

Restitución Internacional de Menores Aplicación Interna de una Convención

Laura Trigueros G.

Sumario: Introducción / Convención sobre restitución internacional de menores / Aplicación de las convenciones por tribunales locales / Análisis de las resoluciones emitidas / Conclusiones.

introducción

La protección de menores es actualmente una preocupación mundial. Los casos de abusos contra los niños, el maltrato por quienes los tienen bajo su guarda y custodia, su traslado ilegal a un lugar distinto a aquel en el que residen, y el tráfico de toda clase de personas menores de edad, ha ido en aumento.

La comunidad internacional se ha visto en la necesidad de propugnar por la celebración de convenciones y tratados internacionales con objeto de evitar estas irregularidades y de resolver los problemas que generan en perjuicio de los niños.

El problema se ha enfocado desde distintos ángulos. Tradicionalmente se han celebrado tratados en relación con la protección de menores, a través de la regulación de instituciones que daban una respuesta a los problemas que anteriormente prevalecían, como es el caso del Tratado de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de tutela de 1902, que se aplicó durante mucho tiempo en el ámbito europeo.

En fecha muy posterior, en la IX Conferencia de La Haya, se firmó la Convención sobre Competencia de las Autoridades y Ley Aplicable, en materia de Protección de Menores, el 5 de octubre de 1961 cuyo objeto es resolver los problemas concretos de regulación que se suscitan por las diferencias normativas entre los sistemas jurídicos del área.

En la actualidad, tales medidas resultan insuficientes, por lo que se ha empezado a abordar la materia a través de instrumentos de distinto carácter.

En ocasiones se ha optado por convenciones de carácter general, como la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre los Derechos del

Niño, que México ratificó formalmente, con su depósito en la sede de la organización, el 30 de septiembre de 1990, y de la cual son parte casi todos los países miembros de las Naciones Unidas. En ella se han tratado de recopilar los principios reconocidos internacionalmente como válidos en la materia y se ha formulado una síntesis de las soluciones a las que se ha llegado en estos momentos respecto de los aspectos más críticos del problema. En otras, se ha decidido enfrentar la situación a través de instrumentos más concretos, y en este sentido los cauces que se siguen han tomado dos direcciones:

- una que aborda el problema a través de las instituciones jurídicas propias de la protección de menores reguladas por la mayor parte de los sistemas jurídicos, como la adopción, y las regulan en sus aspectos internacionales;²

- y otra que busca un remedio eficaz para los casos de incumplimiento de las obligaciones en relación con los menores, como son las convenciones relativas al cumplimiento de la obligación alimentaria, al respe-

Sobre la protección internacional de menores y la Convención sobre los Derechos del Niño ver Ricardo Abarca Landero, "El tráfico de menores: la educación y la axiología", en *Memoria del XIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, ed. UAM-A, México 1992, p. 197 ss.; Patrick Staelens Guillot, "La Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño", en *Memoria del XVI Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, ed. Universidad de Ciudad Juárez, 1993. ² En el ámbito interamericano se cuenta con una convención sobre adopción internacional de menores, que se abrió a firma en el seno de la IV Conferencia Interamericana especializada de Derecho Internacional Privado, auspiciada por la OEA en 1984, de la que México es parte; en la Conferencia de Derecho Internacional de La Haya se formuló este año una convención sobre el mismo tema que ya ha sido firmada por México *ad referendum*.

to del derecho de custodia y a la sustracción y retención ilícita de menores.

Como complemento a lo anterior, con objeto de hacer frente al tráfico de menores que en este momento es el problema más grave a que se enfrenta la comunidad internacional en relación con el tema, se trabaja, en el seno de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado en un tratado que regule los aspectos penales de la cuestión a fin de preservar los derechos del menor y de quienes ejercen la patria potestad sobre ellos, así como de evitar los riesgos de daño y los peligros a que los menores se ven expuestos.⁴

Los tratados de referencia tienen dos ámbitos de concertación y de aplicación: el europeo y el americano. Solamente la convención sobre los derechos del niño tiene una perspectiva universal.

Sin embargo, en algunos casos las conferencias internacionales han empezado a ampliar su ámbito de acción, como es el caso de la de La Haya que trabaja sobre una convención sobre adopción internacional de menores en la que se han admitido, como observadores con derecho a voz, a países que no son miembros de la conferencia, pero que tienen un interés fundamental en la problemática que se discute, como son los latinoamericanos y los asiáticos.

Convenciones sobre restitución internacional de menores

Aunque con distintas denominaciones, dos son los tratados internacionales que abordan el problema de la protección del menor en los casos en que se le traslade o se le retenga ilícitamente fuera del lugar de su residencia habitual; y, paralelamente, se asegure el derecho de guarda y custodia de sus titulares:

- la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 5 de octubre de 1980, de la que México es parte, por adhesión, desde 1991, y

- la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores que se abrió a firma en 1992.

Sus textos son muy semejantes. Tienen como objeto la protección del menor contra su desplazamiento o retención ilícitos, la protección del derecho de guarda y custodia, y el aseguramiento del derecho de visita. Prevén para tal efecto, un procedimiento para garantizar el retorno inmediato del menor al lugar de su residencia habitual.⁵

Establecen como requisitos para que el procedimiento pueda instaurarse el que exista una violación al derecho de guarda y custodia atribuido a una persona o institución por el derecho del estado de residencia habitual del menor, anterior al desplazamiento y la comprobación de que ese derecho se ha ejercido efectivamente hasta el momento del desplazamiento o retención.⁶

Con la finalidad de hacer más expedito el cumplimiento de las obligaciones que impone la convención y de asegurar la cooperación para el retorno inmediato del menor, los estados parte deben nombrar a una autoridad central que se ocupe de tomar las medidas necesarias para su localización, procurar su devolución voluntaria y prevenir los peligros a que el menor pueda estar expuesto, mediante las medidas provisionales que sean necesarias. Estas autoridades centrales tienen la obligación de intercambiar información entre sí y de iniciar los procedimientos judiciales o administrativos que el caso requiera.⁷

La devolución del menor puede ser negada por la autoridad competente siempre que la solicitud sea legalmente improcedente en virtud de que la persona que la solicita no acredite su derecho, que se pruebe que el menor estaría en grave riesgo de sufrir un daño físico o psicológico, que el menor se oponga a su traslado -cuando tenga la edad y la madurez suficientes para hacerlo-, o por violación de los principios fundamentales del estado requerido. En la convención interamericana se agregan, además, como causas para motivar la negativa, el que la persona que ejercía la

3 En la IV Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado celebrada en Montevideo, en 1989, se firmó la Convención sobre Obligaciones Alimentarias en la que se acordó un sistema de cooperación en materia de ejecución de sentencias extranjeras en la materia y de medidas provisionales para el aseguramiento y cobro de alimentos.

Por lo que respecta a la sustracción y retención ilícita de menores existen en la actualidad dos convenciones, una de La Haya firmada en 1980, y otra interamericana firmada en 1989.

4 La V Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado que se celebrará en México en 1994, tendrá como uno de sus temas principales un proyecto de Convención sobre los Aspectos Civiles y Penales del Tráfico de Menores, proyecto que ha sido elaborado por la comisión de asesores externos de la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

5 Artículos 1 y 2 de la Convención de La Haya y artículo I de la Convención Interamericana.

6 Ver Pedro Pablo Marralles Sangro, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989, pp. 94 y 95.

7 Para los efectos de dar cumplimiento a la Convención, México ha designado como autoridad central para otorgar la cooperación internacional requerida, a la Coordinación de Asesoría y Defensoría Legal a Mexicanos en el Extranjero, dependiente de la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

guarda y custodia del menor haya consentido al desplazamiento o a la retención del menor.⁸

En ambos instrumentos se considera autoridad competente para conocer y dar trámite a la solicitud de restitución y, en su caso, conocer de la controversia respectiva, a la autoridad de la residencia habitual del menor. En casos de urgencia, la convención interamericana prevé la posibilidad de actuar ante la autoridad judicial o administrativa del estado donde el menor se encuentre o ante aquélla del estado donde se produjo el ilícito objeto de la reclamación.¹⁰

Triplicación de las convenciones por tribunales locales

La convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ha sido aplicada en varias ocasiones por los tribunales de distintas entidades federativas. A la fecha se ha logrado la restitución de menores al extranjero aproximadamente en dieciséis casos.

El procedimiento se ha seguido a través de la autoridad central designada por el gobierno mexicano, la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

La integración del expediente, a cargo de la autoridad que requiere la cooperación, debe comprender la fundamentación del derecho que tiene el solicitante respecto del menor, los datos de la persona que lo sustrajo de su domicilio y todos aquellos que permitan la localización y recuperación del menor de edad. Debe además incluirse prueba de que la edad del menor es inferior a los dieciséis años.

Una vez que se ha recibido la solicitud de restitución de la autoridad extranjera, en la mayor parte de los casos proveniente de la autoridad central de los Estados Unidos de América, la consultoría se ha dirigido al tribunal competente del estado en donde se presume que el menor se encuentra, de acuerdo con los datos proporcionados por la propia autoridad extranjera, a través del tribunal superior de justicia de la entidad. En los casos que se han podido consultar, se trata del juzgado civil o mixto de primera instancia.

El procedimiento que se ha seguido para obtener la restitución es el siguiente:

- Se presenta ante el tribunal la solicitud de restitución del menor enviada por la autoridad central extranjera y, con fundamento en la aplicación de la convención, se le pide se sirva dictar las medidas necesarias para su localización y, en su caso, resuelva sobre la restitución, "para dar cumplimiento y ejecución a la convención, por tratarse de un asunto de interés público y social y por constituir un compromiso internacional adquirido por México".¹⁵

- Una vez localizado el menor, el funcionario del juzgado notifica a la persona que lo tiene bajo su custodia de hecho, la existencia de la solicitud de restitución y le previene para que entregue al niño en un plazo determinado. Asimismo, le informa que puede negarse a cumplir con lo ordenado en la prevención siempre que manifieste las causas o impedimentos legales que se lo impiden.

- Salvo en los casos en que el menor no ha sido localizado, se ha logrado la entrega voluntaria de los niños, bien sea a la autoridad central, mediante su depósito en las instalaciones de la Dirección para la Protección de la Infancia, o bien a la persona que ejerce el derecho de custodia.

⁸ Existen algunas diferencias entre la Convención de La Haya y la interamericana sobre este tema. Puede consultarse al respecto el trabajo de José Luis Siqueiros y Víctor Carlos García Moreno, "La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores", en *Memoria del XJH Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, ed. UAM-A, México 1992, pp. 89 a 102. Convención de La Haya, artículo 13 y en la Convención Interamericana, artículo 6. La autoridad requerida para otorgar la restitución del menor, deberá obsequiarla a la brevedad posible, para lo cual se fija un término de seis meses en la Convención de La Haya y de un año en la Interamericana.

¹⁰ En la Convención Interamericana se prevé como autoridad competente para la de la residencia habitual del menor, pero se complementa el precepto aludiendo a los casos de urgencia, con objeto de dar mayor celeridad al procedimiento y de evitar que existan mayores problemas y dilaciones debido al desplazamiento del menor por quienes lo retienen.

En todos los casos se prevé la intervención de la autoridad central designada por los estados parte con objeto de acelerar la localización y la devolución voluntaria del menor, y sólo en caso indispensable recurrir a los procedimientos judiciales o administrativos necesarios. En los casos de referencia se ha fundamentado la solicitud de restitución en la Convención de La Haya, porque en ese momento era la única que se había firmado y ratificado por el país. ¹² Concretamente la Coordinación de Asesoría y Defensoría a Mexicanos en el Extranjero que ha logrado la devolución de los menores a quienes detentan el derecho a su guarda y custodia, de manera voluntaria. Es de hacerse notar que en todos los casos ha existido una respuesta favorable, tanto de las autoridades competentes como de los particulares que tienen en su poder al menor; ha contribuido a ello el que la solicitud formal y la que se ha hecho valer ante los interesados se ha fundamentado en la obligación internacional que México ha contraído, como parte de la Convención.

¹³ En ambos instrumentos internacionales, la convención deja de aplicarse en el momento en que el menor cumple los dieciséis años. Sin embargo también en ambas se prevé, en forma complementaria, que se oiga la opinión del menor respecto de su restitución, cuando éste tenga edad o madurez suficiente para ese efecto. Artículo 20 en la de La Haya y 11 en la Interamericana.

¹⁴ Para los efectos del presente trabajo se tomará como modelo el caso de restitución del menor Marco Antonio Dávalos, resuelto el 18 de septiembre de 1992, por el Juzgado de Primera Instancia en materia civil del Distrito Judicial de Mina, con sede en Coyuca de Catalán, estado de Guerrero.

¹⁵ Expediente 356-1/992, pp. 2 y 4.

En todos los casos la autoridad judicial ha otorgado los plazos que ha juzgado conveniente para que la entrega del menor se realice. En ocasiones, incluso ha solicitado la presencia del padre que inició la gestión para que el niño le fuera entregado personalmente, con objeto de que el menor no se viera perjudicado.¹⁶

En todos los casos la autoridad judicial dictó los proveídos que consideró necesarios y la resolución sobre la restitución, con base en la Convención de La Haya.

En ninguna de las resoluciones de los tribunales locales se hizo mención de la sentencia o resolución, judicial o administrativa, emitida por la autoridad extranjera que pudo haber servido como fundamento a la solicitud de restitución.

Análisis de las resoluciones emitidas

El obsequio de una solicitud de cooperación como la que resulta de la Convención sobre la Sustracción Internacional de Menores plantea algunos problemas que es necesario analizar. Para estos efectos se tomará como modelo el expediente del caso relativo a la solicitud de restitución del menor Armando Dávalos, que se formuló ante el juez mixto de primera instancia de Coyoaca de Catalán, estado de Guerrero.

El tribunal competente

El primer problema a estudiar es el relativo a la competencia del tribunal ante quien se actuó.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 104, fracción I de la Constitución, la aplicación de los tratados y la resolución de las controversias que

de esa aplicación se deriven, competen a los tribunales federales. Solamente en el caso de que los intereses en conflicto fuesen exclusivamente particulares, es posible acudir ante un juez del orden común y pedir su intervención, en uso de facultades coincidentes o de jurisdicción dual.

En el caso, se presentó la solicitud de restitución ante el tribunal local con fundamento en la aplicación del tratado; se hizo uso, efectivamente, de las facultades coincidentes otorgadas en el artículo 104-1, por lo que no existe motivo alguno para dudar de la legitimidad de su competencia.

Pero debe considerarse además que, por lo que respecta al fondo del asunto, a la cuestión sustantiva sobre la que versaba el procedimiento, el juez de Coyoaca podía sostener su competencia válidamente, ya que su actuación se dio en relación con una materia que constitucionalmente le corresponde conocer, por ser los problemas relacionados con menores, de competencia local.

La autoridad central designada para efectos de la ejecución de la convención pudo haber acudido ante el juzgado de distrito correspondiente, también con fundamento en la disposición contenida en el artículo 104-1. Estrictamente hablando, estaría en su derecho de hacerlo. Los tribunales federales son competentes para conocer y resolver una controversia en este supuesto, la aplicación de un tratado internacional. Sin embargo, por lo que se refiere a la materia misma objeto de la resolución, la actuación del juez de distrito provocaría una clara interferencia en el ámbito local, una invasión de competencias.

La interferencia o invasión no se presenta en relación con la celebración del tratado o de la convención. Es indiscutible que el Presidente de la República está facultado para celebrar todo tipo de acuerdos internacionales que no sean contrarios a la Constitución, mientras se respete el procedimiento que la propia Constitución establece.¹⁷

Pero la situación es diferente por lo que toca a los actos de aplicación de tales acuerdos. La división de competencias entre las instancias federal y local subsiste. La facultad de las autoridades federales se agota con la celebración del tratado por el ejecutivo; a partir de ese momento, son competentes las autoridades locales para todo lo que se refiere a poner en práctica sus disposiciones. La dificultad subsiste por cuanto a que el artículo constitucional mencionado no distingue en lo referente al contenido de los tratados. De ahí deriva la necesidad de definir si en estos casos, por virtud de la distribución de competencias realizada por la

¹⁶ En el caso se resolvió así a petición de los abuelos maternos que tenían al menor, por considerar que su traslado a una institución de protección a la infancia causaría problemas al niño, tal como consta en el expediente citado.

¹⁷ Sobre la discusión de este problema pueden consultarse los estudios de Ricardo Abarca Landero, "Facultades para celebrar tratados en materias reservadas a los estados de la federación", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 6, México, 1982, pp. 142 y ss.; Elisur Arteaga Nava, "Los estados y los tratados" y "Los tratados y las convenciones en el derecho constitucional", en *Derecho constitucional estatal*, ed. Porrúa S.A., México, 1988, pp. 104 a 128; Laura Trigueros G., "Los problemas de aplicación interna de los tratados", en *Revista Alégalos*, núm. 10, dic. 1988, pp. 140-145; Miguel Hernández Solís, *Los tratados y la constitución*, tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 1958; Luis Miguel Díaz, "Tratados internacionales y la Constitución", en *Anuario Jurídico*, núm. X, UNAM, México 1983, pp. 38 ss.; Fernando Vázquez Pando, "Comentario a la convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, a la luz del derecho mexicano", en *Anuario Jurídico*, núm. X, UNAM, México, 1983, pp. 41 y ss.; Loretta Ortiz Ahlf, "Comentarios sobre algunos problemas de derecho internacional público que plantean las convenciones de derecho internacional privado", en *Memoria del XIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, UAM-A, México, 1992, pp. 169 a 184.

¹⁸ *Idem*.

Constitución, los tribunales federales están impedidos para aplicar las convenciones de esta naturaleza, en virtud de que carecen de facultades para actuar sobre la materia sustantiva sobre la que versan.

Algunos autores han sostenido que, dado que los tratados y las convenciones son, por naturaleza, de carácter internacional, no pueden interpretarse ni aplicarse siguiendo los criterios que se utilizan en la interpretación y aplicación de las leyes. No pueden equipararse con ellas.

En esta virtud, consideran que los instrumentos internacionales, por lo que se refiere a los criterios para su aplicación, tienen un carácter "nacional", es decir, deben ser observados en toda la República, sus preceptos son obligatorios para todos sus habitantes y autoridades. Por consecuencia, afirman que son las autoridades federales, las únicas que pueden actuar en este nivel nacional; son ellas las competentes para reglamentar, en los casos que fuera necesario, los tratados y convenciones de cualquier tipo, inclusive los de contenido material local; son ellas también las encargadas de realizar todos los actos de aplicación de los mismos.

El razonamiento anterior es excesivo. Es cierto que al celebrarse un tratado o convención internacional, respetando todos los requisitos que la Constitución exige para ello, el estado parte queda obligado internacio-nalmente a respetarlo y cumplirlo íntegramente. Adquiere responsabilidad internacional a ese respecto; ésta se le puede exigir ante cualquier acto de incumplimiento por los demás estados signatarios.

Pero no puede afirmarse categóricamente que ésta sea una obligación pura y simple en todos los casos, ni que sea idéntica respecto de cualquier tipo de estado que celebre un acuerdo internacional. Prueba de ello son las diferentes reservas que los estados signatarios pueden hacer al texto de la convención o del tratado, y las declaraciones que pueden formular respecto de su interpretación.

Entre las reservas admitidas internacionalmente y que gran parte de los tratados contienen, está la que se refiere a los términos de su aplicación en el ámbito territorial, llamada cláusula federal.

En efecto, muchos estados pueden comprometerse a hacer efectivo el acuerdo internacional que suscriben en todo su territorio sin problema alguno y, por tanto, la obligación que contraen tiene el carácter mencionado. Los estados unitarios y aquellos de sistema político complejo, en los que todo lo relativo a la

¹⁸ Esta tesis es sustentada por F.A. Vázquez Pando, *op. cit.*; L. M Díaz, *op. cit.*, Loretta Ortiz Ahlf, *op. cit.* y M Hernández Solís, *op. cit.* ¹ *ídem*.

creación, modificación y aplicación de la legislación sustantiva se ha atribuido a los poderes centrales, no tienen problema al respecto. En ellos, efectivamente el tratado tiene carácter nacional, en el sentido de que su aplicación es obligatoria en todo su territorio.

Pero existen estados de estructura compleja, algunas federaciones y, en general las confederaciones, que no tienen estas características. En ellos la autonomía local es más amplia; comprende la creación de un ordenamiento jurídico propio de cada entidad, que abarca un número variable de materias, de acuerdo con lo establecido por la Constitución general en cada caso. Los poderes centrales no pueden modificar estos ordenamientos internos de manera directa, ni pueden comprometerse a aplicar las disposiciones de los acuerdos internacionales en esos territorios. No están autorizados constitucionalmente para hacerlo.

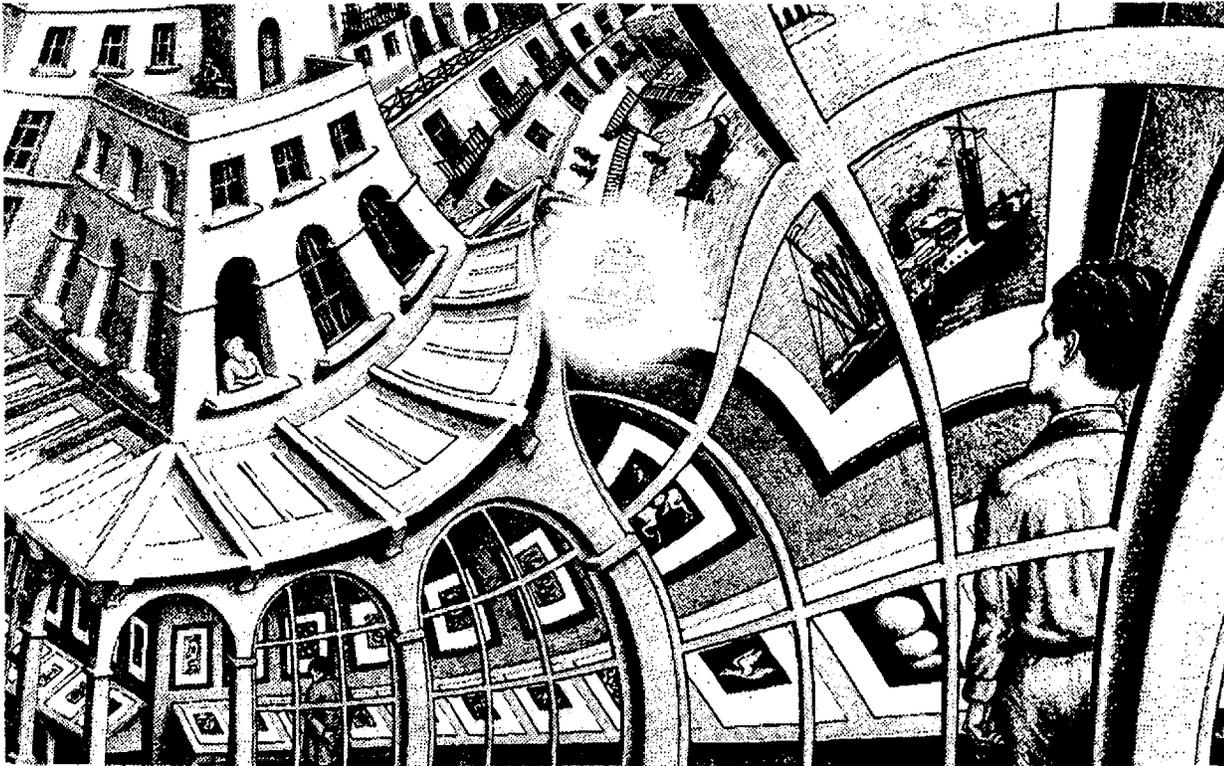
Aún en los casos en que las autoridades centrales tienen facultades para crear la normatividad de carácter sustantivo, una de las características más comunes en los estados complejos, y especialmente en los sistemas federales, es el mantener dentro del ámbito de competencia local la organización de la administración de justicia local. Aun cuando los estados miembros no tengan facultades para crear su propio sistema jurídico en toda su extensión, pueden establecer y organizar sus tribunales y emitir sus códigos de procedimientos civiles y, de acuerdo con la competencia que se les atribuya en la Constitución, conocer y resolver las controversias que se presenten en su ámbito territorial de competencia. De ahí la primacía de los tribunales locales para aplicar las convenciones internacionales dentro de sus territorios.

En estos casos no puede afirmarse, de manera general, que los tratados y las convenciones internacionales tengan carácter "nacional", con todas las consecuencias antes mencionadas. No pueden aplicarse directamente por los poderes centrales en todo el territorio del estado. Es necesario que las autoridades locales lo hagan, a través del procedimiento adecuado para ello.

²⁰ Los estados federales gozan de diversos grados de autonomía, por lo que no puede hacerse una referencia general respecto de ellos. En aquellos que autorizan a sus miembros a crear un sistema jurídico propio, la dificultad mencionada se presenta en toda su extensión. Se requiere la participación directa de cada entidad para incorporar o aplicar el tratado dentro de su territorio.

Los que ejercen autonomía jurídica más limitada tienen, al menos, facultades propias en materia de competencia judicial, por lo que los tratados o convenciones internacionales en estas materias deben sujetarse a un procedimiento de aceptación interna, cualquiera que éste sea.

²¹ C/r. las disposiciones relativas en las constituciones de la República Argentina, República Federal de Alemania, Confederación Helvética.



El hecho de que sea el Poder Ejecutivo Federal quien esté facultado para celebrar tratados internacionales en un estado federal, sin importar la materia sobre la que versen, no significa que tal materia, por estar contenida en el tratado, entra a formar parte de la competencia de los poderes federales, no puede considerarse federalizada.

A menos de que exista disposición constitucional al respecto, un tratado no puede alterar la distribución de competencias establecida en la ley suprema. Esta no se altera por la sola celebración del tratado, como anteriormente se mencionó, pero sí por los actos de aplicación, cuando éstos se llevan a cabo por autoridades federales.

Cada sistema federal tiene características propias y especiales respecto de la distribución de competencias entre los poderes centrales y las entidades que los componen, pero todos establecen como principio general fundamental la imposibilidad de alterar esa distribución por los poderes constituidos.

Es únicamente la propia Constitución o, en su caso el supremo tribunal constitucional, quienes pueden modificar el equilibrio entre los dos ámbitos de poder.

Pero en la mayoría de los casos, son estas instancias las que identifican el problema que se presenta en el ámbito internacional y proporcionan mecanismos internos de solución.

Antes de la celebración formal del compromiso internacional, en algunos de estos estados, las autoridades

centrales deben recabar el consentimiento de las entidades que lo integran, para determinar si pueden celebrar el tratado y en qué condiciones; o bien establecen un procedimiento de consulta para determinar si al ratificarlo, es necesario hacer una reserva sobre las limitaciones en su aplicación territorial. De esta manera, el Poder Ejecutivo puede comprometer al país en los términos justos de sus posibilidades de cumplimiento.

Este problema también ha sido previsto por la comunidad internacional. En el cuerpo de los tratados se han introducido cláusulas que admiten la llamada reserva federal. Por medio de ellas, el estado que las utiliza, puede restringir o limitar la obligación que contrae a ciertas partes de su territorio, y puede, asimismo, comunicar paulatinamente la ampliación de su aplicación territorial a los demás miembros para que estén en condiciones de aceptarlo. Los demás estados partes en el acuerdo no pueden exigirle una aplicación total.

En el derecho constitucional mexicano los estados son autónomos en lo que a su sistema jurídico interno se refiere. Gozan de autonomía material, legislativa y jurisdiccional.

²² Ver J. G. Castel, "Constitutional aspects of private international law in Australia and Canada", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 126, (1969-1), A. W. Sijthoff Leyden, Netherlands, 1970.

Por otra parte, la facultad para celebrar tratados y convenciones, que fue otorgada al Poder Ejecutivo Federal, no tiene más límites que los señalados por los artículos 133, 76-1, 15 y 18 constitucionales; por lo tanto, puede concertar compromisos internacionales sobre las materias que juzgue necesario, siempre que sean constitucionales.

Está fuera de toda duda que los tribunales federales tienen competencia para realizar actos de aplicación y resolver las controversias que se presenten en relación con los tratados internacionales cuando estos versen sobre materias federales.

Sin embargo, todo parece indicar que debe aplicarse a estas autoridades una restricción por lo que se refiere a los tratados celebrados en materias de competencia local.

Por lo anterior, parece que debe concluirse en el sentido de que los tribunales locales son los competentes para aplicar las convenciones y los tratados internacionales cuyo objeto lo constituyan materias de competencia local.

Para impedir que el estado mexicano asuma una responsabilidad que no se está en posibilidades de cumplir, es necesario hacer uso de la salvaguarda que contiene la cláusula federal. Al ratificar un instrumento internacional, asegurarse de que éste admita la posibilidad de hacer la reserva mencionada, pues de otro modo se corre el riesgo de caer en incumplimiento. "

Por lo anteriormente expuesto, en el caso que se analiza, el acudir ante las autoridades judiciales federales para solicitar la recuperación del menor retenido ilegalmente, pudiera considerarse improcedente.

Existe un argumento adicional. En la Constitución mexicana los términos Tratado y Convención tienen significados diversos. Los antecedentes históricos respecto de su interpretación en la doctrina de la época y el tratamiento que se les da a lo largo del texto constitucional así lo hacen suponer.

En estas condiciones, las dudas antes expresadas y a las que se dedicó el análisis de los párrafos anteriores, deben entenderse referidas concretamente a los tratados y en menor medida, sólo en lo conducente, a las convenciones. La Constitución no contiene disposición expresa que faculte al Poder Judicial federal para aplicar o resolver controversias en materia de convenciones; el artículo 104-1 se refiere únicamente a

²¹ La misma existencia de la cláusula federal en los tratados es una prueba de la existencia del problema de que la aplicación de los tratados sobre materias que corresponden a la competencia de las entidades de la federación, no puede hacerse por la autoridad central, ni aún cuando los tratados sean ejecutables por sí mismos.

²⁴ Cfr., Elisur Arteaga Nava, *op. cit.*, pp. 121 ss.

los tratados. Por lo cual la única autoridad competente para aplicarlos es la autoridad local.²⁵

En el caso, la denominación del instrumento internacional que se examina, y el de casi todos aquellos otros que se refieren a materias locales, es la de convención.²

La autoridad central

De conformidad con los términos de la convención de La Haya, México, como estado parte, tiene la obligación de designar una autoridad central que sirva como canal de comunicación con otras autoridades estatales. Esta autoridad debe proporcionar y solicitar la información necesaria en relación con la localización y recuperación de los menores y otorgar el apoyo técnico necesario para lograr los objetivos de la convención.

Pueden designarse varias autoridades centrales en los casos en que los estados tengan varias unidades territoriales, con objeto de prestar la cooperación en cada una de las entidades locales. En los estados federales en los que, además existen sistemas jurídicos diversos, esto resulta indispensable.

Siempre debe contarse con una autoridad central federal que coordine las actividades que correspondan a cada demarcación territorial y que sirva como órgano de enlace único en el ámbito internacional.

La autoridad central es uno de los mecanismos más eficientes y más comunes en el área de la cooperación internacional en la que en muchos aspectos se adscribe la convención sobre sustracción y retención ilícita de menores. Se encuentra establecida tanto en los instrumentos internacionales que tienen por objeto la cooperación administrativa, como es el caso de la convención sobre adopción internacional, como en aquellas que se refieren a la cooperación judicial, por ejemplo la relativa a la información y prueba del derecho extranjero.

²⁵ En la actualidad, la mayor parte de los instrumentos internacionales se denominan convenciones, sin distinción de importancia de la materia o del número de países que pueden ser parte del acuerdo. Esta situación pudiera ser consecuencia de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ya que las distintas denominaciones que prevalecieron anteriormente, tienden a desaparecer.

Sin embargo, en la Constitución mexicana se mantiene la diferencia y la ley sobre la celebración de tratados, insiste en hacer distinciones entre los diferentes tipos de acuerdos internacionales, y les da consecuencias jurídicas diversas.

²⁶ Debe observarse que acuerdos internacionales de especial importancia como lo es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte conservan esta denominación, que denota, como en tiempos anteriores, la importancia de la materia y del compromiso contraído.

²⁷ En el caso de México, la autoridad central es el DIF, institución para el Desarrollo Integral de la Familia, que es la autoridad central federal, que sirve de enlace hacia el exterior y coordina la actividad de los DIF estatales.

Su función generalmente se circunscribe a proporcionar información a la autoridad competente, sea en su propio país o en el extranjero, a través de los apoyos técnicos necesarios.

El papel que le corresponde en este caso, no se limita a la transmisión de información o a la vigilancia del estado que guarda una situación previamente establecida por la autoridad competente. Para lograr la restitución de un menor debe cumplir otro cometido.

En un primer momento se desempeña como mediadora, para lograr la devolución voluntaria del menor, a quien tenga derecho a su custodia; esta mediación debe realizarse a través de la autoridad judicial competente, dado que la autoridad central tiene carácter administrativo y carece de facultades para ordenar al particular la entrega del niño.

Al comparecer ante la autoridad judicial lo hace en su carácter de autoridad central, como representante de los intereses de quien formuló la solicitud y acreditó su derecho, con fundamento en el tratado. En esa virtud está legitimada para actuar; no apoya su gestión en un mandato, pero tampoco carece de una representación jurídica formal, ostenta una especie de representación legal derivada del instrumento internacional y con base en su nombramiento específico.

En el caso de la Coordinación de Asesoría y Defensoría Legal de Mexicanos en el Extranjero, que es la autoridad central designada por México, se apoya en las facultades que le otorga su estatuto legal, de prestar apoyo jurídico a los particulares que se lo soliciten desde el extranjero, para actos o gestiones que deban realizarse en el país.

En un segundo momento, en los casos en que no se logre la entrega voluntaria del menor, tendría que actuar como demandante en un procedimiento judicial de carácter contencioso. Su legitimación procesal activa se sustentaría en el mismo fundamento antes analizado.

Procedimiento y su fundamento

La autoridad competente para otorgar la restitución es la del lugar en donde el menor se encuentre, salvo los casos de emergencia previstos por la convención interamericana.

La convención no prevé un procedimiento específico para lograr la restitución. Señala, simplemente, la obligación de obtenerla lo más rápidamente posible. Deja a los estados parte en libertad de recurrir a sus propios procedimientos, judiciales o adminis-

trativos, pero siempre insiste en que se actúe de inmediato y con urgencia.²⁹

El procedimiento se instaura con el objetivo de lograr la restitución; la discusión relativa al derecho de custodia o a la guarda del menor sólo puede ser conocida por el tribunal de la residencia habitual del mismo, en donde se encuentran los elementos probatorios y legales necesarios para determinarlo.

En el caso, es necesario analizar cuál es el fundamento de la actuación del tribunal, puesto que éste debe actuar de acuerdo con los medios que su propio ordenamiento prevea.

Los principios antes expuestos respecto de la competencia del tribunal son aplicables, en lo general, a los demás aspectos particulares del problema. Por lo que se refiere al procedimiento, a la actuación del tribunal que tramita y resuelve la restitución, habría que distinguir entre diferentes supuestos que son comunes a todos los casos de convenciones en materia de cooperación judicial o de cooperación administrativa internacional.

Una primera posibilidad es que la convención establezca en su texto la obligación de restitución, sin especificar un procedimiento determinado para hacerlo.

En estos casos, la autoridad local debe actuar de conformidad con su propia legislación y aplicar las disposiciones de su propio código de procedimientos civiles para obsequiar la petición de la autoridad extranjera, a través del procedimiento adecuado a la petición que se le plantee. Desde luego, el Código Federal de Procedimientos Civiles no resulta aplicable puesto que se trata de la actuación de un órgano del Poder judicial estatal, sujeto a su propio ordenamiento jurídico.

Si el fundamento de la acción es una resolución de autoridad judicial extranjera, debe proceder al reconocimiento y ejecución de la misma. Si se acude ante él para que actúe con base en la aplicación de una disposición jurídica contenida en el ordenamiento extranjero, debe procederse a través de los medios procesales de que se disponga: la conciliación en materia familiar, la jurisdicción voluntaria o el procedimiento adecuado para obtener el respeto y protección al ejercicio de un derecho que se hace valer.

Una segunda posibilidad es que en la propia convención se prevea un procedimiento específico y más o menos detallado para dar cumplimiento a la obligación. El juez podrá observar dicho procedi-

²⁸ De conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y el Reglamento de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

²⁹ Artículo 6 de la Convención de La Haya y 7 de la Convención Interamericana.

miento siempre que se ajuste a lo dispuesto por su legislación; si las medidas y los actos procesales previstos por el documento internacional pueden equipararse a los contemplados en ella, la convención puede ser aplicada de manera directa.

Es posible que se presente una tercera hipótesis: que la convención establezca un procedimiento específico, completamente distinto a lo previsto en la legislación local y, por lo tanto, desconocido para el tribunal requerido. En este caso, aplicar directamente la convención y actuar como ella prevé, significaría introducir una modificación a la normatividad local existente y alterar su orden jurídico. Los órganos del Poder Judicial no tienen facultades para hacerlo. Esto significaría una invasión a la competencia que corresponde al Poder Legislativo del estado.

Sin embargo, el artículo 133 de la Constitución general faculta a los jueces locales para "arreglarse a dicha Constitución, leyes y tratados (se refiere a las leyes del Congreso de la Unión y los tratados constitucionales), a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados."

Si se acepta que un juez local aplique un tratado o una convención en las condiciones antes descritas, de conformidad con lo dispuesto por este artículo, se daría pie a que, a través de la celebración del acuerdo internacional se modificaran los sistemas jurídicos de las entidades federativas, sin intervención de sus propios órganos. Se estaría mermando, restringiendo, la autonomía local en relación con las facultades concedidas por el artículo 124 constitucional; resultaría alterada la distribución de competencias prevista por esa disposición.

La Suprema Corte de Justicia ha sostenido criterios diversos respecto del control difuso de la constitucionalidad, a cargo de las autoridades judiciales de los estados, que implica el artículo 133; aun cuando no se ha definido jurisprudencia al respecto, el más alto tribunal parece inclinarse por negar esta facultad a los jueces locales.³⁰ Si no se ha establecido un criterio definido respecto de un problema de importancia capital, como es la constitucionalidad de las leyes locales y se duda de dotar a los órganos locales de tal capacidad, no es posible ni lógico afirmar que pueden sacrificar sus propias normas, ejerciendo un control sobre ellas, dejándolas de aplicar por hallarse en contradicción con un tratado o con una

convención cuya jerarquía es inferior a la Constitución.

La aplicación de la convención

Solamente una disposición constitucional expresa o la interpretación obligatoria del máximo tribunal encargado de hacerlo, en el sentido de que los tratados celebrados modifican directamente la legislación de las entidades, pueden alterar esta situación. Este es el caso de los Estados Unidos en donde, a partir del caso *Misouri vs. Holland*, la Suprema Corte decidió que los tratados internacionales por ser "ley de la tierra" deben considerarse superiores en jerarquía a las leyes locales.³¹

La aplicación directa de la convención por un tribunal local puede carecer de legitimación, en la medida en que se está procediendo por una vía inexistente en el derecho local. En efecto, al parecer en el código de Guerrero no existe procedimiento especial en materia familiar que permita la actuación del tribunal.

Puede pensarse que éste puede actuar en virtud de la petición de parte legitimada en la que se solicita al tribunal su intervención para hacer cumplir una obligación, o mantener a una persona en el goce y ejercicio de un derecho que le es negado. En el caso, el de guarda y custodia de un menor sujeto a su patria potestad.

Es posible, asimismo que el tribunal actúe en vista a un procedimiento de jurisdicción voluntaria, ya que en principio no hay contencioso, y en virtud de que lo que se pide al tribunal es que provea lo necesario para la entrega voluntaria del menor por la persona que ejerce sobre él la custodia de facto.

Si se tiene en cuenta la circunstancia mencionada en el párrafo anterior, existe también la posibilidad de que la autoridad actúe directamente ante la solicitud de entrega voluntaria formulada por el juez extranjero, para preservar el derecho que se demuestra. El fundamento en este caso sería la obligación de obsequiar la cooperación judicial requerida a través del exhorto; el fundamento de la restitución lo sería el sistema jurídico extranjero que reconozca el derecho de guarda del menor, o la sentencia emitida al respecto.

³⁰ Sobre el error de concepción del artículo 133 y el desequilibrio que provoca en el sistema federal, consultar *Estudios políticos y constitucionales*, de Manuel Herrera y Lasso, ed. Miguel Angel Porrúa, México, 1986, pp. 115 a 122.

³¹ Cfr., Tribe, H. L., *Constitutional local law*, ed. West Publishing, Co., Minn., 1972.

La función de la autoridad central se limita a la mediación, tal como lo prevé la convención, y en todo caso a una cooperación de carácter administrativo, en virtud de que a través de la propia Secretaría de Relaciones Exteriores se tramita todo lo relativo a exhortos y cartas rogatorias provenientes de autoridades extranjeras en Fas que se solicita cooperación de las homónimas mexicanas. Respecto de la reglamentación necesaria para la aplicación de los tratados, debe hacerse referencia a los argumentos en relación con las facultades que al respecto tiene el Congreso de la Unión y que en ningún momento lo autorizan a legislar en materias reservadas a los estados de la federación; en consecuencia tampoco puede hablarse de la posibilidad de ejercer facultades implícitas, puesto que el tratado puede ser implementado y reglamentado por las autoridades locales, en todo caso competentes sobre la materia.³²

Otro asunto que es importante considerar es el que se refiere a la posible intervención de los gobernadores de los estados en relación con la incorporación del tratado o la convención internacional al ámbito del derecho local. A este respecto es necesario analizar las consecuencias jurídicas que pudiera tener la publicación de dichos tratados y convenciones por los gobernadores en los periódicos oficiales locales, con vista a la obligación impuesta por el artículo 120 de la Constitución federal.

Aun cuando la disposición mencionada no hace referencia más que a las leyes federales, podría interpretarse, indebidamente, para incluir las convenciones y tratados internacionales.

Tal parece que, aún en el caso de que la publicación se hiciera, no tendría consecuencia alguna respecto de su entrada en vigor en el ámbito jurídico estatal; sin embargo, podría introducir un elemento de confusión que no es pertinente crear en una materia tan delicada como la distribución de competencias en un país que, como México, guarda un equilibrio tan precario entre el poder central y los estatales.

Conclusiones

1. La facultad para celebrar tratados y convenciones que fue otorgada al poder ejecutivo federal no tiene más límites que los señalados por los artículos 76-1, 15 y 18 constitucionales: por lo tanto, el ejecutivo federal puede concertar compromisos internacionales sobre las materias que juzgue necesario.

2. Los tribunales federales tienen, por su parte, competencia para realizar actos de aplicación y resolver las controversias que se presenten en relación con los tratados internacionales, cuando éstos versen sobre materias federales.

3. Sin embargo, todo parece indicar que cuando se trata de actos de aplicación de tratados que versen sobre *materias locales*, los tribunales de los propios estados pueden sostener una competencia preferente ante las autoridades federales en razón de que la cuestión de fondo del asunto les está reservada.

4. La constitución no hace ninguna distinción a este respecto. De conformidad con el artículo 104 fracción I, la solución de controversias que deriven de la aplicación de tratados es uno de los casos en que se han otorgado facultades coincidentes o de jurisdicción dual a los órganos federales y a los de los estados. Por lo tanto, si un juzgado de distrito admitiere conocer y resolviere sobre un asunto relacionado con la restitución de menores, no se estaría frente a un problema de invasión de la competencia local.

5. Cada sistema federal tiene características propias y especiales, respecto de la distribución de competencias entre los poderes centrales y las entidades que la componen; sin embargo, una de las facultades que se mantiene a favor de los estados miembros, con mayor rigor y casi uniformemente, es la jurisdiccional aun cuando la regulación material, civil, mercantil o penal no les corresponda.

6. En el caso de México no parece responder a la lógica del sistema de distribución de competencias ni a la que motivó la reforma del artículo 104, sostener que, en virtud de la celebración de un tratado internacional, una materia local cae en el ámbito de competencia de los tribunales federales; se priva así, a los habitantes de los estados, del derecho de ser oídos y juzgados por los tribunales de su entidad, respecto de las materias que constitucionalmente les están reservadas por considerarse de su interés particular.

7. La práctica, aunque incipiente, ha demostrado el respeto que tienen las autoridades locales y los particulares en relación con los compromisos internacionales que México ha contraído.

8. En un estado federal como el mexicano, en que los poderes locales tienen una autonomía tan raquítica y en donde cada día se acorta más su campo de acción, deben buscarse fórmulas de solución que fortalezcan la actividad local, máxime cuando sus autoridades judiciales han demostrado que comprenden los problemas internacionales que derivan de la aplicación de tratados y convenciones,

³² Cfr., Arteaga Nava, Elisur, "Facultades de los poderes federales en materia de relaciones exteriores", *Alegatos*, núm. 19, México, 1991, pág. 3.