, S. (1990). "Punto de conexión domicilio", *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, vol. 76, t. 76, No. 7-12, pp. 203-210.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917 TEXTO VIGENTE Última reforma publicada DOF 24-02-2017. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf
- CNDH, Comisión Nacional de Derechos Humanos. <http://www.cndh.org.mx>
- Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. http://www.oas.org/dil/esp/convenio_de_la_haya_sobre_los_aspectos_civiles_de_la_sustraccion_internacional_de_menores.pdf
- Convención interamericana sobre restitución internacional de menores. <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/marcoLegal/08/2013/DIGESTUM08087.pdf>
- Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias*, Buenos Aires, Advocatus, 1996, p. 46.
- Gómez Bengoechea, B. (2002). *Aspectos civiles de las sustracción internacional de menores. Problemas de la Aplicación del convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, Madrid, Dykinson, p. 113.
- Jiménez Blanco, P. (2008). *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, pp. 27-34.
- Matus Calleros, E. (2009). Derecho internacional privado mexicano ante la restitución internacional de menores, ITAM-IIJ/UNAM, México, p. 11.
- Ponce de León Armenta, Luis (2011). *"Metodología del Derecho"*, 13 a. ed., México, Editorial Porrúa, p. 70.

Pérez Vera, E. "Informe explicativo...", *op.cit.*, párrafo 89.

Poder Judicial de la Federación. <https://www.scjn.gob.mx>

Secretaría de Relaciones Exteriores de México, "Custodias internacionales". <https://www.gob.mx/sre/acciones-y-programas/custodias-internacionales>

Tesis de rubro: Derecho de los menores de edad a convivir con sus padres. Modos de resolver su conflicto con el derecho del progenitor custodio a decidir su lugar de residencia. Datos de localización tesis número 1a. LXIX/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Primera Sala, Libro XVIII, marzo de 2013, Tomo 1, p. 883, Tesis Aislada (Civil).

Villabella Armengol, Carlos Manuel (2009). "*La investigación y la comunicación científica en la ciencia jurídica*", Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Universidad de Camagüey, México, pp. 74-76.