

91
22



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

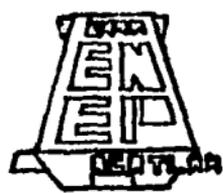
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES DE ACATLAN

APLICACION EN MEXICO DE LA CONVENCION: SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL DIA 6 DEL MES DE MARZO DE 1992.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:

IRMA GABRIELA FLORES RODRIGUEZ

DIRECTOR DE TESIS:
LIC. JORGE SERVIN BECERRA



México, D. F.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

1994



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES, CON TODO CARIÑO.

A QUIENES LES DEBO TODO:

SR. ARQ. JOSE RICARDO FLORES DIAZ+

Y

SRA. IRMA RODRIGUEZ VDA. DE FLORES.

A MIS QUERIDOS HERMANOS POR

TODO LO QUE SIGNIFICAN PARA

MI:

LUIS

Y

GERARDO.

CON TODO CARIÑO Y RESPETO

AL SR. DR. JUAN LUIS GONZALEZ A. CARRANCA

QUIEN HA SIDO COMO UN PADRE PARA MI POR SUS CONSEJOS Y
APOYO QUE IMMERECIDAMENTE SIEMPRE ME HA BRINDADO.

GRACIAS DOCTOR.

AL SR. LIC. ROBERTO CERON LARA
QUIEN ME HA BRINDADO SU CONFIANZA Y APOYO.

**AL LIC. RACIEL GARRIDO MALDONADO
POR TODO SU APOYO Y CONFIANZA.**

**A LA SRA. DORIS POR SU AYUDA
LA CUAL FUE FUNDAMENTAL PARA
ESTE TRABAJO**

**A PATY POR ALENTARME Y
APOYARME SIEMPRE QUE LO
NECESITÉ.**

A LA SRA. MA DEL PILAR PASCUAL Y FAMILIA

FOR TODO SU APOYO Y CONFIANZA, Y SOBRE TODO PORQUE CUANDO MAS LO
NECESITÉ Y HOY EN DIA HAN SIDO SIEMPRE COMO MI FAMILIA.

A QUIEN MAS QUE UNA AMIGA HA SIDO
UNA HERMANA:

MA. DEL PILAR GUERRERO PASCUAL.

A LA SRITA. CLARA LUZ
MARTINEZ:

POR TODO SU APOYO Y
CONFIANZA.

A MI DIRECTOR DE TESIS
SR. LIC. JORGE SERVIN BECERRA
QUIEN ME BRINDO SU APOYO Y CONFIANZA.

I N D I C E

PAGINA

INTRODUCCION	X
 CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS	
a)- Derecho Anteca	1
b)- Derecho Romano	
- Tutela	5
- Patria Potestad	10
 CAPITULO II. DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL NIÑO	
a)- Aspectos Locales	17
b)- Aspectos Internacionales	18
c)- Convenciones	20
 CAPITULO III. DE LOS DERECHOS CIVILES DEL NIÑO	
a)- Sustracción de Menores	29
- Análisis de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores	29
b)- Legislación Nacional	43
- Leyes Aplicables	43
- Tutela	53
- Patria Potestad	61

CAPITULO IV. ASPECTOS DE LA RESTITUCION DEL MENOR	
a)- Teoría	75
b)- Caso Práctico	78
c)- Aspecto Penal	97
CAPITULO V. COOPERACION PROCESAL INTERNACIONAL EN MEXICO	
a)- Derecho Internacional	108
b)- Regulación de la Cooperación	
Procesal en México	116
CAPITULO VI. CONCLUSIONES	127
BIBLIOGRAFIA	130
HEMEROGRAFIA	132
LEGISLACION	133

I N T R O D U C C I O N

Tal vez el tema que presento no es muy conocido actualmente, pero decidí realizarlo en base a la problemática que existe en torno a la restitución de los menores de edad cuando son llevados a otro país, ya que sin la ayuda de la " Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores " sería muy tardado el tratar de recuperar al niño en estas circunstancias; ahora bien, es de suma importancia el saber que contamos con métodos como el que establece esta convención, pues al ignorarlos puede ser mucho más costoso el tratar de resolver un problema de esta índole a nivel internacional, pues implicarían exhortos, oficios y un sin fin de trámites ante diversas autoridades, esta convención señala una sola autoridad para resolver el problema, así como muchos otros aspectos que facilitan la solución de este problema, mismos que se irán sometiendo a estudio en el siguiente trabajo.

Espero que sea del agrado de ustedes y, porqué no, tal vez de ayuda en algún problema de este tipo.

CAPITULO I
ANTECEDENTES HISTORICOS

A).- DERECHO AZTECA

Desde tiempos remotos el padre ha jugado un papel muy importante en la familia y más aún en el cuidado y educación de los hijos, para lo cual tenía cierta autoridad sobre los mismos y un claro ejemplo de esto el el pueblo azteca, ya que en el mismo los menores eran educados con rigidez y amor.

Como sabemos los aztecas fueron de gran importancia para México, y la familia es la célula fundamental para toda sociedad; y tenían determinados lineamientos en lo que respecta a los menores de edad, un ejemplo de esto lo tenemos en el caso de que una madre diera a luz a gemelos, debía ser muerto uno de ellos, ya que se creía que de otro modo el padre o la madre desaparecerían, por lo cual eran llamados cocua, culebra, prural de coatl o cuatl.

Los niños que habían nacido en uno de los cinco nemontemi o días inútiles o nefastos eran sacrificados.

El niño desde pequeño era inmerso en la vida religiosa de los aztecas por medio de diversos actos de consagración las cuales eran de preferencia dos de agua, los cuales eran aplicadas por la comadrona, en la cual el niño era considerado como nacido de nuevo ya que Chalchiuhtlicue, la diosa del agua, hermana de

los dioses de la lluvia lo formaba de nuevo y lo libraba de la maldición con que había nacido; la primera era dada al nacer y la otra era practicada en los cuatro días siguientes o un poco más tarde en un día que fuere propicio para esto.

Al hacer la segunda consagración era impuesto el nombre por la comadrona o en su caso por niños que eran instruidos previamente para ello y este era de acuerdo al día de nacimiento y acontecimientos que lo acompañaban así como del nombre del antecesor, y, posteriormente en uno o dos meses se hacía la consagración en el templo, en el cual le era otorgado un segundo nombre.

Del segundo al quinto año y a veces antes se realizaba la circuncisión, aunque ésta no era una práctica constante.

Durante la preñez, la madre no debía ver ningún eclipse ni que se ahorcara a alguien pues de lo contrario el niño nacería dañado mental o físicamente; además de que cuando caminara de noche debía llevar en su seno piedritas, cenizas y otras cosas, esto, como protección contra el hechizo; estas medidas eran también para el padre del niño.

En cuanto a la educación se usaban castigos muy duros tales como el cortar el cabello, herir con púas o espinas o bien aspirar vapores desagradables y hasta en un momento dado vender al hijo incorregible, para lo cual se tenía que pedir permiso a las autoridades.

La educación no sólo era familiar sino que era también pública ya sea en el templo o en seminarios generales, los cuales estaban bajo la dirección del Telpochtlató, en los cuales eran internados los niños y solamente a los que eran hijos de campesinos se le permitía abandonar el internado unos días, para poder ayudarles a sus padres en las tareas del campo. Los jóvenes permanecían en estos lugares hasta el día que contraían matrimonio.

Los hijos de los nobles eran educados en el templo (calmecac) donde eran instruidos en religión y las ciencias. Los educandos plebeyos de las clases más altas, en particular de los comerciantes, podían destinarse al servicio externo del templo, en donde también formaban una comunidad y estaban bajo la disciplina de un preceptor denominado Telpochtlató.

Las hijas eran educadas en forma muy severa, pero en su casa, no obstante, había también casas de educación para las jóvenes, en donde recibían instrucción adecuada. Las jóvenes podían consagrarse al servicio del templo en el calmenac, en donde eran guardadas en estricta clausura.

Así mismo, como los prisioneros de guerra eran sacrificados a los dioses, las fuentes principales de obtención de esclavos eran las deudas y la pena; así como la venta que el padre hacía de hijo por miseria o para castigarlo; el que a su vez como tal podía poseer una fortuna y familia y podía obtener su libertad entregando a un sustituto, en cuyo caso solía suceder que el

padre daba a su hijo como tal, librando a este posteriormente con la entrega de un segundo hijo.

Cuando nacía un niño de una esclava y un hombre libre era libre, es decir, no había esclavos de nacimiento. Ahora bien, en caso de la esclavitud por deudas, el hijo se hacía cargo de las deudas del padre y por lo mismo tenía que responder en un momento dado hasta con su libertad.

Existía también la esclavitud como castigo, es decir, que cuando un hijo era incorregible era puesto a la venta y con su precio se organizaba un festín, del cual sólo podían participar los miembros más cercanos de la familia, sin que pudiera comer nada de él ninguno de los criados, pues en ese momento se volvía esclavo del jefe de la casa, esto porque al probar esos alimentos se tenía la idea de que se comía parte del hijo vendido y debía quedar en poder de la familia.(1)

1 DELGADO MOYA, Rubén, *Antología Jurídica Mexicana*, Colección "Obras Maestras de Derecho, sección Antologías Jurídicas, Prólogo del Dr. Guillermo F. Margadant, Industrias Gráficas Unidas, México, 1993, Págs. 45-57

B).- DERECHO ROMANO**TUTELA**

La Tutela y la Patria Potestad, fueron originalmente instituciones que veían más al interés del que ejercía estos cargos, o al interés general de la familia, que el particular del incapacitado. La tutela en el Derecho romano, a semejanza del derecho griego se establece en beneficio de la familia, es una Tutela Legítima y familiar. La Tutela Legítima solamente surgía cuando el menor tenía bienes, y era ejercida por los herederos más próximos al mismo. La Tutela Testamentaria en este derecho se conoció con posterioridad a la legítima e hizo pasar a esta a segundo lugar. Cambió también la naturaleza de la Tutela legítima, de un simple derecho a favor de quien la ejercía, a una carga impuesta a los tutores, a beneficio de los incapaces.

Es un cargo que sólo pueden ejercer personas jurídicamente capaces, es decir, que tengan capacidad de goce y ejercicio, y ésta procede del verbo latino "tueor", que quiere decir proteger, defender. Este cargo tiene la finalidad de defender y proteger a los menores de edad.

En el derecho romano se daba ya esta situación, pues se afirma que en el Digesto, Servio Sulpicio señala como Tutela:

"La función primordial del tutor era el buen manejo de la fortuna del pupilo y no la de ocuparse de forma directa de su guarda y

educación."(2) "... El poder dado y permitido por el derecho civil, sobre una cabeza libre a efecto de protegerlo en virtud de que debido a la causa de su edad no puede defenderse así mismo..." (*vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*)."(3)

También eran considerados como incapaces por razones de edad los llamados infans, los cuales lo eran hasta la edad de siete años; el impúber entre los siete años y el comienzo de la capacidad sexual, lo cual significaba que entre las niñas era hasta la edad de doce años y de catorce años para los niños y finalmente el minor viginti quinque annis, que oscilaba entre el comienzo de la pubertad y los 25 años; todos estos incapaces contaban con un tutor que era designado por medio de un testamento o en forma legítima. Justiniano estableció una distinción entre pupilos ricos y pobres, por lo cual se designaban magistrados más importantes para designar la tutela de los pupilos ricos.

Guillermo Floris Margadant S. señala los actos jurídicos que realizaba el tutor, si se daba el caso de que el pupilo tenía interés en algún asunto que los requiriera:

2 MORINEAU IDUARTE, Martha, IGLESIAS GONZALEZ, Román, *Derecho Romano*, Ed. Harla, México, 1987, Pág. 96

3 FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Derecho Romano*, Ed. Esfinge, 1988, Pág. 98

"... En el caso del infans el tutor debía realizar los actos jurídicos en los que el pupilo tenía interés, mediante la gestio negotiorum. En tal caso las consecuencias de los actos respectivos repercutían en el patrimonio del tutor , ya que este no tenía la representación directa del pupilo como en el derecho moderno. El tutor romano intervenía en los negocios del pupilo a nombre propio, aunque por cuenta del pupilo, y en el momento de rendición de cuentas de la tutela, cuando esta terminaba tenía el tutor que hacer los traspasos necesarios al patrimonio del ex-pupilo, y recibir los traspasos correspondientes a gastos hechos y deudas contraídas por él en el ejercicio de la gestio negotiorum. este sistema se califica como de representación indirecta. Tratándose de un impúber, el tutor podía escoger entre la gestio negotiorum y la auctoritatis interpositio. En este último caso, el acto en cuestión se realizaba en presencia tanto del tutor como del pupilo, este actuaba personalmente, y el acto producía sus efectos directamente en su propio patrimonio. Esta posibilidad de la interpositio auctoritatis en caso de pupilos de una edad que ya permite cierto juicio ..." (4)

En este derecho también se manejaba ya la curatela, régimen sobre el cual quedaban los furiosi y los pródigos, sordomudos y enfermos mentales, así como también a las personas sui iuris menores de 25 años pero mayores de 14.

Por lo que se refiere a la curatela de los pródigos, que eran las personas que sin causa justificada dilapidaban la fortuna de la familia, este tipo de tutela cesaba en el momento que un magistrado emitiera un decreto en donde se manifestara la enmienda de la persona pródiga.

La ley " Plaetoria " señalaba que tales individuos estaban en clara desventaja intelectual y en experiencia, con los demás individuos de la sociedad que eran mayores que ellos por lo que se decidió que se les pusiera bajo este régimen y fue a partir del emperador Marco Aurelio que el curador de este tipo de personas fue permanente ya que anteriormente sólo era utilizado para asuntos en particular que hubieran de ser atendidos por este.

Por otra parte también existe la figura del tutor por lo que en caso de la suplicia de este se dan los siguientes casos:

- a)- Si el tutor permanente interrumpía temporalmente su tutela
- b)- Si el tutor con el que contaba el pupilo no era capaz de administrar los bienes de este, por lo que en el lapso en el que se nombraba un nuevo tutor se designaba el curador.
- c)- Si existiere un proceso entre el pupilo y el tutor.

En cuanto a la curatela de los furiosos y púberes era al igual que la tutela de tres tipos:

- Legítima
- Dativa
- Testamentaria

Estos tres tipos de curatela contaban con las mismas características que regían a las correspondientes en los mismos casos en la tutela.

En el derecho romano existía también la tutela de mujeres, y esta era otorgada por medio de testamento, en forma legítima o dativa, pero este caso tenía una concesión especial: se les permitía en algunos casos cuando la tutela era otorgada por medio de testamento el escoger al tutor. Hasta Augusto esto se empieza a suprimir y en el siglo V, los últimos restos de esta tutela desaparecen por completo.

También existían las garantías para el pupilo desde las XII Tablas, el tutor deshonrado tenía que contar con el riesgo de ser acusado del crimen suspecti tutoris, éste se daba cuando alguien sospechaba que el tutor había cometido un fraude en contra de su pupilo; para la reparación del daño el pupilo podía ejercer en contra del tutor la actio negotiorum gestorum, cuando haya sido ocasionado por el tutor por ignorancia, además de contarse con otras medidas como la que establecía que se debía realizar bajo la vigilancia de autoridades un cuidadoso inventario, la que establecía que se requería de una autorización judicial para la venta de bienes raíces que estuvieran a nombre de los pupilos (misma que fue establecida por Septimio Severo) así como también

se les tenía prohibido a los tutores contraer nupcias con su pupila sin liquidar previamente las cuentas de esta para evitar el llamado *beneficium competentiae*, contrario a lo que se pudiera pensar y que es lo que rige en nuestro derecho moderno, los tutores romanos sólo podían ocuparse de los bienes de los pupilos no así de su salud o educación y por lo general este vivía en casa de su madre la cual no podía ser tutora o poseer la *Patria Potestad*. La terminación de la tutela en este derecho era a la muerte, pérdida de la libertad o la ciudadanía, así como al suceder esto se cambiaba al tutor especialmente con la muerte de este o cuando se haya cometido algún crimen en contra del pupilo por parte de su tutor.

LA PATRIA POTESTAD

En Roma se reconocían dos tipos de parentesco: el natural o cognático y el civil o agnático.

El parentesco conceptuado como *cognatio* era aquel que unía a las personas descendientes una de otra en línea recta o descendientes de un autor común en línea colateral, sin distinción de sexos.

El *Agnatio*, era fundado sobre la autoridad paternal o marital, por lo que era reconocido para las personas del sexo masculino.

Desde tiempos remotos la familia ha sido muy importante, y no menos lo fue en el derecho romano, en donde el llamado *alieni iuris* está sometido a la autoridad de un *paterfamilias*, el cual puede estar sometida a cualquiera de estas tres autoridades:

- La autoridad paternal o patria potestad
- la autoridad del marido sobre su mujer, o *manus*
- autoridad especial de un hombre libre sobre otro hombre libre, el *mancipium*.

Las personas *sui iuris*, estas no se someterán a la autoridad de nadie, pero su capacidad puede estar limitada por distintas razones, por ejemplo la edad; situación que traerá como consecuencia el que permanezcan bajo el régimen de tutela o curatela, prototipo de la persona denominada *sui iuris* es el *paterfamilias*, quien puede tener un patrimonio y ejercer las autoridades señaladas.

Ahora bien, para ser *paterfamilias* no se requería tener determinada edad ni el hecho de ser padre; un recién nacido puede ser *paterfamilias* y tendrá una plena capacidad de goce, no así de ejercicio, ya que deberá estar representado por un tutor. Por lo que respecta a la mujer existía el término *materfamilias*, el cual no indicaba ningún derecho específico, es decir, sólo era un título honorífico.

La Filiación es un vínculo existente entre dos personas, pues una a los progenitores con sus hijos y a estos con los

anteriores, y puede ser de dos especies: civil y consanguínea, es un lazo invisible que hace derivar múltiples derechos y obligaciones para ambos, es decir, progenitores e hijos o en su caso al hijo adoptado y sus adoptantes.

La Filiación consanguínea se clasifica en matrimonial y extramatrimonial, es decir, que los progenitores estén unidos en matrimonio o no; antiguamente en nuestra legislación se les consideraba a los hijos nacidos dentro del matrimonio, como hijos legítimos y a los que carecían de padres unidos en matrimonio eran considerados como hijos ilegítimos o naturales.

Esta posición también fue adoptada por los Derechos francés y español, quienes clasificaban los hijos ilegítimos o naturales de la siguiente manera:

- Parentesco en línea recta o ascendente (parientes) ó descendente (liberi)

- Parentesco en línea colateral (a través de hermanos propios o de hermanos ascendientes o descendientes).

- Parentesco entre ad fines, es decir entre un cónyuge y los parientes en línea recta o colateral del otro; este parentesco se extinguía al disolverse el matrimonio.

En el antiguo derecho romano eran reconocidos dos tipos de parentesco: (5)

Esta división con el tiempo desaparece en forma definitiva en la época Justiniana, y es considerado el parentesco Cognático como suficiente para conferir todos los derechos de familia.

La patria potestad era ejercida por el varón de mayor edad en la familia, ya que fue creada para proteger los intereses familiares en todos aspectos, es decir, mediante un jefe que era denominado paterfamilias, el cual la ejercía sobre todos los miembros de la familia sin excepción alguna, al principio fue una institución muy rígida pues era comparable con el jefe de una tribu o un esclavo y su amo, pues llegaba a al grado de poder decidir sobre la vida de sus descendientes o el poder emanciparlos a terceros, no fue sino tiempo después que se convirtieron en derechos y obligaciones recíprocas y equitativas para ambas partes, es decir, para el paterfamilias, quien tenía una gran responsabilidad, y para la familia quien gozaba de la protección y guía del mismo.

Por lo que respecta a los bienes al principio todo lo que adquiría algún miembro de la familia pertenecía automáticamente al jefe de la familia paterfamilias, no fue sino hasta la época del "peculio profecticio" en donde cada quien era dueño de los bienes que adquiría; así como en la época de Augusto se manejaba

en principio del "peculio castrense" el cual era manejado en relación al hijo que fuere militar, quien era dueño de su sueldo y de su botín de guerra; posteriormente en la época de el Emperador Constantino se manejó el principio "cuasicastrense" que consistía en que el hijo que prestaba servicios públicos o eclesiásticos era dueño de los bienes adquiridos por estos. Tiempo despues se les otorga el derecho de propiedad sobre los bienes que eran heredados por la línea materna. (6)

Existen diversas fuentes de donde puede provenir la patria potestad:

- a)- La legitimación.
- b)- El matrimonio.
- c)- La adopción.

La legitimación era el procedimiento mediante el cual, era establecida la Patria Potestad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio y la misma sólo podía llevarse acabo mediante los siguientes procedimientos:

Oblación a la curia.

Este procedimiento fue creado bajo el reino de Teodosio II y Valentiniano III, y consistía en que si se deseaba legitimar a un hijo nacido fuera de matrimonio, lo debía ofrecer a la curia

de su pueblo natal para desempeñar el cargo de decurión (eran quienes se encargaban de la recaudación de impuestos) y en su defecto si era mujer casara a esta con uno de los mismos. Y como característica particular el hijo que era reconocido adquiría el parentesco agnado con su padre más no así con los agnados del mismo, es decir, del padre.

Rescripto del Emperador.

Este procedimiento fue el más usual desde la época de Justiniano y consistía en que el padre natural podía hacer la solicitud de la legitimación de un hijo al Emperador, esta podía hacerse incluso en el testamento, forma por la cual podría heredar.

Matrimonio subsiguiente.

Era adquirida por el matrimonio subsiguiente de los padres, y para que causara efectos el que iba a ser legitimado debía tener padres que pudieran contraer matrimonio.(7)

Existen dos grupos de causas que pueden poner fin a la autoridad paternal:

7 MATEOS ALARCON, Manuel, *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1992, Pág. 125

MUERTE, PERDIDA DE LA CIUDADANIA, ESCLAVITUD

(esto por cualquiera de las dos partes)

CAUSAS FORTUITAS

**CUANDO EL HIJO ALCANZARA DETERMINADA
DIGNIDAD DE CARACTER RELIGIOSO O PUBLICO.**

CAUTIVERIO DEL PATERFAMILIAS.

EMANCIPACION

ACTOS SOLEMNES

ADOPCION

CAPITULO II
DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL NIÑO

A) ASPECTOS LOCALES.-

En nuestro país es fundamental la familia como base de nuestra sociedad y por lo mismo siempre se ha tratado de proteger al menor como parte importante de la sociedad.

México es un país en donde el niño tiene un papel importante ya que es la base de nuestro futuro; del futuro de México.

Ligado con los aspectos internacionales tenemos la situación local, ya que México reconoce varias convenciones que veremos posteriormente, entre ellas la Convención Americana sobre Derechos Humanos firmada en San José el 22 de noviembre de 1969, la Declaración de los Derechos del Niño, y otras de suma importancia en donde se brinda protección al menor y no sólo esto sino que se establecen perfectamente cuales son los derechos que tiene éste.

Al hablar de los derechos humanos de los niños debemos tomar en cuenta que al aplicarlos o poner atención en ellos cualquier país deberá tomar medidas que sirvan como base para ello, un claro ejemplo de esto lo vemos con la regulación en el aspecto trabajo, en donde para evitar la explotación del menor se establecen ciertos horarios y normas para el mismo; en cuanto a la educación podemos decir mucho en nuestro país en donde a

diferencia de otros países se ha establecido como educación mínima la primaria y si bien es cierto que aún con esto existe un gran índice de analfabetismo, esto es entre adultos y niños de muy escasos recursos, es decir, que viven en zonas muy alejadas de la civilización, pero ya se han establecido programas para lograr tener un menor índice de este problema en México.

B) ASPECTOS INTERNACIONALES.-

A nivel internacional ha sido materia de gran preocupación la protección de los niños, es decir proporcionar una mejor situación al menor en cuanto a educación, salud, vivienda, vida en familia. La Convención Americana sobre Derechos Humanos firmada en San José el día 22 de noviembre de 1969, establece acerca de los derechos del niño en su artículo 19 "... Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.."(1)

Este aspecto es de suma importancia, ya que el menor o ahora llamado discapacitado debe gozar en cualquier país de las garantías individuales y la responsabilidad de otorgarlos no sólo le corresponde a la familia, sino a la sociedad en general y el velar por que se cuide de ello en la sociedad es el Estado, quien deberá recordar en sus lineamientos a seguir para gobernar el

1 SEPULVEDA, César, *Derecho Internacional*, XV Edición, Ed. Porrúa, México, 1988, Pág. 499

proteger al menor en todos aspectos, casa, salud, vivienda, alimento etc..., ya que en ocasiones a los padres por diversas circunstancias no les es posible atenderlos como es debido en estos aspectos.

Algunos de estos derechos son:

- El derecho a la vida.
- El derecho a una protección especial.
- Unidad Familiar, es decir el derecho a vivir en familia.
- El que no se le explote y abuse del mismo.
- Derecho a la educación.

Existen otros organismos para la protección del menor tales como el FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF) Alberto Szekely nos señala al respecto lo siguiente:

"... El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia fue creado por la Asamblea General el 11 de diciembre de 1946. Su mandato es ayudar a los países en desarrollo a mejorar la situación de sus niños y jóvenes, la situación de estos sin distinciones por motivo de raza, religión o política, el UNICEF presta ayuda a los países sólo a petición de los gobiernos respectivos, de preferencia para los proyectos que forman parte de los programas nacionales de desarrollo..." (2)

C) CONVENCIONES.-

Para apoyar y fomentar la protección de los derechos humanos del niño, ya desde hace varios años se han venido realizando importantes convenciones y declaraciones que ayudan a regular a nivel internacional la protección de estos, un ejemplo de es la Convención sobre los Derechos del Niño, en la cual se habla de varios aspectos de suma importancia, pero existen otros que no se tocan a fondo como lo es el de la Restitución de un menor, pues si bien se habla de ella, existe una Convención que da las bases jurídicas a nivel internacional para poder lograrlo, y esta es la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; tenemos importantes antecedentes en cuanto al cuidado y protección de los Derechos del Niño, tales como:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)
- La Convención de Salvaguardia de los derechos del hombre y de las Libertades Fundamentales de Roma (1948)
- El Artículo 3 común a las cuatro convenciones en Ginebra (1949)
- La IV Convención de Ginebra (1949)
- El Pacto de derechos Civiles y Políticos (1966)
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
- La Convención Americana de San José Costa Rica (1969)
- Los Dos Protocolos Adicionales a las Cinvenciones en Ginebra (1977)
- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos

Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de San Salvador (1988)

- **Los Cinco Protocolos Adicionales de la Convención de Roma (1953, 1963, 1963, 1963, 1966)**
- **La Carta Social Europea.**
- **La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924)**

Una de las más importantes es la Declaración de los Derechos del Niño que establece diez principios fundamentales, los cuales, tomando en cuenta la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño la cual fue reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos así como los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan por el bienestar del niño; se realiza pensando en que el menor pueda tener una infancia feliz, siendo protegido no sólo por sus padres sino por las legislaciones mundiales al mismo tiempo, así como por organismo especializados.

Esta importante "Declaración sobre los Derechos del Niño" establece lo siguiente:

1º El niño gozará de todos los derechos enunciados en esta declaración

2º El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral,

espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

3º El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

4º El niño debe gozar de los beneficios de seguridad social.

5º El niño física y mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

6º El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión.

Es decir deberá crecer al lado de sus padres, no deberá separarse al niño a corta edad de su madre y establece que las autoridades tendrán la obligación de cuidar a los niños sin familia, así como establece que para la manutención de familias numerosas deberá ser conveniente otorgar subsidios

7º El niño tiene derecho a recibir educación, que será obligatoria y gratuita por lo menos en las etapas fundamentales.

8º El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

9º El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.

102 El niño debe ser protegido contra todas las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole.

Como podemos ver esta Declaración es un importante antecedente de los derechos del niño y fundamentalmente de la "Convención sobre los Derechos del Niño" proclamada a finales de 1989, de la cual ya que nuestro país comparte la inquietud de proteger los derechos de los niños por lo tanto debemos tomarla en cuenta para aplicar cualquier medida a nivel tanto nacional como internacional en relación a los niños, pues las Autoridades Centrales aparte de tener la función de coordinar a los órganos judiciales de cada Estado Contratante debe velar porque cuando exista un asunto de índole internacional con respecto a un niño se le respeten todos sus derechos pues como veremos a continuación esta Convención está íntimamente ligada con la "Convención sobre los Aspectos Cíviles de la Sustracción Internacional de Menores", pues si bien es cierto que es de vital importancia recuperar a un menor no debemos olvidar que tiene ciertos derechos que le han sido otorgados a nivel internacional, los cuales no deben ser violados bajo ninguna circunstancia.

En su primer artículo establece que por niño se entiende a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de que la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Con esto encuadra perfectamente con lo estipulado por la convención sobre la sustracción de menores, ya que aunque esta, establece como límite de edad la de 16 años esta

no rebasa la de 18 como lo establece en los derechos de los niños, por lo tanto todo menor que sea objeto de una restitución estará protegido por los derechos que le otorga esta Convención.

En su artículo segundo establece que " Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño....."(3), ahora si bien esto se refiere a los niños dentro de la jurisdicción de cada estado en el momento en que el niño retenido ilegalmente está en nuestro país es sujeto de todos los derechos que tenga ese menor.

Por otra parte en el tercer artículo nos enuncia en su primer párrafo:

" En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño."(4)

En su segundo párrafo establece:

" Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes para sus padres,

3 *Comisión Nacional de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos Humanos del Niño, Folleto Ilustrado, Ed. Divulgación, 90/2, Pág. 7*

4 *Idem. Pág. 7*

tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas."(5)

En el artículo 4º habla de que los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención, lo cual nos indica que la misma tendrá alcances en todo lo concerniente a los niños tanto a nivel nacional como internacional.

En cuanto al derecho que tiene el niño de convivir con ambos padres lo establece su artículo 10º párrafo segundo y en la restitución de menores vemos violado ese derecho pues debe tener relación con los dos aunque estos vivan en países diferentes, el hecho de que uno de ellos lo retenga consigo ya infringe lo establecido en este artículo.

Por otra parte y también protegiendo los derechos del menor, el artículo 11º establece que:

" Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero, para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes."(6)

5 Idem. Pág. 8

6 Ibidem. Pág. 14

Con esto podemos darnos cuenta de que entre los derechos del niño ya se cuenta la restitución de los mismos y si bien ya se está promoviendo la concertación de acuerdos, es de suma importancia que se le dé publicidad a los mismos, para prever que sea correctamente aplicado cualquier acuerdo, pues no sólo es la firma del mismo sino la comprensión y la capacitación de igual modo, así como la Convención señala la necesidad de tomar en cuenta la opinión del menor cuando éste cuente con una edad y criterio razonables, este también es un derecho de los menores de edad pues en la Convención respectiva señala en su artículo 12º de que el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del mismo, en función de edad y madurez del mismo.

En su párrafo segundo nos menciona que con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte a éste, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Por esto, sería importante establecer en la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la necesidad de que el menor al momento de que externar su opinión en cuanto a su restitución no esté bajo ninguna presión moral o de otra índole, así como de que esté acompañado de un traductor

especializado y reconocido por la Autoridad Central, para que pueda ser aceptada la misma.

Al hablar de "Residencia Habitual" y las condiciones que deben rodear a la misma podemos invocar otro derecho reconocido en el artículo 19º de la ya mencionada Convención sobre los Derechos del Niño, pues establece lo siguiente:

" Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un representante legal o cualquier otra persona que lo tenga a su cargo."(7)

Este artículo no sólo tiene alcances nacionales, pues si bien una persona mexicana pide la restitución de un menor pero en su "residencia habitual actual", estamos hablando de tener más de un año en su nuevo ambiente está en condiciones superiores a las que tenía en México, nuestro país debe tomar en cuenta este artículo pues nuestra propia Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores lo establece cuando afirma que no es suficiente que una persona tenga la custodia del niño para que le sea restituido y en su caso el Estado Contratante al que se le está pidiendo la restitución de

el menor como en este caso pondríamos como ejemplo a México, puede negarse basándose en que las condiciones en que vivía anteriormente el menor no eran adecuadas para su correcto desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, esto también basándonos en el artículo 27º en donde se establece el derecho del niño a este respecto.

Cuando el menor ha sido localizado y ya están en trámite los pasos para su restitución, el Estado debe velar por el mismo en base al derecho de todo niños establecido en el artículo 20º que establece que cuando un menor no se encuentre en el seno familiar por cualquier motivo, el Estado deberá protegerlo y asistirlo adecuadamente.

Así como en la "Convención de los Derechos del Niño" existe un comité de 10 expertos para verificar su correcto cumplimiento, en lo referente a la sustracción internacional de menores debería establecerse un comité de expertos en la materia, que velen en forma conjunta con el comité de la Convención de los Derechos del Niño, por el correcto cumplimiento de ambas, así como de la publicidad de las mismas a niños y adultos.

CAPITULO III
DE LOS DERECHOS CIVILES DEL NIÑO

A)- Sustracción de Menores

- **Análisis de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.**

Realizaremos un estudio sobre la convención en comento:
"Convención sobre aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores"(1)

Cabe mencionar que la denominación original de dicha convención es la " Restitución Internacional de Menores ", y se expresó claramente en las deliberaciones que dicha convención sería totalmente ajena a los aspectos penales que pueden estar involucrados en el tema, ya que solamente se tratarían estrictamente aspectos de carácter civil.

Para evitar todo tipo de especulaciones nosotros optaremos por denominar a dicha convención , como en el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 del mes de enero de 1991, (Convención Sobre los Aspectos Civiles sobre las Sustracción Internacional de Menores).

1 *Diario Oficial de la Federación*, Publicado el 6 de marzo de 1992, Págs. 2-10

El centro de las preocupaciones de las delegaciones participantes ha sido tutelar el interés del menor y ello se concreta en los objetivos de la Convención que son los siguientes:

Asegurar la pronta restitución de los menores que hayan sido trasladados ilegalmente del país de su residencia habitual a otro Estado parte, o que habiendo sido trasladado legalmente hayan sido retenidos ilegalmente.

Hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita y de guarda por parte de sus titulares.

Lo que se busca, es mantener unida y en orden a la familia, por lo que es claro que de lo que se trata es de marcarle a cada una de las partes, cuál será su situación jurídica respecto al menor, si el de guarda o el de visita.

La convención se divide en seis capítulos:

- I- Ambito de Aplicación de la Convención
- II- Autoridades Centrales
- III- Restitución del Menor
- IV- Derecho de Visita
- V- Disposiciones Generales
- VI- Cláusulas Finales

Para los efectos de la presente convención los derechos de guarda y de visita se entienden de la siguiente manera:

ARTICULO 5.

A los efectos de la presente convención:

a)- El derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;

b)- El derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

CONCEPTO DE MENOR.

ARTICULO 4

"La convención se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. La Convención dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años."

Cabe hacer mención que se hace referencia a la edad cronológica mas no a la edad mental, la cual varía de una persona a otra.

PRINCIPALES ASPECTOS PROCESALES.

ARTICULO 6.

" Cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone la Convención.

Los Estados Federales, los Estados en que estén vigentes más de un sistema de derecho a los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas, tendrán libertad para designar más de una Autoridad Central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas Autoridades. El Estado que haga uso de ésta facultad designará la Autoridad Central a la que puedan dirigirse las solicitudes, con el fin de que las transmita a la Autoridad Central competente en dicho Estado."

Se entiende de lo anterior que la solicitud de la restitución de un menor, podrá plantearse:

Ante las autoridades del Estado parte en cuyo territorio se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido al momento de efectuarse la solicitud ó ante las autoridades del estado parte donde se hubiese producido el acto o hecho ilícito que diera motivo a la reclamación; cabe mencionar que ambas formas de solicitar la restitución son válidas.

CASOS EN QUE PROCEDE LA SOLICITUD DE RESTITUCION.

La solicitud procede cuando se presente alguna de las hipótesis de traslado o retención de un menor que se lleve a cabo ilícitamente, marcados en la convención.

La convención en su artículo 3º nos establece lo siguiente:

" El traslado o la retención del menor se considerarán ilícitos;

a)- Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo el derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

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

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de cada Estado."

De acuerdo a la convención, se considerara ilegal el traslado o la retención de un menor en el territorio de otro

estado parte, cuando se produzca una violación a los derechos que inmediatamente antes de ocurrir el hecho, ejercían de acuerdo con la ley de la residencia habitual del menor, los padres, tutores y guardadores, individual o conjuntamente, o cualquier institución que legítimamente reclame el ilícito desplazamiento o retención.

INTERES JURIDICO.

El interés jurídico es el poder o la facultad para provocar la actividad jurisdiccional, a fin de obtener una sentencia de mérito sobre una pretensión litigiosa, o sobre alguna pretensión que no necesariamente conlleve una contienda (juicios voluntarios). Por lo que se entiende al interés jurídico como una condición o requisito de la acción entendida en sentido abstracto.

De acuerdo a la convención pueden ejercitar el procedimiento de restitución, los padres, tutores o guardadores y los representantes legales de instituciones protectoras del menor en ejercicio del derecho de custodia u otro derecho a fin de este.

REQUISITOS DE LA ACCION. (ARTICULO 12)

Los procedimientos de restitución deben iniciarse dentro del plazo de un año calendario a partir de la fecha en que el menor hubiera sido desplazado o retenido ilegalmente.

En la hipótesis de que se trate de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fuere precisa y efectivamente localizado.

Por excepción, el vencimiento del plazo de un año no impedirá que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo ambiente.

LA SOLICITUD ADMINISTRATIVA DE RESTITUCION DEBERA CONTENER
(ARTICULO 8)

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

b)- La fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla.

c)- Los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor.

d)- Toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor.

La solicitud podrá ir acompañada o complementada por:

e)- Una copia autentica de toda decisión o acuerdo pertinentes.

f)- Una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por una autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado.

g)- Cualquier otro documento pertinente."

Cabe hacer mención que en este artículo, aparte de establecer los requisitos necesarios que deberá contener el escrito de solicitud administrativa de restitución, engloba también algunos documentos que acompañarán a dicha solicitud, ya que ésta se podrá acompañar de los siguientes documentos:

Copia íntegra y auténtica de la resolución judicial o administrativa si existiera, o acuerdo que la motive.

La comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable.

Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante.

Certificación o información expedida por la autoridad central del estado residencia habitual dle menor en relación con el derecho vigente en la materia de dicho estado.

En su caso, traducción al idioma oficial del estdo requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo, esto con base en el artículo 24 de la Convención en comento.

DE LA INDICACION DE LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA HACER EFECTIVO EL RETORNO.

Las vías para ejercitar la acción de restitución según el primer párrafo del artículo 8 son:

Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor.

Se podría decir de manera general que las vías para ejercitar la acción de restitución del menor, serán las siguientes:

Ante la autoridad central del mismo estado, es decir, de la residencia habitual del menor o la autoridad central de aquel estado en que se encuentra, o se supone que se encuentra el menor

desplazado o retenido, o donde se hubiere producido el acto o hecho ilícito que diere motivo a la reclamación.

Además, ante el Juez competente del estado de residencia habitual del menor, para cubrir el requisito que marca el artículo 14 y 15 que a la letra dicen:

" Artículo 14.- Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

Artículo 15.- Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor, podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 de la Convención, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las autoridades centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión

o certificación de esa clase.

PROCEDIMIENTO ANTE LAS AUTORIDADES JUDICIALES O ADMINISTRATIVAS DEL ESTADO EN DONDE SE ENCUENTRA EL MENOR.

Las Referidas Autoridades deberán adoptar las siguientes medidas (Artículo 7)

Las autoridades centrales deberán colaborar entre si y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos de la presente convención.

Deberá adoptar, en particular ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

- a)- Localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita.
- b)- Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales.
- c)- Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable.
- d)- Intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente.

e)- Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación de la convención.

f)- Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita.

g)- Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluyendo la participación de un abogado.

h)- Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado.

i)- Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a su aplicación.

Es probable que cuando se presenta un caso de sustracción internacional de menores, en la mayoría de estos existirá la oposición a la entrega del menor.

En cuanto al plazo para la restitución de un menor, cabe mencionarse que en la presente convención no se establece un límite para oponerse a la solicitud de restitución, lo cual se puede ver como una laguna en dicha convención, la cual debería

ser subsanada.

Los principales fundamentos de la oposición, deber ser antes que nada causales graves, establecidos en el artículo 13, donde se establece lo siguiente:

" No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

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

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

La autoridad judicial o administrativa podrá así mismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones."

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la autoridad central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

En estas hipótesis la autoridad requerida no estará obligada a ordenar la restitución del menor y deberá oírlo, cuando a su juicio la edad y madurez de este lo justifiquen, dejando constancia de su opinión en las respectivas actuaciones.

DESIGNACION DE UNA AUTORIDAD CENTRAL.

A los fines de la presente convención cada estado parte designará una autoridad central, la cual tiene como cometidos los ya marcados con anterioridad.

De acuerdo al artículo 6, cada uno de los estados contratantes designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone la convención.

Los estados federales, los estados en que estén vigentes mas de un sistema de derecho a los estado que cuenten con organizaciones territoriales autónomas, tendrán libertad para designar mas de una autoridad central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas autoridades. El estado que haga uso de esta facultad designará

la autoridad central a la que puedan dirigirse las solicitudes, con el fin de que las transmita a la autoridad central competente en dicho estado, y con esto lograr una mayor rapidez en la restitución del menor.

B).- LEGISLACION NACIONAL

LEYES APLICABLES.-

En la legislación mexicana se habla de los derechos y obligaciones de los menores de edad, así como de la protección que debe a los mismos la sociedad en general; pues podemos recordar que la capacidad de una persona se divide en dos:

- DE GOCE
- DE EJERCICIO

El menor en forma contraria a como piensan la mayoría de las personas, también es una persona capaz, pues si bien no tiene la capacidad de ejercicio, la capacidad de goce lo hace titular de múltiples derechos y obligaciones que le otorga el derecho mexicano, pues como debemos recordar aún desde antes de que nazca ya tiene derechos que le amparan; ahora bien existen derechos que tienen tanto los niños mexicanos como los extranjeros, como los estipulados en la Declaración de los Derechos de los Niños, en la cual se le otorgan a los menores de edad un sin número de derechos a favor del mismo, ahora, la citada Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, debe

estar rodeada en cada país en donde es ratificada de una legislación apropiada acorde a las necesidades de la misma y del menor restituido, pues encontraremos múltiples legislaciones que estarán en juego, pues no podemos pensar que se impondrá una homóloga para todos los países adheridos a esta, es decir, si un niño de nacionalidad mexicana debe ser restituido de un país como Estados Unidos, debemos encontrar una especie de equilibrio para que no se viole en ningún momento la soberanía de ningún país; ahora bien será de suma importancia saber que en la legislación mexicana, quien tiene derechos u obligaciones sobre el menor de edad, ya que para pedir que se le restituya si está en otro país, debemos hacerlo de pleno derecho, pues de lo contrario estaríamos violando nuestros preceptos legales y como consecuencia los del país restituyente.

En nuestro país existe una muy rica legislación en cuanto a los menores de edad, pues debe ser considerado cualquier atentado contra los derechos del mismo, en contra de la misma sociedad; la legislación existente protege aspectos de suma importancia como el niño en la familia, en la sociedad, en la educación, salud, cuestiones penales, que sin lugar a duda serán de importante auxilio en la restitución de un menor de nuestro país o fuera de él.

A continuación veremos cuáles son estos derechos, que pueden sin duda convertirse en los mejores aliados de esta Convención a estudio:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en algunos de sus artículos enuncia lo siguiente:

" Artículo 3º; La educación que imparta el Estado- Federación, Estados, Municipios- tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en el, a la vez, el amor a la patria y a la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y la justicia.

I- Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, el criterio que orientará a la dicha educación, se mantendrá por completo ajeno a cualquier doctrina religiosa y, basado en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus defectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios. Además:

a)- Será democrática, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

b)- Será nacional en cuanto -sin hostilidades ni exclusivismos- atenderá a la comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de nuestros recursos, a la defensa de nuestra independencia política, al aseguramiento de nuestra independencia económica nuestra y a la comunidad y al crecimiento de nuestra cultura.

c)- Contribuirá a la mejor vivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que pongan en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres evitando los privilegios de las razas, de sectas, grupos, sexos o de individuos.

II- Los particulares podrán impartir la educación en todos sus tipos y grados. Pero por lo que concierne a la educación primaria, secundaria y normal (y a la de cualquier tipo o grado, destinada a obreros y a campesinos) deberá obtener previamente, en cada caso, la autorización expresa del poder público. Dicha autorización podrá ser negada o revocada, sin que contra tales resoluciones proceda juicio o recurso alguno.

III- Los planteles particulares dedicados a la educación en los tipos y grados que especifica la fracción anterior deberán ajustarse, sin excepción, a lo dispuestos en los párrafos iniciales, I y II del presente artículo y, además, deberán cumplir los planes y programas oficiales."(2)

En este artículo se nos habla de un aspecto muy importante en la vida del menor, la educación, misma a la cual tiene derecho desde que tiene edad suficiente para poder obtenerla en

cualquiera de las escuelas de gobierno o bien si sus padres tienen las posibilidades, en planteles particulares; este es un derecho de todo menor de edad y claro aún de los adultos pero para efectos de nuestro trabajo debemos saber que quien tenga en sus manos la Patria Potestad de cualquier niño debe estar consciente de que debe proporcionarle por lo menos la educación básica.

Artículo 42.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y desarrollo dentro de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone en la fracc XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

" Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y

mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas..."(3)

Como sabemos la Carta Magna es el fundamento para todo nuestro derecho, al establecerse en la misma que se debe preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades, lo que está encuadrando en forma global el que estos gocen de derechos como lo son la salud, la vida, alimento, vestido, educación y muchos otros que son fundamentales en la vida de un niño.

Ahora bien debemos recordar que para pedir la restitución de un menor de edad es necesario que si nuestro país es quien está haciendo la petición, el menor sea de nacionalidad mexicana o bien si la residencia de quien tenga la Patria Potestad del menor sea en México. Para estos efectos, nuestra Carta Magna establece en que esos casos será una persona ciudadano mexicano.

" **Artículo 30;** La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A)- Son mexicanos por nacimiento:

I- Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.

II- Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano o de madre mexicana.

III- Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B)- Son mexicanos por naturalización:

I- Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.

II- La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos y tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional."(4)

En este artículo se establece quienes serán considerados ciudadanos mexicanos, es decir, para efectos de nuestra Convención el menor deberá ser mexicano de pleno derecho, pues de lo contrario estaríamos actuando en contra de las alguna legislación extranjera, es decir del país al que pertenezca el menor.

**LEY ORGANICA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA
DEL FUERO COMUN DEL DISTRITO FEDERAL (5)**

Artículo 58. Los jueces de lo familiar conocerán:

I- De los negocios de jurisdicción voluntaria, relacionados con el derecho familiar;

II- De los juicios contenciosos relativos al matrimonio, a la ilicitud o nulidad del matrimonio y al divorcio, incluyendo los que se refieren al régimen de bienes en el matrimonio; de los que tengan por objeto modificaciones o rectificaciones en las actas del Registro Civil; de los que afecten al parentesco, a los alimentos, y a la paternidad y a la filiación legítima, natural o adoptiva; de los que tengan por objeto cuestiones derivadas de la Patria Potestad, estado de interdicción y tutela y las cuestiones de ausencia de presunción, de muerte; de los que se refieran a cualquier cuestión relacionada con el patrimonio de la familia; con su constitución, con su disminución, extinción y afectación en cualquier forma;

III- De los juicios sucesorios;

IV- De los asuntos judiciales concernientes a otras acciones relativas al estado civil, a la capacidad de las personas y las diversas del parentesco;

5 Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 3a. Ed., México, 1992

V- De las diligencias de consignación en todo lo relativo al derecho familiar;

VI- De la diligencia de los exhortos, suplicatorias, requisitorias y despachos, relacionados con el derecho familiar;

VII- De las cuestiones relativas a los asuntos que afecten en sus derechos de persona a los menores e incapacitados; así como, en general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial.

En el caso de que un extranjero decidiera naturalizarse mexicano, los hijos sujetos a la Patria Potestad se considerarán naturalizados de igual forma, claro esto sin perder el derecho de que al año siguiente de haber cumplido la mayoría de edad ellos puedan escoger su nacionalidad; todo esto previsto en el artículo 43 de La Ley de Nacionalidad y Naturalización. Así como la adopción no interfiere en el cambio de nacionalidad.

Como ya habíamos mencionado anteriormente el menor debe estar protegido en nuestra sociedad y un aspecto muy importante es el de la salud; así mismo lo establece el artículo 63 de La Ley General de Salud (6) que señala lo siguiente:

" La protección de la salud, física y mental de los menores es una responsabilidad que comparten los padres, tutores o

quienes ejerzan la patria potestad sobre ellos, el Estado y la sociedad en general."

Así como el artículo 77 señala de que es de suma importancia que quien ejerza la Patria Potestad, procuren la atención inmediata de los mismos cuando presenten alteraciones en su conducta que permitan suponer la existencia de enfermedades mentales.

Por otra parte en cuanto al aspecto educativo la Ley Federal de Educación (7) establece como derechos de quien ejerce la Patria Potestad o Tutela los siguientes:

- Obtener la inscripción escolar necesaria para que sus hijos o pupilos, menores de edad reciban la educación primaria.
- Participar a las autoridades escolares cualquier problema relacionado con la educación de sus hijos o pupilos, a fin de que aquellas se avoquen a su solución.
- Cooperar con las autoridades escolares en el mejoramiento de los educandos y de los establecimientos.
- Formar parte de las asociaciones de padres de familia.

De igual forma establece como obligaciones:

- Hacer que sus hijos o pupilos, menores de quince años, reciban la educación primaria.

- Colaborar con las instituciones educativas en las actividades que estas realicen.

- Participar de acuerdo con los educadores, en el tratamiento de los problemas de conducta o aprendizaje.

TUTELA.

Tenemos a la tutela como otra figura de gran importancia, pues de igual forma las personas que tengan la tutoría tendrán derecho a pedir la restitución del menor en cuestión.

La cual el Código Civil también la regula y para efecto de conocer esta reglamentación citaremos a continuación los artículos en los que se hace mención a esta importante figura, pues como debemos recordar es importante que se encuentre bien definida la legislación al respecto para evitar errores, ya que al llegar a nuestro país una solicitud para la restitución de un menor deberá tenerse pleno conocimiento de la legislación respectiva, esto con el fin de que se configure plenamente y de lugar al proceso.

Para Sara Montero Duhalt, el concepto de tutela es el siguiente: "...La Tutela es la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad y de los menores de edad no sujetos a la Patria Potestad.

Existen además tras clases de Tutela que no se apegan estrictamente al concepto antes señalado, por no ser tutelas de tipo general, sino que se dan en forma especial para ciertos casos determinados, limitados y temporales; tal es el caso de la Tutela de los emancipados que comparecen a juicio, o de los menores cuando tienen intereses contrapuestos a los de las personas que ejercen sobre ellos la Patria Potestad...." (8)

El Código Civil establece en su artículo 449 lo siguiente:

"El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede tener también por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley..."

Por lo que toca a los órganos responsables de la misma, Ignacio Galindo Garfías, señala lo siguiente:

"... La tutela en el derecho mexicano, reposa y se sustenta en la responsabilidad personal de sus órganos. Así en cuanto a los jueces de lo familiar declara el artículo 469 del Código Civil, que cuando no cumplan las prescripciones relativas a la tutela, serán responsables de los daños y perjuicios que sufran los incapaces...."(9)

8 MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, IV Edición, Ed. Porrúa, México, 1990, Pág. 360

9 GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, 9a. Edición Actualizada, Ed. Porrúa, México, 1989, Pág. 713

Ahora, veremos los preceptos de nuestra legislación referentes a la tutela, mismos que deberán ser tomados en cuenta para la correcta aplicación en nuestro país de la Convención a estudio.

El Código Civil establece ciertos requisitos para poder ejercer como tutor, así mismo nos describe como debe ser el registro de las actas de tutela.

También se señala la conformación y características de éstas. Recordemos que en el caso de la aplicación de la Convención a estudio es importante resaltar que ante la existencia de un tutor deberán observarse en cuanto a las actas los requisitos establecidos en el Código Civil y que si en un momento dado no se ha realizado el registro de la tutela, el tutor designado no se verá impedido para ejercer como tal si esto fuera necesario para la recuperación de un menor.

Ahora bien, el acta de tutela podrá ayudarnos en determinado momento a localizar al posible o posibles sustractores del menor, esto en base a que uno de los requisitos que establece nuestro Código Civil para las actas en comento es que deban llevar el nombre o nombres de las personas que ejercieron la Patria Potestad sobre el discapacitado, datos que agilizarían el trámite de restitución.

Estas actas deberán tener ciertos datos, tales como: (art.91 C.C.)

- Nombre, apellido, edad, profesión y domicilio del tutor y del curador.

El Código Civil nos habla de que la tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse sino por causa legítima y el que se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo del tutor, es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado. (arts. 452 y 453 del Código Civil)

Así mismo, se establece que el tutor y el curador pueden desempeñar respectivamente la tutela o la curatela hasta de tres incapaces; esto en el caso de que sean hermanos, o coherederos o legatarios de la misma persona. También se establecen los requisitos con los que deberá contar un tutor, así como de las consecuencias que puede traerle al mismo, si se negare a ejercer el cargo.

Todo esto es de suma importancia pues debemos recordar que para pedir la restitución de un menor es necesario que realmente se este capacitado jurídicamente para hacerlo y la autoridad central en el estadio parte deberá verificar que los requisitos de acuerdo a su legislación hayan sido plenamente cumplidos, en este caso con los que se requieren para ser tutor.

La tutela es testamentaria, legítima y dativa. (art. 461 del Código Civil)

En el caso de la tutela testamentaria es cuando por medio del testamento se designa un tutor para que se haga cargo de la administración de los bienes y de la persona del incapaz; es legítima cuando no existe quien ejerza la patria potestad y en el caso de un divorcio a diferencia de la dativa que se puede dar de la siguiente forma:

- Cuando no exista una persona a quien corresponda desempeñar el cargo de la tutela legítima o no exista un tutor testamentario.

- Cuando no existan hermanos o colaterales dentro del cuarto grado o cuando el tutor testamentario no pueda ejercerla temporalmente.

En el caso del nombramiento del tutor testamentario, excluye del ejercicio de la Patria Potestad a los ascendientes de ulteriores grados.

El artículo 474 establece lo siguiente: "Si fueren varios los menores podrá nombrárseles un tutor común, o conferírsele a persona diferente la tutela de cada uno de ellos, observándose en su caso lo dispuesto por el artículo 477."

Se establece en el artículo 480 de nuestro Código Civil que si por un nombramiento condicional de tutor, o por algún otro motivo, faltare temporalmente el tutor testamentario, el juez proveerá de tutor interino al menor, conforme a las reglas generales sobre el nombramiento de tutores.

En cuanto a la tutela testamentaria es de importancia para nuestra Convención pues es otra forma mediante la cual una persona puede ejercer este cargo sobre un menor, y es de gran utilidad al realizar la restitución de un menor pues como ya lo hemos mencionado antes debe cerciorarse el Juez de lo Familiar en turno de que realmente quien quiere recuperar al menor este ejerciendo el cargo de acuerdo a la Ley.

Por lo que toca a la tutela legítima el artículo 482, nos dice lo siguiente:

" I.- Cuando no hay quien ejerce la patria potestad, ni tutor testamentario.

II.- Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio."

Correspondiendo la tutela legítima: (art. 483 C.C.)

I.- A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas.

II.- Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive.

Y si en un momento dado, hubiese varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiese cumplido dieciséis años, el hará la elección.

La Tutela Legítima podrá ser ejercida por familiares de los menores o en determinado momento por los directores de las instituciones de beneficencia que los hayan acogido en su seno, es decir, que para los efectos de nuestro tema a estudio el director de una casa cuna podrá pedir la restitución de uno de los menores a su cargo ante cualquiera de los países adheridos a esta Convención.

Por lo que respecta a la tutela dativa es posible: (art. 495 C.C.)

I.- Cuando no hay tutor testamentario ni persona quien conforme a la ley, corresponda a la tutela legítima.

II.- Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483.

La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse salvo que presente una causa legítima, esto está establecido en el artículo 452 del Código Civil, ya que su finalidad es la de proteger al menor en cuanto a su persona y bienes, en un momento dado que no se cumpla con los mismos está afectando a la sociedad pues deja a la deriva a un ser humano completamente desprotegido. La tutela se diferencia de la Patria Potestad por que en la segunda existen lazos de filiación y es mucho más amplia que esta pues esta es basada completamente en un sistema positivo; la misma no puede ser existir a menos que

el menor carezca de quien ejerza la patria potestad sobre él, pues la figura principal es la patria potestad y como suplente la tutela.

Esta institución puede ser ejercida según los artículos 454 y 455 del Código Civil por el tutor, curador, Consejo Local de Tutelas y un juez de lo familiar quien otorgue el cargo.

El curador es quien "vigilará" el desempeño de la administración de los bienes y el cuidado de la persona del incapaz, este no puede ser nombrado por la ley sino que la misma establece que quien nombró al tutor tendrá derecho de nombrar al curador, en el caso de un menor los padres ya que el curador puede ser testamentario o dativo; si bien el mismo no es nombrado por la ley este tiene poder para ante el juez, manifestar cualquier irregularidad que detecte en el desempeño de la función del tutor.

Para los efectos de la **Convención sobre los Aspectos Civiles sobre la Sustracción Internacional de Menores**, cuando el tutor tenga designación legal, es decir, después del discernimiento que se realiza ante el juez de lo familiar para poder ejercer la custodia sobre un menor, o bien durante un divorcio, inclusive cuando el cargo sea temporal se incurrirá en una sustracción ilegal de un menor, aunque el sustractor del menor tuviese derecho sobre el mismo.

PATRIA POTESTAD.

Galindo Garfias señala que Planiol conceptúa la Patria Potestad:

" El conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales".(10)

La Patria potestad podemos definirla como una institución que otorga a los ascendientes un conjunto de derechos y obligaciones para que cumplan con las obligaciones que tienen sobre la persona y bienes de sus descendientes. Esta institución nace de la filiación tanto civil como consanguínea y la finalidad de ésta es la de asistencia y protección a los menores, esta filiación debe estar establecida legalmente y corresponde la misma a los progenitores.

Esta institución es sumamente importante en el derecho de familia ya que establece un vínculo muy estrecho entre ascendiente y descendiente pues mediante esta el menor se encuentra bajo la protección de quien la ejerce y así mismo esta protegido por la Ley en contra del mismo. Si bien antiguamente esta institución protegía solamente a los menores nacidos dentro de la familia ahora en día nuestro Código Civil Mexicano protege no solo a los nacidos en una familia legítima sino esta institución ya nace de una relación paterno filial y como

consecuencia también podrán disfrutar de la misma los menores adoptados o nacidos fuera de matrimonio.

En la familia siempre a sido necesaria cierta unión y el padre ejerce un poder sobre los miembros de la misma ya que dentro de esta él es quien rige la economía, justicia, valores etc.; el padre al ejercer su autoridad establece una relación de respeto hacia él y la institución familiar, es decir, un vínculo tanto amoroso como legal; nuestro propio Código Civil establece que los hijos deberán honrar y respetar a sus padres, pues no por el hecho de que sean menores de edad y gocen de ciertos derechos que la Ley les otorga desde su concepción también tienen obligaciones para con sus padres.

La familia es una institución de gran importancia también en la sociedad y por lo mismo no es objeto de comercio o transferencia, esta facultad es irrenunciable e imprescriptible pues es interés de dominio público, ya que el que un menor de edad quede desprotegido sería en contra de la sociedad.

En el antiguo derecho romano la Patria Potestad era ejercida por el Pater Familias y los abuelos paternos así como era negada para ejercerla tanto a las mujeres de la familia como a los abuelos maternos; hoy en día ante la igualdad de derechos tanto del hombre como de la mujer ambos progenitores pueden ejercerla y más aún los mismos abuelos tanto paternos como maternos.

En nuestro país la familia es una institución muy importante; en la misma siempre era considerado al padre como el jefe máximo en la familia y es de sumo arraigo el respeto y cariño hacia el mismo; en cuanto a la mujer siempre ha tenido un papel muy importante pues también es una figura a la cual se le debe tener gran respeto y cariño y el menor tiene la obligación tanto moral como legal como lo fija el artículo 411 de nuestro Código Civil vigente el cual establece que " Los hijos, cualquiera que sea[su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes..."(11) así como a los padres les otorga la facultad en el artículo 423 de nuestro Código relativo de corregirlos y en caso necesario las autoridades auxiliarán a los padres haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente así como en el mismo establece la obligación en los padres de observar buena conducta a fin de que les sirva de buen ejemplo a los menores, dentro de ésta concepción de " Buen Ejemplo", encierra muchos por menores desde el observar buena conducta, es decir, no consumir drogas, alcohol, conductas obscenas etc., pero podemos preguntarnos si sería justo el separar a un niño de su padre por ejemplo por un escándalo político, que si bien los mayores lo vemos contraproducente a nuestros intereses, también debe tomarse en cuenta la relación padre e hijo, es por eso que la Convención toma en cuenta el que si el menor se quiere retirar o no de lado de su sustractor, pues posiblemente el esté de

11 Código Civil para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1993, Pág. 54

acuerdo en estar con el mismo, tal vez la justicia le haya dado la custodia a otra persona que el no comprenda o no se sienta bien con ella.

La Patria Potestad concede a los padres el derecho de educar, vigilarlos y corregirlos así como de administrar sus bienes, claro hoy en día ha dejado de ser tan rígida como en antaño en el derecho romano, que los hijos eran considerados como "cosas", y el pater familias tenía el poder de la vida y la muerte sobre ellos, ya que el padre de familia era el único que podía ejercerla, hoy en día nuestro Código establece que podrán ejercerla:

- El padre
- La madre
- El abuelo paterno
- La abuela paterna
- El abuelo materno
- La abuela materna

Hoy en día se ha ampliado más la protección dada a los menores ya que al ser más grande el número de personas que puedan ejercerla se está previendo el que los padres pudiesen haber fallecido, o bien los abuelos paternos o maternos, claro que el Estado en caso necesario ha creado instituciones para la protección de los mismos. La Patria Potestad se puede adquirir de las siguientes maneras:

- Por el reconocimiento voluntario de los hijos naturales, hecho en la forma que prescribe la ley
- Por el matrimonio celebrado legalmente
- Por la legitimación
- Por el reconocimiento del menor, es decir en aquellos casos en los cuales se investiga la paternidad del menor y por sentencia judicial es legalmente reconocido.

La enciclopedia jurídica OMEBA nos dice lo siguiente acerca de la Patria Potestad:

" ... La Patria Potestad, por el contenido social de que está investida, se encuentra regulada por normas que deben ser consideradas de orden público.

No es perpetua: hay causas que producen su extinción "IPSO JURE" (emancipación, mayor edad), y otras que provocan su pérdida como sanción impuesta por el mal desempeño de los deberes paternos o su incumplimiento.

No es un derecho absoluto, sino relativo.

Es un derecho personal e intransferible. Su renuncia o abandono podría acarrear graves sanciones, aún de carácter penal. En concordancia con estos principios se ha resuelto que es inaceptable la renuncia que hace el padre a ejercer la Patria Potestad sobre uno de los hijos, solicitando su sometimiento a patronato del Estado y reteniendo el ejercicio de sus facultades

sobre su otro hijo. Díaz de Guijarro, comentando este fallo de nuestros Tribunales, considera que en él se consagra el poder de los jueces para determinar, aún de oficio, el régimen a que debe someterse la Patria Potestad.

En cuanto a esto es de suma importancia señalar que todas estas características antes mencionadas se dan ya que la Patria Potestad es de gran importancia en nuestra sociedad pues se debe proteger al menor como una de los valores sociales mas importantes.

El doctor Casares sostuvo que quien declina la obligación impuesta por la ley respecto a la educación y el cuidado de los hijos, haciendo abandono de la Patria Potestad, evidencia ser un mal padre que no puede pretender seguir ejerciendo sus funciones con los hijos restantes. Otra sería la situación si por dificultades económicas confiase su hijo a un organismo estatal, pero sin hacer abandono de la Patria Potestad.

Díaz de Guijarro sienta la tesis de que " El régimen jurídico de la familia existe con prescindencia absoluta de sus componentes: la condición de hijo, padre o esposo surge con independencia de la voluntad de quienes se hallan en esa situación. Hay una regulación preexistente que tiene por caracteres la generalidad y la obligatoriedad. La adquisición, modificación ó pérdida de los derechos de familia se logra por imperio de la ley. El ejercicio de la Patria Potestad es imperativo: sobre la voluntad o el interés del padre prevalece

de interés social que tiende a la protección de la familia. El artículo 306 del Código Civil establece que la profesión monástica del padre o del hijo con autorización de éste extingue la Patria Potestad. Ello no implica dejar librado al arbitrio paterno disponer sobre la Patria Potestad, sino que se limita a regular las consecuencias de un hecho, como es la profesión monástica. La extinción se produce en este caso ante la imposibilidad de su ejercicio. El artículo 8º de la ley 10.903 implica una sanción en concordancia con el artículo 307 del Código Civil, siendo aquél un supuesto particular de éste." (12)

A continuación veremos los preceptos relacionados con la correcta aplicación de la Convención sobre los Aspectos Civiles sobre la Sustracción Internacional de Menores.

Pareciera que no algunos de los artículos que citaremos no tienen relación con la Convención a estudio, pero recordemos que al pedirse la restitución de un menor, tiene que hacerlo una persona facultada para ello, lo cual deberá comprobarse de acuerdo a los lineamientos de nuestra legislación mexicana, pues de lo contrario estaríamos violando los derechos de cualquier mexicano, ya sea del sustractor o de quien quiere recuperar al menor.

En nuestro Código Civil, encontraremos preceptos de gran importancia para nuestro tema, pues como ya lo mencionamos,

establecen las bases para poder ejercer cierto derecho sobre el menor.

Cuando se da el caso de la nulidad de un matrimonio, de acuerdo al artículo 259 del Código Civil, luego que la sentencia sobre la nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el juez resolverá de acuerdo a su criterio de acuerdo a las circunstancias del caso.

En caso de divorcio respecto de la situación de los hijos el artículo 283 de nuestro Código Civil vigente establece lo siguiente:

" La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la Patria Potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos en juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la Patria Potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, designar a un tutor."

El artículo 380 del Código en cita señala que cuando el padre y la madre que no vivan juntos pero que reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá su

custodia; y en caso de que no lo hicieren, el juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

Así como el artículo 381, establece que:

" En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiese reconocido, salvo que se conviniese otra cosa entre los padres, y que siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público."

Ahora bien, si los padres viven juntos pero han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio, ejercerán ambos la Patria Potestad. (art. 415 del C.C.)

Si hay separación de los progenitores se observará lo siguiente:

" Artículo 417; Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la Patria Potestad en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo. "

Los artículos anteriores nos hablan de los casos en que los padres podrán ejercer la Patria Potestad sobre sus hijos, aún si estos no se encuentran casados, esto es importante saberlo ya que

en un dado caso que se tenga que pedir la restitución de un menor a otro país adherido a esta Convención la persona que pida la misma deberá tener pleno derecho respecto a estos artículos de nuestro Código Civil, ya que como se desprende de los artículos anteriores existen diversas circunstancias en las que se puede ejercer la Patria Potestad y al realizarse la restitución del menor deberá demostrarse que se está a cargo del cuidado y custodia del niño.

Ahora bien, también es de suma importancia cuidar que quien pida la restitución de un menor tenga aún la patria potestad sobre el mismo, para lo cual se deberá estar a los lineamientos señalados por el Código Civil vigente para el Distrito Federal, el cual señala lo siguiente:

Artículo 443.- La Patria Potestad se acaba:

- I- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- II- Con la emancipación, derivada del matrimonio.
- III- Por la mayoría de edad del hijo.

Artículo 444; La Patria Potestad se pierde:

- I- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.

II- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283.

III- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.

IV- Por la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos, por que los dejen abandonados por más de seis meses.

Así como también sólo puede ser suspendida la Patria Potestad en forma temporal, de acuerdo a el siguiente artículo:

Artículo 447; La Patria Potestad se suspende:

I- Por incapacidad declarada judicialmente.

II- Por la ausencia declarada en forma.

III- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

También en determinado momento de acuerdo al artículo 448 la Patria Potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla, pueden excusarse:

" I- Cuando tengan sesenta años cumplidos.

II- Cuando por su mal estado habitual de salud no pueda atender debidamente a su desempeño.

- En un caso de robo, si el juez lo creyere conveniente podrá suspender al delincuente por un mes a seis años en el ejercicio de la Patria Potestad, Tutela, Curatela, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en concursos de quiebras asesor y representante de ausentes, o en el ejercicio de cualquiera profesión de las que exijan título. Así como en otros casos como el de la violación de ascendente sobre su descendiente, estos derechos son suspendidos en igual forma por el juez competente. "

Estos artículos son importantes, ya que las personas que hayan perdido la Patria Potestad en base a los anteriores artículos no podrán pedir la restitución de un menor, y como ya hemos mencionado antes, no puede omitirse el hecho de tomar en cuenta los lineamientos establecidos al respecto por la legislación mexicana.

Otro aspecto importante es el del domicilio pues es una parte muy importante para poder establecer los pasos a seguir para la recuperación del menor, nuestro Código Civil lo define de la siguiente manera:

DOMICILIO

Será considerado como domicilio legal de los menores el de

la persona a cuya Patria Potestad está sujeto o en su defecto el de su tutor, según lo establecido por el artículo 31 de nuestro Código Civil, en cual establece lo siguiente:

Artículo 31; Se reputa domicilio legal:“

I- Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya Patria Potestad está sujeto.

II- Del menor de edad que no esté bajo la Patria Potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor.

III- En el caso de menores o incapaces abandonados, el que resulte inconforme a las circunstancias previstas en el artículo 29.

IV- De los cónyuges, aquel en el cual estos vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada conyuge de ejercer su domicilio en la forma prevista en el artículo 29.

V- De los militares

VI- De los servidores públicos...

VII- De los funcionarios diplomáticos...

VIII- De las personas que residen temporalmente en el país, en el desempeño de una comisión o empleo de su gobierno o de un

organismo internacional, será el del Estado que los haya designado, o el que hubiese tenido antes dicha designación respectivamente, salvo con respecto a las obligaciones contraídas localmente.

IX- De los sentenciados...

Respecto al artículo anterior como ya lo habíamos mencionado anteriormente, es de gran importancia el domicilio que tengan los padres o quien tenga la Patria Potestad para poder pedir la restitución de un menor, es decir podremos hablar de cuando se aleja a un menor de su " Residencia Habitual ".

CAPITULO IV
ASPECTOS DE LA RESTITUCION DEL MENOR

A).- TEORIA

A continuación realizaremos un estudio sobre la aplicación de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, pues de entre los derechos del niño también se encuentra la libertad y ésta es un claro ejemplo de los resultados que está dando la gran preocupación a nivel internacional sobre los derechos del menor.

La figura de la sustracción de menores no había sido regulada en nuestro país pero en el año de 1980 al ser firmada en la Haya la Convención al respecto, y el tres de febrero de 1992 en que se promulgó el decreto de ratificación de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Por Sustracción de Menores podemos entender en forma literal como "apartar" o "quitar", con esto podemos entender que significa separar o quitar al menor de sus padres pero al hacerlo estaríamos en un grave error pues se tipificaría la figura de rapto o secuestro ya que la persona que separa al menor de sus padres no tiene ningún derecho sobre el mismo y en nuestro caso la persona que lo realiza puede tener la oportunidad de tener la custodia legal del mismo.

Sustracción de menores es el hecho jurídico que consiste en que uno de los padres o persona que legalmente pueda ejercer la tutela del menor, pero que en la práctica no la ejerce, aparta o quita al menor de la persona que legalmente y en la práctica ejerce la custodia del menor, llevandoselo consigo a habitar a otro lugar, lo que implica una retención del menor fuera de su residencia habitual.

Quien tiene la custodia del menor es aquel que ejerce el derecho relativo al cuidado de la persona del menor es decir satisfacer sus necesidades primarias por lo menos, así como proporcionarle estudios y apoyo en todos aspectos ya que al tener derecho sobre el mismo tendrá también la obligación de velar por lo menos hasta que cumpla su mayoría de edad y decidir sobre su lugar de residencia, claro que también existe el derecho de visita que tiene el otro progenitor y este comprende el llevarlo por un determinado tiempo a otro lugar pero esto no en forma permanente y sin consentimiento de quien tiene la custodia del menor legalmente.

En la convención se le da gran importancia al hecho de que el menor al ser llevado a otro lugar a residir se le aparta de su medio de vida es decir de su "habitat" acostumbrado. La figura de la sustracción de menores es difícil de encuadrar ya que por medio de la misma no se obtiene ningún lucro ni se pone en peligro la vida ya que quien la ejerce es alguien que se lleva al menor para velar por el bien del mismo no para dañarlo, simplemente no tiene la tutela legalmente. Los ministros

franceses y canadienses han sostenido que " la eficacia de persecución penales es ilusoria en caso de la retención de niños fuera de su país, pues no existen medios en donde quepa la extradición y los únicos medios eficaces para darle solución al problema son los jurídico civiles.

En nuestro país, para este tipo de controversias será un Juez de lo familiar otorgará la guarda y custodia del menor al padre o tutor más adecuado para el mismo ya que para esto se tomarán en cuenta varias circunstancias como lo son las socioeconómicas, culturales y psicológicas de los mismos pues deben ser un buen ejemplo para el menor ya que de el dependerá su educación presente y futura, en caso de que a nivel nacional se de la sustracción de menores es posible subsanar tal situación ya que por medio de exhortos el Juez familiar que tenga conocimiento de esto podrá solucionar la controversia al entrar en comunicación con el Juez competente del otro Estado de la República Mexicana. A nivel internacional cuando se presenta un problema de ésta índole es difícil de subsanar por la diferencia de criterios que existe entre los sistemas jurídicos internacionales y el mexicano, pues si bien puede pensarse que la solución estaría al hacer uso de exhortos o cartas rogatorias los sistemas jurídicos no concuerdan.

La Convención manifiesta en su texto: " Deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la

restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita ..." (1) , como lo hemos mencionado anteriormente esta convención se hizo pensando en el daño que este tipo de cambios pudieran ocasionarle al menor de edad; por esto es que se ha tratado de establecer una serie de reglas a seguir para proteger como ya lo dice en su texto a los menores que si bien quien lo sustrae no tiene al ánimo de causarle un daño al mismo, sin querer podría hacerlo inconscientemente.

B).- CASO PRACTICO

La Convención al respecto nos habla de determinados requisitos a cumplir para la restitución de un menor, es decir, de acuerdo a la voluntad de los países integrantes de la misma.

En México ya existen casos en los que se ha pedido la restitución de un menor y uno de ellos nos puede servir de ejemplo a nuestro tema, se omitirán nombres y fechas verdaderas por razones obvias:

Primer Paso:

Procedente de un estado de los Estados Unidos de Norteamérica llega por medio de la Secretaría de Relaciones Exteriores una Carta Rogatoria en inglés con la traducción respectiva, estructurada de la siguiente manera:

1 Diario Oficial de la Federación, Publicado el viernes 6 de marzo de 1992, Pág. 2

CORTE SUPERIOR DE XXX, DEL CONDADO DE XXX.

DEMANDANTE

CASO No: 00000

"A"

**ESTA TESTIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

CARTA ROGATORIA

DEMANDADO:

"B"

Para el honorable Juez de lo Familiar de la ciudad de México: La honorable Juez x del Estado de xxx solicita su apoyo para reconocer la orden expedida el día x de x del año en curso, en relación a la custodia del (a) menor "C", nacida el x de x de x.

De conformidad con la orden, una copia de la cual está anexada a esta carta rogatoria, la custodia física y legal de dicho menor fue otorgada a la demandante "A", teniendo el padre derecho a visitar a el niño (a). Esta orden específicamente prohíbe a cualquiera de los interesados trasladar a la menor fuera del condado de xxx. Esta Corte ha sido informada que el demandado, "B" ha trasladado a la menor fuera de este país, y la tiene dentro de la jurisdicción de su honorable Corte. Esta Corte ruega que esta orden sea reconocida bajo la Convención Inter-Americana de Exhortos y Cartas Rogatorias y la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de la que ambos países son parte. Los siguientes hechos son los que fundamentaron la orden de esta Corte:

1- La demandante "A" es la madre de dicha menor. El xx de xxx del año en curso ella sometió una petición en ésta Corte solicitando, entre otras cosas, la custodia del (a) menor.

2- El demandado "B" es el padre de el(la) menor.

3- Ambos padres y el (la) menor estaban residiendo en el condado de xxx, xxx, cuando se sometió la petición y la orden fue expedida.

4- El demandado se presentó en ésta Corte el X de xxx del año en curso, se sometió a la jurisdicción de ésta Corte, y estuvo presente cuando se dictó la orden.

5- La orden de ésta Corte estipula que la madre tiene la custodia física y legal de dicha menor, excepto durante las visitas del padre los domingos de diez de la mañana a cinco de la tarde, cada dos semanas.

6- El retener a la menor en México es una violación a la orden de esta Corte y al derecho de custodia de la demandante así definido por la Convención de la Haya. Así mismo es una violación a la orden de ésta Corte el trasladar a la menor fuera de este Condado.

Por lo tanto esta Corte respetuosamente solicita:

1- Reconocer la orden de esta Corte.

2- Ordenar el regreso inmediato de esta menor a los Estados Unidos como está estipulado en el artículo 12 de la Convención de la Haya.

3- Ordenar a las autoridades apropiadas tomar custodia de el (la) menor hasta que se puedan hacer los arreglos necesarios para su regreso a los Estados Unidos y prevenir que el demandado traslade a la (el) menor a otro lugar.

4- Avisar al Consulado General de México en xxx, su decisión respecto a esta Carta Rogatoria para poder informar al demandante y poder hacer los arreglos necesarios para que pueda tomar custodia de la menor.

5- Ordenar al demandado que se presente en esta Corte antes del xx de xxx del año en curso, y presentar las pruebas para no ser declarado en rebeldía.

La atención que se sirva prestar a este caso será altamente apreciada. Esta Corte asegura reciprocidad en casos análogos.

FECHA

JUEZ DE LA

CORTE SUPERIOR DEL ESTADO DE SAN DIEGO CALIFORNIA.

Posteriormente acordando la presente el Juez de lo Familiar de la Ciudad de México gira oficios a la Secretaría General de Protección y Vialidad del Departamento del Distrito Federal y a la Secretaría de Gobernación a efecto de que la primera por

conducto de sus elementos procedan a la localización de "B" y de el(la) menor, así como su domicilio; y a la Secretaría de Gobernación para que informe si a partir del día x de xxx ingresaron por cualquiera de los puntos de la frontera norte del país las personas arriba mencionadas y en su caso informe si actualmente se encuentran en territorio nacional. Recibidos los informes de referencia déseme nueva cuenta para acordar lo que proceda. Gírese también oficio a la Dirección General de Asuntos Jurídicos, Departamento de Exhortos y Relaciones con Embajadas de la Secretaría de Relaciones Exteriores, acompañándole copia certificada del presente proveído para que por su conducto sea remitido al Consulado General de México en xxx y éste a su vez la envíe a la C. Juez de la Corte Superior del Estado de xxx, con la finalidad de que esté informada del trámite que se ha dado a la rogatoria de mérito y a la vez para solicitarle proporcione al suscrito los siguientes datos:

1- País de origen del demandado

2- Si éste ha estado domiciliado en México, en caso afirmativo, el domicilio del mismo.

3- Si el demandado tiene familiares en la Ciudad de México y en caso afirmativo el nombre y domicilio de éstos,

4- La media filiación del demandado y el(la) menor

Lo anterior para que este juzgador tenga más elementos para su localización. Notifíquese....."

Enviados los respectivos oficios, la Secretaría de Protección y Vialidad da respuesta al mismo, encontrando datos del demandado.

Acordando el oficio antes citado se pide al notificador del juzgado que proceda a la verificación del domicilio proporcionado por la Secretaría de Protección y Vialidad y se gire nuevo oficio a la misma para proseguir la investigación acerca de los domicilios tanto del menor como del demandado.

La Secretaría de Gobernación al dar contestación al oficio en girado anteriormente menciona que no fue encontrado ningún ingreso al país de las personas antes mencionadas y que se proporcione la nacionalidad de las mismas a efecto de proceder como es debido por parte de la misma Secretaría. Así acordando la mencionada respuesta manifiesta el juzgador que no cuenta por el momento con los datos respectivos pero que ya han sido solicitados a la C. Juez de la Corte Superior de San Diego California y que en tanto sean proporcionados serán dados a conocer a la misma para el fin que proceda.

Posteriormente se recibe un documento de la Secretaría de Relaciones Exteriores dirigido al juzgador con el siguiente texto:

Me dirijo a Usted con el objeto de informarle que la solicitud de la restitución del menor "C", que a la luz de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores enviara a esta Consultoría jurídica el Sr. "D", Autoridad Central de los Estados Unidos para el cumplimiento y ejecución de dicha Convención.

Sobre el particular me permito puntualizar lo siguiente:

1.- Como es de su conocimiento México se adhirió a la citada Convención el pasado 20 de julio de 1991, en virtud de los cual según lo dispone el artículo 1º de la misma, se obligó a garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en nuestro territorio a su país de origen.

2.- Para el cumplimiento de dichas obligaciones, cada uno de los Estados Contratantes designará una Autoridad Central, según lo dispone el artículo 6 de la citada Convención.

3.- En tal virtud esta Consultoría Jurídica fue designada como Autoridad Central para que, en colaboración con las autoridades competentes de cada Estado, adopte la medidas apropiadas y procedimientos de urgencia de que dispongan tendientes a la localización y restitución del menor que se trate.

4.- De conformidad con el artículo 7 de la Convención en consulta, dichas Autoridades Centrales deberán adoptar, en

particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

- a)- Localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- b)- Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- c)- Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- d)- Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o ejerza el derecho de visita;
- e)- Conceder o facilitar según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluyendo la participación de un abogado;
- f)- Garantizar desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuere necesario y apropiado;
- g)- Mantenerse informados sobre la aplicación de la multicitada Convención y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan aplicarse a su aplicación.

5- Es de suma importancia volver a puntualizar que el objetivo de la Convención es el de restituir inmediatamente a los menores sustraídos ilícitamente del lugar donde residían habitualmente. Lo anterior, en virtud de que las Cortes competentes para resolver de fondo el problema de custodia, son aquellas donde el menor ha residido habitualmente, ya que ahí se cuenta con los elementos probatorios para la adecuada sustanciación del juicio correspondiente. Por ello, los tribunales a los que se les ha solicitado la restitución de un menor en éstas circunstancias, no resolverán de fondo la cuestión del derecho de custodia, sino que únicamente ordenarán la restitución inmediata del menor y su depósito provisional ante las autoridades del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, mientras ésta consultoría jurídica gestiona su entrega a la Autoridad Central del país requiriente.

Así mismo, es importante destacar que, de conformidad con el artículo 17 de la multicitada Convención, sólo el hecho de que una decisión relativa a la custodia haya sido dictada o sea susceptible de ser reconocida en México, no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en la misma.

Cabe destacar que las Autoridades Centrales podrán negar la restitución del menor en los siguientes casos:

a)- Cuando se demuestre 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 posteriormente aceptando el traslado o retención;

b)- Cuando se compruebe que existe un grave riesgo de que la restitución de un menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable;

c)- Cuando el propio menor se oponga a su restitución, es decir, que el mismo haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al respecto es necesario expresar que dichas excepciones únicamente serán procedentes, cuando quien esgrima dichos hechos, pueda probar fehacientemente su existencia. Lo contrario, violaría y haría jugatorio el objetivo que persigue la Convención de la Haya, y atentaría en contra de los criterios que los distintos tribunales en el extranjero han adoptado en ese sentido. Acompañando a este documento fueron enviadas las fotografías tanto de la menor como de su sustractor.

Cuando el menor es recuperado se pide que en lo que se llevan a cabo los trámites correspondientes para la restitución del mismo sea turnado a una institución del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, la cual es un organismo que se encuentra establecido por el artículo 172 de la Ley General de Salud, este es un organismo público descentralizado con

personalidad jurídica y patrimonio propios y sus fines son la promoción de la asistencia social, la promoción de la interrelación sistemática de acciones que en este campo lleven a cabo las instituciones públicas (en este caso la secretaria de Relaciones Exteriores en cuanto a la integración del menor a su familia y residencia habitual), la prestación de servicios en ese campo (cuando le es turnado el menor para su custodia en lo que se realizan los trámites para la restitución del mismo, está realizando una actividad tendiente al bienestar de la familia a nivel internacional).Este organismo para la realización de sus objetivos realiza las siguientes funciones:

- I- Promover y prestar servicios de asistencia social.

- II- Apoyar el desarrollo de la familia y de la comunidad.

- III- Realizar acciones de apoyo educativo, para la integración social y de capacitación para el trabajo a los sujetos de la asistencia social.

- IV- Promover e impulsar el sano crecimiento físico, mental y social de la niñez.

- V- Proponer a la Secretaría de Salud en su carácter de Administradora del Patrimonio de la Beneficiencia Pública, programas de asistencia social que contribuyan al uso eficiente de los bienes que lo componen.

- VI- Fomentar y apoyar a las asociaciones o sociedades civiles a todo tipo de entidades privadas cuyo objeto sea la prestación de servicios de asistencia social, sin perjuicio de las atribuciones que al efecto correspondan a otras dependencias.

- VII- Operar establecimientos de asistencia social en beneficio de menores en estado de abandono, de ancianos desamparados y de minusválidos sin recursos.

- VIII- Llevar a cabo acciones en materia de prevención de invalidez y de rehabilitación e inválidos, en centros no hospitalarios, con sujeción a la Ley General de Salud.

- IX- Realizar estudios e investigaciones sobre asistencia social.

- X- Realizar y promover la capacitación de recursos humanos para la asistencia social.

- XI- Participar con la Secretaría de Salud en el Sistema Nacional de Información sobre la Asistencia Social.

- XII- Prestar servicios de asistencia jurídica y de orientación social a menores, ancianos y minusválidos sin recursos.

- XIII- Apoyar el ejercicio de la tutela de los incapaces, que corresponda al Estado, en los términos de la ley

respectiva.

XIV- Poner a disposición del Ministerio Público los elementos a su alcance en la protección de incapaces, y en los procedimientos civiles y familiares que les afecten, de acuerdo con las disposiciones legales correspondientes.

XV- Realizar estudios e investigaciones en materia de invalidez.

XVI- Participar en los programas de rehabilitación y educación especial.

XVII- Las demás que establezcan las disposiciones legales en la materia.

En este caso la menor fue recuperada por la madre, suspendiéndose el procedimiento. En base a esto podemos pensar que sería de gran importancia que el comité de vigilancia en la Convención a estudio tenga entre sus integrantes a alguna autoridad de este organismo, ya que entre sus funciones se encuentra la de proteger a los incapaces y al turnarsele un menor antes de ser restituido ejercerá tutela temporal del mismo, es decir será responsable de los bienes y la persona del mismo y así velar por su bienestar en lo que se le restituye al lugar de su residencia habitual y teniendo un miembro de este organismo se vigilaría la correcta aplicación de la Convención y la no violación de legislaciones extranjeras.

En este caso el menor o la menor al haber sido restituidos deberán ser turnados a alguna institución para que cuide de ellos en lo que se realizan los trámites de traslado del mismo; ahora bien si en un dado caso se diera aviso al C. Juez competente de la ciudad de México que el menor ya ha sido restituido voluntariamente o bien que hayan existido pláticas entre ambos padres o en su caso otras personas con el mismo derecho que en caso de fallecimiento tendrían ellos ya ha sido recuperado el menor, de inmediato el proceso será suspendido.

FORMATO PARA LA SOLICITUD DE LA RESTITUCION DE UN MENOR.

Como ya vimos anteriormente se realiza una solicitud para pedir la restitución de un menor la cual será entregada a la Autoridad Central que haya sido designada en cada país, en nuestro país es la Secretaría de Relaciones Exteriores, pero e mi modo de ver el formato existente hasta ahora, por lo menos en cuanto a Estados Unidos - México carece de algunos elementos que en la práctica ya han creado deficiencias y pérdida de tiempo.

Podría proponerse un nuevo formato en el cual desde el inicio de los trámites entre al país a donde ha sido sustraído el menor, en el caso que comentamos, nos dimos cuenta de que después de haber solicitado la restitución del menor, faltaban datos de suma importancia como lo son algunos domicilios o referencias del sustractor en este caso en México, pues sólo con el nombre sería mucho más tardada la investigación y en su caso como en nuestro ejemplo el juez tiene que pedir los mismos al país de donde

proviene la solicitud y esto nos hace perder tiempo valioso tanto para las autoridades de este país u otro en su caso como para quien quiere recuperar al menor de pleno derecho.

En el formato sería indispensable incluir una detallada investigación sobre los siguientes puntos:

a)- Si el sustractor a vivido temporalmente o por cuestiones de trabajo en el país en donde se encuentra el menor.

b)- Si el sustractor tiene familiares o amigos en el país en mención, si los tiene mandar domicilios particulares o de trabajo o en su defecto lugares que frecuenten constantemente.

c)- Fotografías tanto del menor como del sustractor.

d)- En caso de que el menor padezca alguna enfermedad estipularla (esto con el fin de que pueda captárseles también por los centros de salud).

e)- Mandar documentos que acrediten a el requiriente como quien tiene pleno derecho de Patria Potestad sobre el menor, esto para prevenir que en un momento dado se entregue al menor a una persona que carezca de todo derecho sobre el mismo.

f)- En caso de haber tenido antecedentes penales en el país a comento, especificarlo.

Estos datos nos serían de gran utilidad, pues en lo que se realizan los trámites respectivos no es lo mismo mandar oficios a los diversos órganos que nos auxiliarán en la búsqueda sólo con el nombre que dando datos ya de personas o familiares, pues por medio de ellos se puede realizar una investigación más detallada y ofrecer mejores resultados. Ahora esto es en caso de que exista ya definida la situación jurídica sobre la posesión de la Patria Potestad sobre el menor, ya que más adelante veremos varios ejemplos y casos en los que se debe dirimir aún esta cuestión y que pasaría a nivel internacional, o bien a nivel interno.

A nivel nacional, es decir, si se sustrae el menor de un Estado a otro, para determinar la competencia del Organismo Jurisdiccional que ha de resolver el problema, es necesario saber, que existen varios criterios para determinar la competencia, como lo son:

La Competencia por:

- Materia
- Cuantía
- Territorio
- Grado

Al presentarse la hipótesis de determinar la competencia del Organismo Jurisdiccional, nos enfrentamos a diversos obstáculos jurídicos y procesales para determinarlo y resolverlo. En un momento dado, el Juez competente sería el Juez de lo Familiar en turno, pues recordemos que la guarda y custodia en su origen, son aspectos relativos a la materia familiar.

En nuestro país como ya lo hemos mencionado anteriormente es bien sabido a que materia pertenece el problema de la guarda y custodia del menor, pero se presenta un problema... el de la competencia territorial y por ende establecer cual sería competente para resolver la controversia, a continuación estableceremos varias hipótesis para darnos una idea de diversas soluciones a tratar;

A)- Juan y María, ambos de nacionalidad mexicana, tienen un hijo al cual han reconocido legalmente, y se han divorciado ya hace un año, otorgándole el Juez la Patria Potestad a María, ahora bien, Juan por razones diversas se lleva al menor a otro Estado del país, por lo cual queda dentro del mismo sistema jurídico mexicano, podríamos preguntarnos como sería el procedimiento a seguir para María...

En primer término debemos tomar en cuenta que el Juez que conocerá de esta controversia será uno de orden familiar tal y como lo establece el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual señala lo siguiente:

" El Juez de lo Familiar está facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretándose las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros....."

Ahora bien como el divorcio entre Juan y María ya había sido llevado a cabo el camino a seguir será por lo establecido en el

artículo 501 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual aduce lo siguiente:

" La ejecución de sentencia que haya causado ejecutoria o que deba llevarse adelante por estar otorgada ya la fianza correspondiente, se hará por el juez que hubiere conocido del negocio en primera instancia.

La ejecución de los autos firmes que resuelvan un incidente, queda a cargo del Juez que conozca del principal.

La ejecución de los convenios celebrados en juicio, se hará por el Juez que conozca del negocio en que tuvieron lugar, pero no procede en la vía de apremio, si no consta en escritura pública o judicialmente en autos."

Este artículo establece que María tendrá que acudir ante el Juez que conoció del divorcio y pedirle que envíe un exhorto al Juez competente del estado en donde se encuentre Juan con el menor.

B)- Si en un momento dado no se ha llevado a cabo el divorcio o bien está en trámite, se deberá ante el Juez que se entable el mismo seguir lo aducido por el artículo 282 del Código Civil, el cual hace alusión a lo siguiente:

" Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el

juicio, las disposiciones siguientes:

I.- Derogada

II.- Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles.

III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos.

IV.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso.

V.- Dictar en su caso, las medidas precautorias que la Ley establece respecto a la mujer que quede en cinta.

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez, previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.

Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre."

De esta forma el menor o los menores deberán quedar al cuidado de una determinada persona o bien con uno de los cónyuges.

C).- ASPECTO PENAL

En nuestro Sistema Jurídico Mexicano, solamente se encuentra regulada la Sustracción de Menores a nivel local ya que a nivel Federal no se comenta nada al respecto. A nivel local tenemos varios ejemplos de Estados que regulan este aspecto como lo son: Coahuila, Nuevo León, Tamaulipas y Veracruz; de este ejemplo podemos observar que son pocos los Estados que regulan esta materia. El problema de la sustracción de menores es de suma importancia a nivel social y claro en cuanto a el estado emocional del menor, por lo que debería ponerse un poco más de énfasis al respecto.

Como sabemos, las conductas antisociales, es decir, las acciones u omisiones que de alguna manera ponen en peligro o lesionan los bienes jurídicos socialmente considerados como importantes, son tipificados por el legislador en algún Código Penal, y se convierten en delitos, con todas las consecuencias jurídicas que el sistema establezca. Ahora bien debemos recordar que todo sistema jurídico, no importando de que lugar sea su origen debe ser dinámico y adaptarse a las condiciones de nuestro tiempo, aunque como en el caso de nuestro Sistema Jurídico Mexicano no ha sido posible condicionar el mismo a nuestras condiciones actuales, es decir, sociales, económicas, políticas

etc., cosa que ya se está haciendo, pero es labor de titanes el poder actualizar el mismo.

Para poder hablar de una conducta "antisocial" es importante hacer un análisis previo de los elementos del tipo: (2)

I.- PRESUPUESTOS:

1.- Deber Jurídico Penal

2.- Bien Jurídico

3.- Sujeto Activo, con sus diversas modalidades:

- a)- Voluntabilidad
- b)- Imputabilidad
- c)- Calidad Específica
- d)- Calidad de Garante
- e)- Número Específico

4.- Sujeto Pasivo, con sus modalidades que son:

- a)- Calidad Específica
- b)- Número Específico

5.- Objeto Material

2 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Análisis basado en esta obra, Ed. Porrúa, México, 1988

II.- ELEMENTOS:

1.- Conducta con los siguientes elementos:

- a)- Dolo
- b)- Culpa
- c)- Actividad
- d)- Inactividad

2.- Resultado Material

3.- Medios de Comisión

4.- Referencias de Tiempo, Espacio y Ocasión

5.- Lesión del Bien Jurídico o puesta en peligro del Bien Jurídico

6.- Violación del Deber Jurídico Penal.

A continuación aplicaremos estos supuestos y elementos del tipo penal al caso de la Sustracción de los Menores:

1.- DEBER JURIDICO: Es la prohibición o mandato categórico descrito en el tipo.

La prohibición de alguna acción en nuestro caso a estudio no sería la de sustraer al menor, pues no es una conducta que se

dé por omisión o por un dejar de hacer, ya que el sujeto sustractor tiene derecho de hacerlo, es decir, en un momento dado puede tener derecho a la posesión de la Patria Potestad o Tutela del menor.

2.- BIEN JURIDICO: Teóricamente lo definen como el interés colectivo protegido en la tipicidad de la conducta. Es decir, será una acción u omisión considerada como antisocial y que de alguna forma afecta los intereses colectivos considerados como bienes jurídicos, considerándose en ese momento como delitos.

En nuestro caso a estudio, se protegen diversos intereses colectivos en relación con el menor y como ya lo hemos mencionado anteriormente, con una de las partes más importantes de la sociedad: LA FAMILIA. Con esto podemos ver que no sólo se protegen bienes jurídicos individuales sino también colectivos, que a fin de cuentas repercuten uno en el otro.

Los bienes jurídicos afectados son los siguientes:

- La Familia como célula importante de la sociedad
- Los derechos del niño en relación con la familia y su desarrollo integral, es decir, importantes aspectos como el psicológico, biológico, educativo.
- Los derechos de los padres, tutores o instituciones que ejerzan estos derechos, de los cuales se ven privados en el momento en que se sustrae al menor.

3.- **SUJETO PASIVO:** Se puede definir como el titular del Bien Jurídico, y es a quien se le lesiona o pone en peligro el mismo.

Este concepto cuenta con dos características muy importantes ya que mediante las mismas se nos permite establecer quien es directamente el afectado: Calidad y Pluralidad específica del mencionado sujeto, las cuales podemos definir de la siguiente manera:

CALIDAD DEL SUJETO PASIVO:

Son las características exigidas por el tipo penal para configurar al sujeto pasivo.

PLURALIDAD DEL SUJETO PASIVO:

Es el número de sujetos exigidos en el particular tipo penal para configurar al sujeto pasivo.

En nuestro caso a estudio podemos encuadrar al sujeto pasivo tanto a el padre o la madre que se ven privados de su derecho a ejercer la Patria Potestad o bien al tutor o en su caso a la Institución que ejerza las antes mencionadas sobre el niño.

4.- **SUJETO ACTIVO:** Es la persona que tiene la posibilidad normativa y fáctica de concretizar la semántica descrita en el particular tipo penal.

En el caso de la sustracción de un menor podemos hablar de que el sujeto activo es el sujeto que sustraiga al menor y que si bien es cierto lo aparta de quien ejerce sobre él la Patria Potestad o la Tutela, éste también tendría derecho a poseerla. El Sujeto Activo cuenta con diversas características:

- VOLUNTAD

- IMPUTABILIDAD

- CALIDAD ESPECIFICA

- NUMERO ESPECIFICO

VOLUNTAD:

Es cuando el Sujeto Activo tiene la capacidad de saber y querer realizar la conducta tipificada en el ordenamiento legal correspondiente.

Es decir que en nuestro caso el sujeto sustractor tiene la capacidad de saber que otra persona aparte de él tiene la facultad de poseer sobre el menor la patria potestad o tutela correspondiente, pero aún a pesar de esto la conducta no se encuentra tipificada por el ordenamiento legal respectivo.

Podemos hablar de atipicidad en el caso de que el sujeto se encuentre en estado de sonambulismo, ebriedad, amnesia etc...,

es decir que no este consciente de sus actos, pero en el momento que regrese a su estado normal, deberá devolver al menor a su residencia habitual, pues de lo contrario estaría tipificando una determinada conducta.

IMPUTABILIDAD:

Podemos hablar de imputabilidad cuando el sujeto está consciente de sus actos, es decir que comprenda la acción ilícita en que está incurriendo en ese momento.

Al igual que en la voluntad se da en nuestro caso cuando el sujeto sustractor conoce quien o quienes son quienes pueden tener sobre el menor la tutela o la patria potestad.

CALIDAD ESPECIFICA:

Son las determinadas características que definen y delimitan al sujeto activo, para encuadrar en el tipo penal.

Es decir en este caso el sujeto sustractor debe reunir las siguientes características para encuadrar en una conducta incorrecta o "ilícita":

- Tener derechos a ejercer sobre el menor, la Patria Potestad o la Tutela.

- Saber de la existencia de otra persona o institución con los

mismos derechos que él.

- Saber que está incurriendo en una conducta incorrecta.
- Estar plenamente consciente de sus actos, es decir, no encontrarse en estado de ebriedad, sonambulismo, amnesia etc.

NUMERO ESPECIFICO:

Es el número de sujetos activos que encuadran en el tipo penal.

En nuestro caso a estudio se puede explicar de la siguiente manera, simplificandolo en premisas:

1.- El padre del menor sustrae al menor, el cual estaba bajo la custodia de la madre o viceversa.

2.- Ambos padres sustraen al menor de la protección de una institución, que en un momento dado podrían tener la Patria Potestad pero que por diversas razones la han perdido legalmente.

5.- OBJETO MATERIAL.

Se define como el ente corpóreo sobre el cual va dirigida la conducta tipificada legalmente; en nuestro caso aunque no ésta legalmente tipificada la conducta, esta no deja de ser antisocial y encuadrar en un tipo al respecto.

El menor en este caso es el digamos "Objeto Material", sobre el cual va a recaer la conducta ilícita, es decir, una acción; al sustraerlo el sujeto activo, realiza sobre él esa conducta.

ELEMENTOS DEL TIPO

1.- CONDUCTA.

Podemos dividir a la misma en diversos subconjuntos:

- Dolo

- Culpa

- Actividad e inactividad

Es realizar una acción plena de voluntad, de manera idónea e ininterrumpida.

En el momento en que el menor es sustraído el sujeto activo realiza una conducta con plena voluntad.

Ahora bien, se puede pensar que se encuentran tipificadas todas las conductas antisociales como delitos y no es así, por lo menos en el caso a estudio, vimos como son escasos los Estados en donde es regulado como un delito. El caso de la sustracción en única en su género, por lo menos a nivel penal, ya que mientras en un tercio del país existe tipificada, es decir, es

considerada como delito, el otro setenta por ciento no lo regula de esta forma, pero ésta no es una acción que nos sea indiferente, en una conducta social que de alguna manera pone en peligro o lesiona la integridad de los bienes jurídicos más importantes y valiosos, entre ellos los considerados como base de la institución más importante de nuestra sociedad: *LA FAMILIA*, institución se suma importancia que en forma genérica es la que se ve afectada, tanto en su desintegración como en el aspecto emocional, principalmente el del menor de edad. Ahora, si bien, si es afectada la familia que es el núcleo de la sociedad es afectada la misma, ya que para que exista armonía en la misma debe existir tranquilidad en sus células más importantes, hasta llegar al sujeto aislado llamado " individuo " y a contrario sensu, es decir que para que los individuos vivan en una forma armónica y pacífica debe haber armonía en la misma.

Puede surgir la pregunta del porqué es dañada la célula principal de la familia, y al contestarnos esto debemos recordar que el menor al ser sustraído es necesario que como elemento de tipo es necesario que sea trasladado a un lugar distinto al de su residencia habitual por alguno de sus padres, tutores o instituciones que tengan la posibilidad de ejercer los derechos de Patria Potestad y Custodia sobre él, privando al otro cónyuge, tutor o institución que tenga legitimación para ejercer los mismos derechos sobre el menor que de alguna u otra forma venía ejerciendo válida y legalmente. Lo anteriormente expuesto implica una desintegración familiar en la cual se ven afectados diversos bienes jurídicos: El derecho que tiene todo niño a desarrollarse

en una forma integral, osea tanto física y mentalmente dentro de una familia, los derechos que le fueron privados al padre, tutor o institución que ejercía sobre el menor.

Las Instituciones, si bien es cierto no conforman parte de una familia o forman una (es decir, como célula social), en la práctica éstas son un verdadero sustituto de los padres naturales y con esto también ejercen funciones que correpondieren en determinado momento a los mismos.

En la Declaración Mundial de los Derechos del Niño (1980), espedida por la organización de las Naciones Unidas y ratificada por todos los países signatarios de ésta, señala lo siguiente:

"Retomando el aspecto penal, si la Sustracción de Menores en una conducta antisocial, ¿ porqué no se ha tipificado ?, la respuesta a esta pregunta no es sencilla, pero no se dude que sea tipificada pronto, ya que la realidad social, con todo el tráfico jurídico que las modernas vías de comunicación nos brindan, lo exige así."

CAPITULO V

COOPERACION PROCESAL INTERNACIONAL EN MEXICO

A).- DERECHO INTERNACIONAL

Para la aplicación de la Convención a estudio es necesario saber la vital importancia que tiene en esta el derecho internacional, pues como ya lo hemos mencionado en anteriores capítulos, no podemos violar un precepto tan importante como la soberanía y para esto veremos a continuación una serie de aplicaciones y principios del Derecho Internacional en nuestro tema a estudio; Un instrumento de vital importancia son los Tratados Internacionales, que en este caso es nuestra Convención Internacional sobre los Aspectos Civiles sobre la Sustracción Internacional de Menores, la cual fue ratificada por México, pero a raíz de esto surgen varias interrogantes en cuanto a que pasara con los países que no ratifican la mencionada Convención, es decir cual sería el procedimiento adecuado para la Restitución de un menor.

En el mundo existen diversos sistemas jurídicos los cuales en algunos casos tienen como importante base al derecho romano pero otros difieren a esto, por lo cual es imposible pedir que todos sean homólogos entre sí, si bien es cierto que en todos los países se protegen derechos como la familia y al menor, existen diversos tipos de "protección" a estos valores; ahora bien todos los países tienen relaciones jurídicas entre ellos mismos, a este fenómeno se le denomina " Tráfico Jurídico ", ya que es el

desplazamiento en el espacio de relaciones jurídicas, esto implica un problema de derecho Internacional Privado que podemos plantear en tres aspectos:

a)- Qué legislación será la aplicable en el caso del tráfico jurídico, la de un sistema jurídico o el del otro.

b)- Qué órgano jurisdiccional será el competente para aplicar tal legislación, sin caer en violaciones de jurisdicción.

c)- Si el órgano jurisdiccional que conoce y aplica determinada legislación necesita ejecutar su sentencia fuera de su jurisdicción, así como que mecanismos jurídicos utilizará para hacerla ejecutable.

Estos aspectos son de gran importancia en el estudio de la ya mencionada Convención a estudio ya que como recordaremos consiste la sustracción en esta Convención en cuanto la persona que pudiere tener derecho a la Patria Potestad, pero NO LA TIENE, sustrae al menor de la custodia de quien la posee, por lo tanto es importante tener reglas o procedimientos para poder conjugar los diferentes sistemas jurídicos, que si bien protegen los mismos valores en general, no son las mismas bases ni procedimientos es por esto que al establecer el denominado "Tráfico Jurídico", se deben respetar los sistemas jurídicos de cada país.

A continuación podemos ver algunos casos en donde se presenta el problema del ya mencionado "Tráfico Jurídico" y sus hipótesis de solución a los mismos:

A.- En el caso en que un menor mexicano sea hijo de padres de origen mexicano, cuya residencia habitual está en la ciudad de México, y por alguna razón uno de los padres (cualquiera de los dos), teniendo ambos el mismo derecho del menor, lo lleva consigo a otro país o sistema jurídico, en este caso podría ser los Estados Unidos de Norteamérica, a simple vista sería aplicable la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, pero debido a esta situación surgen varios problemas, en primera deberá determinarse cual será el sistema jurídico que deberá aplicarse: el mexicano o el estadounidense, ya que lo más lógico sería que se aplique la normatividad mexicana, ya que el domicilio estaba en México y los padres eran de origen mexicano así como el menor, en el supuesto de que se aplique la legislación mexicana no podríamos decir que un juez mexicano sería quien resolviera la controversia, pero su competencia no puede rebasar las fronteras de nuestro país, ni un juez norteamericano en el caso de que se aplicara la legislación norteamericana no podrá rebasar tampoco sus fronteras, ante esta disyuntiva son aplicables dos principios fundamentales del derecho internacional:

- LEX FORI

- LEX CAUSAE

Ambos pueden solucionar el problema antes planteado; el método LEX FORI significa que será aplicada la legislación mexicana, pero de acuerdo a sus propios conceptos, que como sabemos varían de acuerdo a las bases e ideología de cada sistema jurídico, lo cual derivaría una resolución ajena a la ideología de los sujetos. Aplicar este método dará cierta seguridad jurídica, pues habrá claridad en la definición ya que si al juez se le plantea un problema, deberá interpretarlo de acuerdo a su ley y criterio aunque se fundamente en otra normatividad. El problema de aplicación de este sistema, sería que traería como consecuencia una deformación de nuestro derecho y principios.

Al ser aplicada el sistema LEX CAUSAE se aplicará el sistema jurídico mexicano de acuerdo con los conceptos propios del derecho extranjero, así como de los propios, tratando de establecer cierta armonía entre ellos, pero esto resulta difícil ya que tendremos que buscar similitudes entre los principios básicos del derecho mexicano en cuanto a al bien tutelado en cuestión y el sistema jurídico norteamericano, esto representa un gran un problema ya que traería consigo inseguridad jurídica en cuanto al fundamento de la resolución final.

Existe otro método llamado comparativo en el cual se comparan ambos sistemas jurídicos, de lo cual se deducen los elementos jurídicos comunes de cada sistema, logrando unificar el concepto a aplicar en el caso concreto. Este método se ha dado a nivel de tratados y convenios internacionales que dan una definición única del problema, y no sólo eso sino que crean

competencia del órgano jurisdiccional y la legislación que deberá aplicar de a los conceptos que se definan en el acuerdo de voluntades, mecanismos de fusión y órganos centrales de cooperación judicial, como vemos en nuestro país el órgano encargado de llevar la "batuta" en esta orquesta es la Secretaría de Relaciones Exteriores la cual coordinará el trabajo de los demás órganos correspondientes para la restitución de un menor, así como se define claramente que sólo podrá exigir la restitución de un menor quien posea la Patria Potestad.

Al respecto de las relaciones internacionales que guardan los Estados el autor Cesar Sepúlveda nos dice lo siguiente:

**LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL
QUE RIGEN LAS RELACIONES DE AMISTAD Y
DE COOPERACION ENTRE LOS ESTADOS**

"... La Declaración de Relaciones Amistosas es producto de un proceso raro y complicado, cargado de política, y que probablemente no volverá a repetirse. Esta declaración precisa algunos derechos y deberes fundamentales de los sujetos del orden internacional, a ésta declaración la origina el debate de la Sexta Comisión (jurídica) de la Asamblea General, en 1960, sobre lo que debiera hacerse para el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y como una crítica al trabajo de la Comisión de derecho Internacional. ..." ¹

¹ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, TOMO VII, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1966, pág. 545

Al respecto esto es interesante saberlo en nuestro tema en cuestión ya que la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores no esta aislada de el ámbito internacional ya que siendo ratificada por México, al tener la obligación de cumplir con ella también lleva implícitas las obligaciones contraídas con esos mismos Estados en otros ámbitos.

"...La Resolución de 1815 (XVII), de 1962, identificó los siete principios, a fin de que se investigara el contenido legal de ellos de una mera concreta y específica. Los principios que se derivan de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, y que se consideran de derecho Internacional son los siguientes:

a)- El principio que los estados deberán abstenerse en sus relaciones internacionales de la amenaza del uso de la fuerza contra la integridad territorial y la independencia política de cualquier Estado, o de alguna otra manera inconsciente con los propósitos de las Naciones unidas. Este principio prohíbe el uso de la fuerza en el ámbito de otro país pues al hacerlo se estaría violando un importante principio que es la Soberanía de los estados, la cual se deberá respetar bajo cualquier término y en cualquier circunstancia.

b)- El principio de que los Estados ajustarán sus disputas internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro la paz internacional, la seguridad y la justicia.

c)- El deber de no intervenir en materias dentro de la jurisdicción doméstica de cualquier Estado, de acuerdo con la carta:, En este aspecto en nuestro tema a estudio si bien se pedirá la restitución de un menor, deberá respetarse la llamada por este autor " jurisdicción doméstica " pues no porque en nuestro país las cosas sean de una manera o en un sentido obligaremos a los demás países adheridos a la Convención a respetarlos, en este caso como ya lo hemos visto anteriormente se aplicarán los principios de derecho internacional, para establecer que criterio deberá seguirse.

d)- El deber de los Estados de cooperar uno con el otro de acuerdo con la Carta.

e)- El principio de igualdad de derechos y de autodeterminación de los pueblos.

f)- El principio de la igualdad soberana de los Estados.

g)- El principio de los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones asumidas por ellos de acuerdo con la Carta. Se constituyó un comité especial de 27 Estados miembros, más tarde reforzado con 4 más, que se reunió en los años de 1966, 1967, 1968, 1969 y 1970, no sin dificultades y además con interferencias tales como la resolución 2131 (XX) de la Asamblea General, que avanzaba el trabajo del Comité. Este, por fortuna, pudo terminar sus labores tomando en consideración las transformaciones de la comunidad de Estados y del Derecho

Internacional de estos últimos años. Pudo advertirse un alto grado de moderación y no obstante el intenso contenido político, y el Comité labró científicamente y que actuó con sobriedad, sin apartarse mucho de la Carta de las Naciones Unidas, tal como era su encargo inicial. De esa manera resultó la Resolución 2625 (XXV) del 4 de noviembre de 1970, la cual fue adoptada por unanimidad. La Declaración está precedida por un preámbulo muy relevante en tanto que la considera un paso muy importante en el progreso de derecho internacional, y lo estima parte del derecho de las Naciones Unidas. La técnica jurídica seguida en la formulación de los principios fue la de exponer para cada uno de ellos un primer párrafo, proclamando la regla general correspondiente, y los demás párrafos hablando sobre las funciones legales relevantes para la aplicación de la norma básica, o bien, reglas adicionales y principios de cuyo observancia depende la eficacia de su realización, todo ello en una recomendable forma analítica, con elevada técnica. En otras palabras, el método adoptado no fue meramente declarativo, sino uno de cuidadoso análisis. No se formularon obligaciones legales generalizadas, tal como en el caso, por ejemplo, del artículo segundo, de la Carta de las naciones Unidas, sino que en cada una de las formulaciones se hicieron consideraciones sobre los principios individuales, intentando resaltar todos los elementos que en un punto determinado puedan servir como base para la elaboración de otras convenciones internacionales."²

² SEPULVEDA, César; Derecho Internacional, Editorial Porrúa, México 1988, XV Edición, pág. 498

Todos estos principios en su conjunto nos hablan de un derecho de "respeto" en el cual si bien existirá plena cooperación, habrá principios que serán indubitables entre los mismos tanto para resolver una controversia como para otros asuntos, como en nuestro caso a estudio la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

B).- REGULACION DE LA COOPERACION PROCESAL INTERNACIONAL EN MEXICO.

Ahora bien, es importante señalar que nuestro Código Civil tiene en su Libro Cuarto un capítulo sobre la cooperación procesal internacional, llamado: " De la Cooperación Procesal Internacional " ³ con un Título Unico compuesto de diversas disposiciones que regirán la cooperación judicial internacional, y aunque exime de esto a los tratados y convenciones de los que México sea parte, en el caso de nuestra Convención será de importante ayuda en donde existan digamos "lagunas" dentro de la misma, así como para facilitar la restitución de un menor a otro país.

En su artículo 545 nos dice lo siguiente: " La diligenciación por parte de los tribunales mexicanos de notificaciones, recepción de pruebas u otros actos de mero procedimiento, solicitados para surtir efectos en el extranjero no implicará en definitiva el reconocimiento de la competencia

³ CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, Ediciones Delma, Segunda Edición, pág. 130

asumida por el tribunal extranjero, ni el compromiso de ejecutar la sentencia que se dictare en el procedimiento correspondiente."

Esto es que si bien serán recibidas las notificaciones, pruebas y realizados actos de mero procedimiento, esto no implica que sea reconocida la competencia del tribunal extranjero y que por lo tanto se ejecutará la sentencia dictada por el mismo, es decir, que si para la restitución de un menor es necesario que se expidan constancias y pruebas por parte de tribunales mexicanos o bien se realizan actos jurídicos encaminados a la recuperación del mismo no se reconocerá la competencia del tribunal extranjero en el asunto en cuestión sino que se aplicará la cooperación estipulada en la Convención al respecto.

En el artículo 546 establece que " Para que hagan fe en la República los documentos públicos extranjeros, deberán presentarse legalizados por las autoridades consulares mexicanas competentes conforme a las leyes aplicables. Los que fueran transmitidos internacionalmente por conducto oficial para surtir efectos legales, no requerirán de legalización".

Es decir, los documentos que son transmitidos por medio de las autoridades centrales entre los países que forman parte de esta Convención no requerirán de legalización, lo cual facilita más el procedimiento a seguir, pues si bien deben ser enviados traducidos en el idioma del país en el que son requeridos los mismos, no existen impedimentos moratorios para ello.

En el **Capítulo Segundo** se nos habla acerca de los exhortos o cartas rogatorias internacionales, lo cual es de suma importancia para nuestro tema pues debemos recordar que la restitución de un menor iniciará mediante una carta rogatoria al país hacia donde fue substraído el niño.

En sus diversos artículos 549, 550, 551, 552, 553, nos habla de que los exhortos que se remitan al extranjero serán comunicaciones oficiales escritas que contendrán la petición de realización de las actuaciones necesarias en el proceso en que se expidan; en este caso los datos que deberán contener las cartas rogatorias o exhortos respecto de la restitución de un menor, así como menciona que no se requerirán requisitos de forma adicionales cuando sean recibidas del extranjero. Estos documentos podrán ser transmitidos por las partes, por vía judicial, por medio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad competente del Estado requiriente o requerido según sea el caso, proceso que en el caso de la Convención en comento se realizará entre las Autoridades Centrales señaladas en la misma para tal efecto.

Respecto de la legalización, no será requerida cuando sean recibidos por conducto oficial y los que sean enviados al extranjero sólo requerirán de la legalización que se requiera en el país receptor, en este caso la Autoridad central correspondiente del país extranjero deberá darle el trámite correspondiente según las estipulaciones existentes en el mismo, pues en la Convención en comento se estipuló la existencia de

Autoridades Centrales para facilitar el proceso de recuperación del menor.

El artículo 554, especifica que los exhortos internacionales que sean recibidos requerirán de homologación sólo en el caso de que implique ejecución coactiva sobre las personas, bienes o derechos (sobre lo cual nos hablará en el capítulo sexto de ese mismo libro). En el artículo 555 nos establece que los exhortos que se reciban serán diligencias conforme a las leyes nacionales, así como establece que el tribunal exhortado podrá conceder excepcionalmente la simplificación de formalidades o la observancia de formalidades distintas a las nacionales, esto a solicitud del Juez exhortante o de la parte interesada (lo cual se hará por medio de la Autoridad Central designada por cada país respecto de la Convención), si esto no resulta lesivo para el orden público o para las garantías individuales. Respecto de las formalidades de esto el artículo 556 manifiesta que los exhortos que se remitan al extranjero o se reciban de él, se tramitarán por duplicado y conservarán un ejemplar para constancia de lo enviado, recibido y actuado, esto es, que la Autoridad Central correspondiente deberá guardar duplicado de todo lo actuado respecto de la restitución del menor.

En su **Capítulo Tercero**, se habla de la competencia en materia de actos procesales, es decir que las notificaciones, citaciones y emplazamientos a las dependencias de la Federación y entidades federativas, provenientes del extranjero se harán por medio de las autoridades federales que resulten competentes por

razón del domicilio de las mismas, así como por medio del tribunal que corresponda según el caso, es decir, que por medio de la Autoridad Central designada se harán todos los trámites pero sólo por medio, pues las encargadas de las funciones antes mencionadas serán las correspondientes según el caso, esto lo podemos comprobar al ver el caso práctico citado en donde la Autoridad Central turnó el asunto al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ya que fue enviada la carta rogatoria al Distrito Federal y este a su vez lo turno a un Juzgado y el mismo ordenó los oficios correspondientes a las autoridades responsables para la recuperación del menor.

El Capítulo Cuarto habla de la recepción de las pruebas en donde manifiesta que las dependencias de la Federación y de las entidades federativas y sus servidores públicos, estarán impedidos de llevar a cabo la exhibición de documentos o copias de documentos existentes en archivos oficiales bajo su control en México; exceptuándose los casos en que tratándose de asuntos particulares, documentos o archivos personales lo permita la Ley y cuando a través del desahogo de un exhorto o carta rogatoria así lo ordene el tribunal mexicano. así como lo dispuesto en la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano ⁴, su Reglamento y demás disposiciones aplicables, no siendo posible la inspección general de archivos que no sean de acceso al público, sólo en los casos en que lo permitan las leyes nacionales. Ahora bien si se solicitare el desahogo de prueba testimonial o de declaración de

⁴ LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Editorial Andrade, Tomo II, México 1987

parte para surtir efectos en un proceso extranjero, los declarantes podrán ser interrogados verbal y directamente en los términos del artículo 173 de éste código el cual a la letra establece: " Para el examen de los testigos, no se presentarán interrogatorios escritos. Las preguntas serán formuladas verbal y directamente, por las partes o sus abogados, al testigo. Primero interrogará el promovente de la prueba, y, a continuación, las demás partes pudiendo el tribunal, en casos en que la demora puede perjudicar el resultado de la investigación, a su juicio, permitir que, a raíz de una respuesta, hagan las demás partes las preguntas relativas a ella, o formularlas el propio tribunal." Esto con el fin de que no sean violadas las garantías individuales o los derechos humanos de las personas.

Así también se nos habla de la " Ejecución de Sentencias ", lo cual es un punto muy importante, esto es, el grado en que serán reconocidas en nuestro país las sentencias, Laudos Arbitrales Privados y demás resoluciones jurisdiccionales, qué sólo serán reconocidos siempre y cuando no repercuta en el orden público interno, salvo lo dispuesto por los Tratados y Convenciones de los que México sea parte, en la Convención a estudio no se menciona nada al respecto y lo señalado en este capítulo es primordial, pues recordemos que en la mayoría de los casos uno de los padres después del divorcio tiene la Patria Potestad del menor y sólo por medio de una sentencia le será posible acreditar la posesión de la misma sobre el niño. Ahora bien, este capítulo también nos habla de que cuando los documentos antes mencionados sean ofrecidos como prueba bastará

con que llenen los requisitos necesarios para ser considerados como auténticos; es decir, que en un momento dado los documentos que sean enviados a la Autoridad Central para la recuperación del menor deben tener ciertas características para ser considerados como válidos en nuestro país, ya sea un certificación (en el caso de copias fotostáticas) o bien documentos originales, siempre y cuando estos hayan sido enviados por una Autoridad Oficial del otro país, por ejemplo: un acta de nacimiento, acta de divorcio, acta de matrimonio.

El artículo 571 de este capítulo nos enuncia determinadas condiciones para que tengan fuerza de ejecución en nuestro país las sentencias y resoluciones jurisdiccionales dictadas en el extranjero, las cuales son del tenor siguiente:

I.- Que se hayan satisfecho las formalidades previstas en éste código en materia de exhortos provenientes del extranjero.

II.- Que no hayan sido dictados como consecuencia del ejercicio de una acción real.

III.- Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en la esfera internacional que sean compatibles por las adoptadas por este código.

IV.- Que el demandado haya sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el

ejercicio de sus defensas.

V.- Que tengan el carácter de cosa juzgada en el país en que fueron dictados, o que no exista recurso ordinario en su contra.

VI.- Que la acción que les dio origen no sea materia de juicio que esté pendiente entre las mismas partes ante tribunales mexicanos y en el cual hubiese prevenido el tribunal mexicano o cuando menos que el exhorto o carta rogatoria para emplazar hubiesen sido tramitados y entregados a la Secretaría de Relaciones Exteriores o a las autoridades del Estado donde deba practicarse el emplazamiento. La misma regla se aplicará cuando se hubiera dictado sentencia definitiva.

VII.- Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México.

VIII.- Que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos.

No obstante el cumplimiento de las anteriores condiciones, el tribunal podrá negar la ejecución si se probara que en el país de origen no se ejecutan sentencias o laudos extranjeros en casos análogos.

Respecto de estas condiciones podemos observar que señala a la Secretaría de Relaciones Exteriores como medio para el emplazamiento, y en nuestra Convención a estudio se señala a la

misma dependencia como Autoridad Central, la cual va a ser el medio para la recuperación del menor y ésta sea más rápida, por lo cual no entra la suplencia de ésta condición en la Convención al respecto, así como otras que no están relacionadas con la materia de la misma.

Se nos habla también de que el exhorto o carta rogatoria del tribunal requiriente deberá ser acompañado de la siguiente documentación:

I.- Copia auténtica de la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional.

II.- Copia auténtica de las constancias que acrediten que se cumplió con las condiciones previstas en las fracciones IV y V del artículo anterior.

III.- Las traducciones al idioma español que sean necesarias al efecto.

IV.- Que el ejecutante haya señalado domicilio para oír notificaciones en el lugar del tribunal de la homologación.

Estos requisitos, pueden aplicarse a la Convención en comento ya que pueden acompañar a los demás pedidos para la restitución de un menor, sin dañar la esencia de la misma o alterarla de forma alguna.

Como ya lo hemos mencionado anteriormente, al realizar la restitución de un menor deberá hacerse la misma sin dañar las garantías individuales o derechos humanos del sujeto sustractor y al respecto nos habla el artículo 574 del presente capítulo el cual nos señala lo siguiente:

" El incidente de homologación de sentencia, laudo o resolución extranjera se abrirá con citación personal al ejecutante y al ejecutado, a quienes se concederá término individual de nueve días hábiles para exponer defensas y para ejercitar los derechos que le correspondieren; y en el caso de que ofrecieren pruebas que fueren pertinentes, se fijará fecha para recibir las que fueren admitidas, cuya preparación correrá exclusivamente a cargo del oferente salvo razón fundada. En todos los casos se dará intervención al Ministerio Público para que ejercite los derechos que le correspondieren.

La resolución que se dicte será apelable en ambos efectos si se denegare la ejecución, y en el efecto devolutivo si se concediere. "

Este artículo aunado a lo señalado por el 575, también nos habla del papel que jugarán los tribunales mexicanos al conocer de la ejecución de un fallo, el cual es del siguiente tenor:

" Ni el tribunal de primera instancia ni el de apelación podrán examinar ni decidir sobre la injusticia o justicia del fallo, ni sobre las motivaciones o fundamentos de hecho o de derecho en que se apoye, limitándose a examinar su autenticidad

y si deba o no ejecutarse conforme a lo previsto en el derecho nacional. "

Ahora bien, como lo señala el artículo 577 del mismo apartado:

" Si una sentencia, laudo o resolución jurisdiccional extranjera no pudiera tener eficacia en su totalidad, el tribunal podrá admitir su eficacia parcial a petición de parte interesada."

Esto sería aplicable en el sentido de que en un momento dado a voluntad de la parte interesada, si ya es recuperado el menor o llegan a un acuerdo al respecto, tanto el sustractor como quien tiene la Patria Potestad o Tutela, se suspendería el proceso abierto para tal efecto.³

³ CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, Ediciones Delma, Segunda Edición, pág. 130-136.

CAPITULO VI
CONCLUSIONES

Respecto de este trabajo podemos concluir que si bien es cierto que la **Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores** fue realizada para agilizar la restitución de un menor, existen algunos aspectos que tal vez son pequeños, pero ya en la aplicación de la Convención a estudio en nuestro país son de suma importancia, un ejemplo de esto son las siguientes lagunas que existen en la misma:

1.- Ya que se habla de que el Estado Contratante, es decir, en donde se encuentra el menor se puede negar a sufragar los gastos de la restitución del mismo, podría proponerse que el Estado de origen los sufragara.

2.- Al realizar este trabajo me encontré con una gran ignorancia acerca del tema por parte de las autoridades competentes, por lo que valdría la pena que se diera más difusión a esta Convención, y no sólo a esta sino también al procedimiento a seguir ante esta situación.

3.- Esta Convención en su artículo 4º nos habla de "Residencia Habitual", pero no da el concepto de la misma, es decir, que podríamos entender por ello en un sentido jurídico; este sería un aspecto importante pues para la aplicación de esta deberá tenerse claro este concepto.

4.- Otra laguna que se deja en esta Convención a estudio, es que se establece para la aplicación de la misma, cierta edad (16 años), pero ¿ Qué pasaría si el menor durante el proceso de la restitución cumple 16 años o más ?, no especifica si por este hecho dejará de ser objeto de ésta.

5.- Existe también la laguna referente al aspecto del plazo para la restitución de un menor, ya que solamente existe para la solicitud de restitución, por lo que sería conveniente establecer un tiempo determinado para tal efecto.

6.- Se establece que al inicio del procedimiento deberá entregarse una solicitud con determinados requisitos, los cuales están incompletos, ya que como pudimos ver en el caso práctico por esta razón se perdió tiempo en la restitución de la menor, es decir, deben pedirse más datos acerca de los familiares de los posibles sustractores, así como de la media filiación del menor y el presunto sustractor.

7.- Se nos habla en el artículo 3º de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que el menor podrá oponerse a la restitución, esto, cuando haya alcanzado una cierta " edad y grado de madurez " pero nuevamente nos encontramos que no se establece cual será esta, es decir no da una pauta jurídica.

8.- Al existir el problema de la sufragación de los gastos de la restitución, sería de gran ayuda que en el caso de México la

Defensoría de Oficio correspondiente, se encargara de los trámites de la restitución de un menor a nuestro país, pues de esta manera se evitaría el gasto que trae consigo la contratación de un abogado particular.

9.- Por último existe otra laguna, pues cabe preguntarse que pasa si aún no se ha dictado resolución alguna acerca de la custodia del menor, esto, durante la sustracción del mismo, es decir, cuáles serían las medidas a tomar por parte de las autoridades competentes, ¿sería entonces una sustracción, o dejaría de serlo en el momento en que no existiera resolución al respecto?.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL, EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1988, 986 PAGS.
- 2.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, VII Y XXI VOLS. EDITORES LIBREROS, BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1966.
- 3.- DELGADO MOYA RUBEN, ANTOLOGIA JURIDICA MEXICANA, COLECCION OBRAS MAESTRAS DE DERECHO SECCION ANTOLOGIAS JURIDICAS, PROLOGO DEL DR. GUILLERMO FLORIS MARGADANT, MEXICO 1993, 86 PAGS.
- 4.- FLORIS MARGADANT GUILLERMO, EL DERECHO PRIVADO ROMANO, XIV EDICION, EDITORIAL ESFINGE S.A. DE C.V., MEXICO 1986, 503 PAGS.
- 5.- GALINDO GARFIAS IGNACIO, DERECHO CIVIL, ED. PORRUA, MEXICO 1989, 9ª EDICION ACTUALIZADA, PAGS. 758.
- 6.- MATEOS ALARCON MANUEL; ESTUDIOS SOBRE EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, ED. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, MEXICO 1992.
- 7.- MONTERO DUHALT SARA, DERECHO DE FAMILIA, ED. PORRUA, MEXICO 1990, 4ª EDICION, PAGS. 429.

- 8.- MORINEAU IDUARTE MARTHA, ROMAN IGLESIAS GONZALEZ, DERECHO ROMANO, ED. HARLA, MEXICO 1987, PAGES. 292.
- 9.- SEPULVEDA CESAR, DERECHO INTERNACIONAL, ED. PORRUA, MEXICO 1988, XV EDICION, 713 PAGES.
- 10.- SZEKELY ALBERTO (COMPILADOR), INSTRUMENTOS FUNDAMENTALES DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO, ED. UNAM, 1981, 482 PAGES.

H E M E R O G R A F I A

- 1.- COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, FOLLETO ILUSTRADO, ED. DIVULGACION, 90/2, 53 PAGS.

- 2.- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, "CONVENCION SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES, 6 DE MARZO DE 1992, MEXICO.

L E G I S L A C I O N

- 1.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ED. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, MEXICO 1992.
- 2.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL, TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, MEXICO 1993, 507 PAGS.
- 3.- CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, EDICIONES DELMA, SEGUNDA EDICION, 130 PAGINAS.
- 4.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, 3A EDICION, ED. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, MEXICO 1993, 289 PAGS.
- 5.- LEY GENERAL DE SALUD, ED. PORRUA, MEXICO 1987.
- 6.- LEY GENERAL DE EDUCACION, ED. PORRUA, MEXICO.
- 7.- LEY ORGANICA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DEL FUERO COMUN DEL DISTRITO FEDERAL, 3A EDICION, TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, MEXICO 1992, 164 PAGS.