

14/
2 Es.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

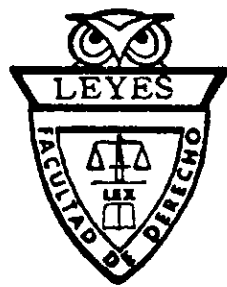
FACULTAD DE DERECHO

“LA RESTITUCION INTERNACIONAL
DE MENORES”

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LILIA ALEMAN RAMIREZ

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



MEXICO, D. F.

1998

267629



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

C. DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR DE
LA U. N. A. M.
P r e s e n t e .

Estimado Señor Director:

La C. LILIA ALEMÁN RAMÍREZ, elaboró su Tesis Profesional para optar por el grado de Licenciada en Derecho intitulada "LA RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES", que realizó bajo la dirección del Dr. Carlos Arellano García, quien ya dio la aprobación en cuestión, con fecha 27 de agosto del año en curso.

La Srta. Alemán Ramírez, ha concluido el trabajo referido, el cual llena los requisitos exigidos para este tipo de ensayos, por lo que estando a cargo de este Seminario, me permito otorgar la APROBACION, para todos los efectos académicos correspondientes.

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

Me es grato hacer presente mi consideración.

A t e n t a m e n t e .

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F., Septiembre 3, 1968

LIC. VICTOR CARLOS GARCIA MORENO
Director del Seminario

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO: Por permitirme estudiar en sus aulas, compartiendo su prestigio, adquiriendo los conocimientos necesarios para engrandecerla aun más.

A MI MADRE: SOLEDAD RAMIREZ VELEZ. Por darme la vida, por sus sacrificios, porque siempre estuvo a mi lado para apoyarme, por su amor y por su comprensión.

A MI PADRE: AGUSTIN ALEMAN BERNAL. Por su ejemplo, sus consejos, por brindarme todo lo necesario para lograr el más grande anhelo de mi vida.

A MIS MAESTROS: Por dedicarme sus tiempo, trasmitirse sus conocimientos y en especial mi reconocimiento y admiración al Dr. CARLOS ARELLANO GARCIA por sus finas atenciones, dedicación y valiosa orientación en la realización de la presente tesis.

INDICE .

INTRODUCCION.....	I
-------------------	---

CAPITULO I

Antecedentes históricos

1. Epoca antigua	1
2. Derecho romano.	5
3. Antiguo derecho español	12
4. Antecedentes históricos en México.	16
A) Epoca prehispánica	16
B) Epoca colonial	19
C) México independiente	23

CAPITULO II

Conceptos generales.

1. Concepto de menor	26
A) Significado gramatical	26
B) Concepto doctrinal	29
C) Concepto legislativo	34
D) Concepto normativo jurídico internacional.	44
E) Concepto que se propone	50
2. Concepto de restitución internacional	51
A) Significado gramatical	51
B) Concepto doctrinal	56
C) Concepto legislativo	62

D) Concepto normativo jurídico internacional	66
E) Concepto que se propone	68
3. Naturaleza jurídica de la restitución internacional	68

CAPITULO III

La restitución internacional de menores en la doctrina.

1. Autores de Derecho Civil	72
2. Autores de Derecho Penal	77
3. Autores de Derecho de Familia	84
4. Autores de Derecho Internacional	89
5. Autores de Criminología	95
6. Autores de Derecho del menor	98

CAPITULO IV

La restitución internacional de menores en el derecho interno mexicano.

1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	105
2. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.	109
3. Ley Federal de Entidades Paraestatales	110
4. Código Civil	114
5. Código Penal	119
6. Código de Procedimientos Civiles	122
7. Código de Procedimientos Penales	123

CAPITULO V

La restitución internacional de menores en el derecho convencional.

1. Convención sobre los Derechos del Niño	126
2. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.	129
3. Tratados bilaterales	131
4. La cooperación internacional	133
5. La extradición	136
6. El exhorto internacional	139

CAPITULO VI

Estudio particular de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

1. Trabajos preparatorios	141
2. Firma <i>ad referendum</i>	146
3. Aprobación por el Senado	147
4. Depósito del Instrumento de ratificación	150
5. Objeto de la convención	150
6. Edad de menores	153
7. Concepto de guarda del menor	155
8. El acto ilícito	158
9. Procedimiento de restitución	161
A) Instauración del procedimiento	163
B) Autoridad competente	164
C) Solicitud de restitución	166
D) Autoridad central	168
E) Anexos a la solicitud o demanda de restitución	170
F) Documentación fundatoria	171

G) Sujetos que intervienen	173
H) La oposición	174
I) Alcance de la restitución	176
J) Destino del menor	178
K) Localización del menor	179
L) Disposiciones generales	181
M) Disposiciones finales	183
10. Países suscriptores y ratificantes	183
Conclusiones	185
Bibliografía	189

INTRODUCCION

Culminar las asignaturas que comprenden la carrera de Licenciado en Derecho sin duda es una satisfacción personal, que envuelve en sí misma la nostalgia por los años de escuela y a la vez la inquietud por realizar enteramente el proyecto que algún día concebimos de ser abogada, es ésta última la razón de la presente tesis, que pretende ser algo más que una recopilación de la doctrina existente en torno a los temas que trata, busca mostrar una concepción propia, producto del análisis doctrinal y de la practica en relación al poco explorado tema de la restitución internacional de menores.

Nos percatamos de que la restitución internacional de menores no esta regulada en nuestra legislación y que esto origina infinidad de problemas cuando las autoridades mexicanas se encuentran frente a un caso de retención o sustracción ilícita llevada a cabo por una de los progenitores del menor el cual no tiene derecho para hacer tal cosa, y tienen que actuar frente a tal circunstancia y aplicar la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores la cual regula tales hechos en el ámbito internacional.

De nuestra inquietud por esta figura surge precisamente el tema de este trabajo al que titulamos: "La restitución internacional de menores". En él tratamos de hacer notar la importancia de esta figura para la protección de los menores tanto en el ámbito interno como en el internacional.

En el ámbito internacional como ya lo mencionamos está regulada por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, por su importancia en esta obra se pretende estudiar todos y cada uno de los supuestos, causas y consecuencias de la restitución de menores.

En el contenido, se estudian aspectos fundamentales de la restitución: los conceptos de los elementos que integran la restitución, la regulación y estudio en el ámbito interno y el internacional, y el más importante el estudio particular de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, que nos permite conocer las partes que integran el procedimiento de restitución de un menor.

Esperamos que este trabajo logré transmitir a sus lectores las inquietudes que respecto al tema se despertaron en nosotros y que incluso se llegara a ahondar criticar y porqué no cuestionar las afirmaciones que aquí se hacen ya que el tema no está agotado, sino que apenas se ha tocado e incluso reconocemos ante todo la falibilidad a que estamos sujetos, por ello de antemano agradecemos las críticas que nos ayuden a mejorar tanto en la vida personal como profesional.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

1.- Época Antigua.

Estudiaremos, el papel del menor como un miembro de la familia, pues en ella nace, crece y se desarrolla además, recibe los cuidados y la educación que necesita para desarrollarse como persona; no olvidemos que la familia es la base de toda sociedad. Además, buscaremos si a través de la historia a sido regulada la sustracción o retención de menores por alguno de sus padres y en caso de ser así, la manera de solucionar este problema y si existía la restitución de menores.

En Grecia, la familia se caracterizó por la cohesión existente entre sus integrantes. El padre como cabeza de la familia debía vigilar a los parientes sometidos bajo su potestad, gozaba de un poder de corrección casi ilimitado.

En la familia antigua priva la concepción absoluta y política de un régimen patriarcal donde los derechos eran ejercidos a través del jefe de familia.

Señala Chibly Abouhamad que: "En los pueblos de Oriente, entre ellos Egipto, no se tiene en el orden privado una concepción clasificadora de la situación del menor, por confundirse el derecho y la religión, así como el derecho público y el derecho privado. No obstante, se trata al menor en el derecho civil a través de la familia antigua, como familia política. Las instituciones, a las que era sometido el incapaz,

provocaban los beneficios en el titular y no en el sujeto pasivo ya que éste era considerado como un objeto susceptible de vindicación. Se tratan instituciones como el matrimonio, divorcio, patria potestad, etc., pero todas ellas impregnadas de la realidad socio - política de la época. Privó en esos pueblos un *concepto teológico de la autoridad pública, siendo el vínculo religioso el integrador de las sociedades de ese momento; y por supuesto subordinada de la comunidad a la noción de la divinidad.*"¹

Nuestro autor comenta que: "El Código Babilónico o de Hammurabi señala por ejemplo la protección que debe darse a las viudas, a los huérfanos y a los pobres, pero por otra parte destaca la concepción primitiva de la Ley del Talió. Contiene instituciones como la familia, matrimonio, divorcio, bienes de cónyuges, viudez, etc., con ideas de equilibrio social, pero a su vez consagra la concepción primitiva de la justicia."² En este cuerpo jurídico no existe regulación alguna sobre la sustracción o retención de menores, así como de la restitución de un menor.

Desde que se tienen noticias, se puede describir la familia, como una comunidad originada por el matrimonio y compuesta, por padres e hijos, que conviven juntos y a veces no, pero unidos por vínculos de sangre o por el de sumisión a una misma autoridad, el menor por lo tanto forma parte de este núcleo, como tal merece respeto y protección debido a su corta edad e inexperiencia, durante siglos no se preocuparon por reglamentar las situaciones de peligro en que podía encontrarse el menor, como destaca Francisco Rico Pérez:

¹ CHIBLY, Abouhamad, Hobaica, El menor en el mundo de su ley, Caracas, Gaceta Legal, 1970, Pág 10

² CHIBLY, Op. Cita. Pág. 11

“Las sociedades antiguas no reconocen a la infancia derecho alguno. Los menores eran contemplados desde una perspectiva de sometimiento a sus mayores. El niño a los ojos del legislador primitivo no tenía, ni podía tener, ningún derecho, porque, como todo ser débil, no era más que una cosa del que poseía la fuerza.

El poder paterno no acaba sino con la vida del padre; ni el matrimonio del hijo basta para desligarlo. Así por ejemplo, en la India el padre podía vender al hijo en caso de miseria; el poder del padre no expira sino con la muerte.”³ Notamos que estas leyes otorgan derechos a los padres, pero no a los hijos, pues otorgan derechos que lejos de beneficiar al menor lo perjudican.

En Grecia, y sobre todo en Esparta, el niño era una cosa de la República; al nacer deja de pertenecer a sus padres para ser propiedad del Estado. Al salir el niño del seno materno, el padre tiene que ir a presentarlo al *Lesché*⁴, al lugar de reunión de los más ancianos de la República *Asamblea de los ancianos*. Si lo encontraban hermoso, bien formado en todos sus miembros y robusto, mandaban que se le diera alimento; pero si lo encontraban débil o mal constituido, deforme o enfermizo, ordenaban arrojarlo en un estanque, que se llamaba los *Apostetes*⁵ el cual estaba cerca de la ciudad, al pie del monte *Taigetes*⁶, pues se creía que no era útil para el niño ni para la República que viviera, pues desde su

³ RICO, Pérez, Francisco, La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil, Madrid, Montecorvo, 1980, Pág 23

⁴ RICO, Op Cita., Pág 23

⁵ RICO, Op Cita, Pág 23

⁶ RICO, Op Cita, Pág 23

nacimiento estaba predispuesto a ser débil y enfermizo toda su vida.

Después de este terrible reconocimiento, el Estado, sólo devuelve el hijo sano a su madre y se lo deja hasta los siete años; al llegar a esta edad, lo vuelve a recoger para no abandonarlo más.

Estos datos históricos se corroboran por los antiguos poetas cómicos y trágicos, donde numerosos pasajes recogen lo común que era entre los griegos el abandono de los recién nacidos. Escogían para exponer al niño las plazas de los mercados, los templos, el cruce de caminos, los bancos de las fuentes, las orillas de los ríos, y también se exponían los recién nacidos en un gimnasio llamado *Cynosarges*⁷.

La protección al menor, prácticamente no existía no se le consideraba un miembro de la familia, sino una cosa de la cual se podía disponer, el padre era el titular de su persona, derechos e incluso su vida. Hasta el gobierno podía disponer del menor en su beneficio.

Es evidente que durante la época antigua el menor fue objeto de una serie de abusos, a consecuencia de sus limitaciones principalmente su corta edad, se violan sus derechos fundamentales como ser humano y como miembro de la familia. Por consiguiente no existe ordenamiento alguno que proteja a los menores de la sustracción o retención, es más no se habla de ellas, pues los padres tienen derechos ilimitados sobre su persona.

⁷ RICO, Op Cita, pag 24

2.- Derecho Romano.

Por su importancia doctrinaria es digno de mencionarse el Derecho Romano, en él la situación de los menores sufrió importantes cambios en distintos períodos, pues a medida que la experiencia lo aconsejaba se reformaba para lograr una mejor protección.

En el Derecho Romano, la familia tenía una significación muy superior a la familia actual, como lo menciona Suarez Franco: "Entre los romanos la palabra familia *famulus* comprendía diversos significados: entre otros, los siguientes: 1) conjunto de personas unidas entre sí por vínculos de afinidad; 2) célula formada por individuos colocados bajo la potestad del pater familias, o bajo su patria potestad o manus; 3) los individuos que tenían su origen común por descender de un mismo tronco; 4) el mismo patrimonio de la persona; 5) los esclavos pertenecientes a un persona".⁸

La familia romana se caracterizaba por un régimen de tipo patriarcal, en donde existía una sola persona sui juris; el pater familias y una serie de sujetos dependientes de él, denominados alieni juris.

José Manuel González nos dice en relación a la familia romana: "Es una familia en la que el pater familias tiene todos los poderes familiares y todos ellos absolutos *era un Jupiter tonante o un Dios del Sinaí* con unos poderes punitivos

⁸ SUAREZ, Franco, Roberto, Derecho de Familia, Bogotá, Colombia Editorial Themis, 1990, pag 6.

que llegaban hasta la posibilidad de ejercitar el derecho de vida y muerte *ius vitae necisque*".⁹

El poder que ejerce el pater familias sobre personas y cosas de la domus en un principio se conoce como manus. Después recibió diferentes denominaciones. Como lo señala Sara Bialostosky;

- a) Sobre sus hijos y nietos - patria potestad.
- b) Sobre su esposa y nueras - manus;
- c) Sobre algunas personas libres - mancipium;
- d) Sobre sus esclavos - dominica potestad;
- e) Sobre sus libertos - iura patronatus.

El poder que ejercía el pater familia sobre las personas que estaban bajo su potestad consistía:

El *ius vitae et necis* (*derecho de vida y muerte*), el *ius vendendi* (*derecho de vender al filius familias como esclavo trans Tiberim*), el *ius noxae dandi* (*derecho de ceder a un tercero al filius familias*), para liberarse de las consecuencias que la comisión de un delito que aquel hubiere cometido."¹⁰

En Roma la potestad paternal pertenece al jefe de familia, y se ejerce sobre los hijos. El carácter principal de esta potestad, estriba en que está instituida en beneficio del pater familias y no del hijo, contrariamente a lo que ocurre en

⁹ GONZALEZ, Porras, José Manuel, La familia, el derecho y la libertad, Córdoba, Publicaciones del Monte de Piedad y caja de ahorros de Córdoba, 1987, Pág 18

¹⁰ BIALOSTOSKY, Sara, Panorama del Derecho Romano, México, UNAM, 1990, Pág 64

la actualidad. Contiene dos clases de derechos; unos sobre la persona y otros sobre los bienes del hijo.

La patria potestad romana se caracterizaba, frente a la patria potestad actual.

1.* Por el carácter patriarcal. Quedaban sometidos al padre los hijos y los descendientes de los hijos.

2.* Por el carácter absoluto del poder. En lo personal incluía el *ius vitae ac necis*.

3.* Por el carácter perpetuo de la sumisión. La patria potestad persiste mientras viva el padre.

La potestad paterna dura hasta la muerte de aquel que estaba de ella investido, y se extendía a todos los descendientes en línea directa.

Roma depositó el derecho de patria potestad en el padre con exclusión de la madre; los hijos, si tenían edad para ser emancipados, gozaban solo con la muerte del padre todos los derechos de la libertad.

La doctrina romanista inicia el tratamiento del menor en el orden privado, desde la ley de las XII tablas y específicamente al considerar el régimen sobre la persona. En el Derecho Romano con las instituciones especiales de familia se completa, en el régimen del Derecho Privado, la protección del menor.

Si en Grecia el niño era considerado una cosa del Estado, en Roma lo es del padre de familia. En la época de dominación romana surge la figura del *pater familias*, al cual se

encuentran sometidos todos aquellos que pertenecen a su familia, y tiene sobre ellos un poder absoluto e ilimitado.

No se habla en Roma, por lo menos durante los primeros siglos, del maltrato de los hijos, porque el pater familias poseía el poder absoluto sobre ellos, al grado de imponerles las penas más rigurosas; tenía sobre los hijos poder de vida y de muerte, y además los mancipaban a un tercero, o abandonaban, no incurriendo con ello en ninguna conducta ilícita.

El doctor Margadant dice: "Una prueba de que el niño era considerado una cosa es la Tabla IV, habla del derecho de familia. Contiene la reglamentación de la patria potestad, siguiendo tradiciones arias. Allí encontramos también la disposición de que el padre debe matar al niño que nazca deforme".¹¹

En la misma Roma, evolucionó la rudeza de estas costumbres primitivas y se limitó a los pater familias en su autoridad y, hacia finales del siglo II de nuestra era, los poderes del jefe de familia se redujeron a un sencillo derecho de corrección. En efecto, aunque podía castigar las faltas leves, tratándose de hechos de tal naturaleza que pudieran implicar la pena de muerte, no podía hacerlo por sí solo, ya que tenía que hacer la acusación delante del magistrado, por ser el único con derecho a pronunciar la sentencia.

¹¹ MARGADANT, Solí, Guillermo, El Derecho Privado Romano, México, D.F., Porrúa, 1968, Pág 48.

Para medidas tan severas, el pater familias estaba bajo cierta vigilancia moral, por parte, de la organización gentilicia y del censor.

El menor de edad era tratado como una cosa, el pater familia podía disponer de su persona a su antojo. Sin embargo más adelante conforme al paso del tiempo se pierde ese poder absoluto y total que tenía sobre el menor, se reformó el régimen familiar, la concepción sobre la patria potestad. El poder del padre se humaniza. Así lo explica José María Sainz:

“El derecho de vida y muerte *ius vitae et necis*, en tiempos de la República, para poder ejercer este derecho hubo necesidad de contar con la autorización de los parientes más próximos o de los censores.

Durante la República el poder paterno sobre los hijos sólo estaba restringido por la opinión pública; pero bajo el imperio se sometió ya a la mano más fuerte de la ley.

Durante la época Imperial, algunos padres ejercieron sin justificación este derecho, recibiendo a cambio algunas sanciones *el emperador Adriano castigó con el destierro a un padre que había dado muerte a su hijo.*

Durante el Imperio absoluto el poder de los padres se redujo a corregir a sus hijos a lo que se le llamó *ius domesticae enmedationis* y en caso de requerir alguna penalidad se debería acudir a los magistrados.

Durante la Monarquía y la República, se ejerció el derecho de abandonar al hijo *uis expnendendi*, cayendo en

desuso en el Imperio absoluto. Constantino dispuso que el que recogiere un hijo abandonado lo mantuviera en calidad de esclavo y Justiniano determinó la libertad para aquel que fuera abandonado, aun cuando fuese recogido.

Cuando se llegaba a ejercer el derecho de vender a un hijo *ius vendendi*, éste se convertía en esclavo pues caía en *capitis deminutio* máxima, adquiriendo el comprador el derecho de propiedad.

Desde las últimas etapas del Derecho Romano el cristianismo influyó en la patria potestad, suavizando el carácter absoluto de la potestad paterna e intensificando su sentido funcional.

Constantino mandó en el año 318 que si un padre mataba a su hijo, sufriera muerte parricida, esto es, fuera atado en un saco con una víbora, un gallo y un mono y se le arrojará así al agua para que se ahogara.

A partir de Constantino, primer emperador cristiano, advino una nueva concepción verdaderamente humana de la familia; la autoridad del padre, cabeza de la familia, evolucionó entonces hacia un contenido de deber que se cumpliría dentro de sentimientos de amor y respeto para con la esposa y de afección con los hijos.¹²

¹² SAINZ, Gómez, José María, Derecho Romano Internacional, México, Noriega Limusa, 1991, Pág 182.

Así mismo, María del Rosario Diego nos aclara: "En el Derecho Romano, la patria potestad se concebía como un derecho del padre sobre el hijo de carácter cuasi - público. Por ello cuando algún menor era sustraído de la potestad del pater familias se consideraba que el objeto jurídico de la sustracción de menores era la patria potestad, así en las concepciones romanas el raptus in parentes tenía un significado de atentado a la exclusiva patria potestad, reduciendo al menor a la categoría de cosa.

En el Derecho Romano, cuando no era castigada la sustracción de menores como crimen vis daba lugar a una acción de iniuria por parte del padre o de la persona raptada, siendo indiferente que esta hubiera o no consentido, considerándose el rapto como un crimen in parentes." 13

La restitución se comenzó a manejar en el Derecho Romano, no con la misma connotación que se le da en la actualidad

En el Derecho Romano se manejaban varios tipos de restitución aplicándose en el campo jurídico privado en la llamada restitución natural o reparación de la cosa dañada como forma del resarcimiento. Cabe aclarar que más que nada se utilizó para regresar la cosa a quien la tenía antes, sin hacer mención en el caso de que se hubiere sustraído a un menor de la potestad de sus padres, recordemos que en el Derecho Romano se consideraba la sustracción de un menor como un robo entre parientes afectando solo la patria potestad del que la ejercía.

¹³ DIEGO, Díaz, María del Rosario, Los Delitos contra la Familia, España, Montecorvo, 1973, Pág 278

Existía, la restitución de la cosa, restitutio in integrum; la cual consistía en la anulación de un acto estrictamente legítimo, por motivos de equidad, es aquí donde interviene el menor, porque una de las causas para pedirla era la minoridad de edad, pero se refería a que si un menor de edad contrataba podía pedir la restitución por carecer de capacidad para hacerlo; recordemos que es un alieni juris.

La restitutio in integrum; era una forma de proteger al menor, pero en su patrimonio o al cumplir cierta obligación contractual adquirida mediando dolo por parte del otro contratista.

En ese entonces la restitución no alcanzó el significado que tiene actualmente, se utilizó para devolver una cosa a quien la tenía antes. Y aunque el menor era considerado como tal no entra en la restitutio integrum. Sin embargo, puede considerarse que influyo el significado que le daban los romanos a la restitución en el significado actual, ya que si bien es cierto, que en la actualidad el menor no es considerado una cosa, la restitución del menor consiste en devolverlo a su lugar de residencia habitual y a quien ejerce la patria potestad o custodia del menor.

3. Antiguo Derecho Español.

Señala Francisco Rico Pérez, que no es posible exigir leyes claras y explícitas de protección a la infancia en los Códigos de España, al principio de existir como nación independiente. Mientras formo parte del pueblo romano, las leyes y códigos de Roma fueron su derecho; pero cuando los

pueblos bárbaros borran del mapa el Imperio romano, de las minas de aquel gigantesco edificio surgen, entre otras naciones, España.

Como dice Francisco Rico Pérez, España tiene gran influencia de Roma sin embargo ellos toman una aptitud más bondadosa respecto al menor, sin dejar de salir a la luz algunas crueldades residuos de la influencia de los romanos.

En Roma la autoridad paterna aseguraba la unidad de la familia. El Derecho romano encuentra su eco en las Partidas.

España puede gloriarse de poseer uno de los más notables Códigos, el Fuero Juzgo, donde se presta una atención favorable a los menores. Este ordenamiento lo forman una colección de leyes promulgadas en tiempos de los godos e hispano - romanos, por tomar como fuente legislaciones de los dos pueblos.

En la ley 1.º, título 3.º, del libro IV de este fuero, se fijó la mayor edad a los quince años, valorando claramente el comportamiento de los menores. La protección más clara de la infancia está en las normas que prohíben al padre vender al hijo y también, por supuesto matarlo.

Menciona Rico Pérez: "Nacen los Códigos Municipales, breves y deficientes, con las mínimas disposiciones perentorias para cubrir las necesidades del momento. Contienen preceptos que se separan del todo de la legislación romana, y que reflejan bien el carácter que al derecho imprimieron los godos: así la patria potestad corresponde a ambos cónyuges; el matrimonio era causa de

emancipación, y el padre sólo podía castigar al hijo moderadamente.

En el Fuero Viejo o conjunto de Leyes de la nobleza castellana, se niega a la madre la patria potestad, si bien se le concede la tutela.

En tiempos de Fernando III y en el Fuero Real *compilación española del Derecho Romano*, se le concedió al hijo más capacidad que en los otros Códigos. Y a la madre se le concede la patria potestad.

Facultades éstas (*de vender y empeñar a los hijos*) que se habían prohibido en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real. Es más, estos mismos códigos castigaban con pena capital al padre que diera muerte a su hijo. Sanción que aparece también en los Fueros Municipales, entre ellos el de Alcalá, Baeza, Burgos y Plasencia.¹⁴ Los cambios que hubo fueron favorables para el menor.

A partir de las Partidas, no se presenta ningún Código completo de leyes, sino colecciones que llevan impreso el sello de época de transición que se inicia con el Ordenamiento de Alcalá hasta principios de nuestro siglo. En el Ordenamiento de Montalvo, Leyes de Toro, Nueva y Novísima Recopilación, preceptúanse como resumen, respecto a los menores, que su falta de capacidad de obrar la suplían, en los hijos de familia sus padres, y en los que no están sujetos a la patria potestad, sus guardadores.

¹⁴ RICO, Pérez, Op. Cita. Pág 31-32

Algo de importancia menciona María del Rosário Diégó: "En España la sustracción de menores se castigaba en el Fuero Juzgo, y consistía en el hecho de sustraer los hijos de los hombres libres de la casa de sus padres. El culpable quedaba como siervo del hijo robado, o pagaba una pena pecuniaria. Posteriormente, en las Partidas se castigó el mismo hecho con trabajos perpetuos, incriminándolo junto con el robo de siervos. El Código Penal de 1822 incrimina el raptó de niños no llegados a la pubertad y el robo de menores de edad que se hallan bajo la patria potestad o tutela. El legislador de 1848 configuró estos delitos de forma muy similar a la recogida en el Código vigente de España."¹⁵

Se aprecia una evolución desde el sentido patrimonial que predominaba en estas figuras _ al ser los hijos juntamente con los siervos propiedad del padre _, hasta llegar a un sentido personal y eminentemente familiar que en la actualidad ostentan, por suponer dichas conductas una lesión a los derechos de los padres, dadas las funciones tutelares que la sociedad y la ley les otorga de una forma inexcusable sobre los hijos.

En España hubo grandes intervenciones de dos figuras que posiblemente son las que más se han preocupado por la infancia. San Vicente Ferrer participó en la reglamentación de las escuelas y en la fundación de un Colegio para Huérfanos en Valencia. Y Luis Vives, se preocupó por los niños abandonados y propuso una serie de normas de crianza y educación.

Los avances que se tienen en España, en la protección a los menores es grande, ya no sólo se protege a los

¹⁵ DIEGO, Diáz, Op. Citá. Pág. 277.

hijos de familia, sino que se preocupan también por los menores huérfanos, abandonados se les brinda educación, hogar y comida. El menor es considerado como un miembro de la familia y del pueblo, se le ve como el hombre del mañana, en quien esta depositado el futuro del mundo. Y surgen Instituciones que protegen al menor. Sin embargo todavía había muchos obstáculos que vencer para llegar a una total protección en favor del menor.

4.- Antecedentes Históricos en México.

A) Época prehispánica.

El territorio que actualmente constituye nuestra Patria estuvo habitado por varios pueblos de diversas culturas y diferentes costumbre: los mayas, los toltecas, los aztecas, los purépechas etc., quienes crearon sus propios sistemas de Derecho; pero del que más noticias se tienen es del derecho azteca.

Las principales fuentes del Derecho azteca fueron la costumbre, las sentencias del Tlatoani y las sentencias de los jueces.

El sistema jurídico azteca comprendía la institución de la esclavitud, se afirma que la esclavitud entre los aztecas era más humana y llevadera que la que conocieron los romanos. Mientras los romanos consideraban a los esclavos como cosas o mercancías, sin derecho a nada, insignificantes

para la ley y cuyos hijos nacían esclavos, el esclavo azteca tenía personalidad jurídica, podía contraer matrimonio legal, poseer bienes y hasta tener sus propios esclavos, y sus hijos nacían libres. Había varias causas por las que un hombre llegaba a ser esclavo, una de ellas es, al ser vendido el individuo por sí mismo o por su padre.

Según el investigador Carlos H. Alba, "los delitos en el pueblo Azteca pueden clasificarse en la siguiente manera: "contra la seguridad del Imperio; contra la moral pública; contra el orden de las familias; cometidos por funcionarios; cometidos en estado de guerra; contra la libertad y seguridad de las personas; usurpación de funciones y uso indebido de insignias; contra la vida e integridad corporal de las personas; sexuales y contra las personas en su patrimonio. Dentro del Título Delitos contra el Orden de las Familias se lee: el que injurie, amenace o golpee a su padre o madre será castigado con la pena de muerte".¹⁶

Entre los delitos que existían en el derecho azteca no se encuentra tipificado la sustracción o retención de menores por uno de sus progenitores, pues ellos tenían una serie de derechos sobre sus hijos que les permitían ciertos abusos contra el menor.

La familia era de carácter patriarcal, estaba sujeta a la autoridad absoluta del padre, quien tiene derecho de vida y muerte sobre sus hijos y resolvía todo lo concerniente al

¹⁶ ALBA, Carlos H, Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano, México, 1973, Porrúa, Pág 39

núcleo familiar. Cuando los padres llegaban a separarse, los hijos quedaban con el padre y las hijas con la madre.

Si de Roma pasamos a México, los aztecas, con motivo de la educación, infligían severos castigos a sus hijos, valiéndose de piquetes con espinas de maguey, azotándolos con palos o se les obligaba a respirar el humo de chile quemado. El trato que recibe el menor a pesar de que es menos severo que en Roma, no deja de atentar contra sus principales derechos, pues los padres gozan de privilegios que perjudican a los menores.

Pasemos a estudiar otro de los pueblos de nuestro México prehispánico. La base de la familia nahua era el matrimonio; era el hombre el jefe de la familia; pero en derecho, estaba en igualdad de circunstancias con su mujer. El hombre educaba y castigaba a los hijos varones, la mujer a las niñas, siempre prevaleció esta costumbre.

El maestro Ibarrola nos hace notar: "En caso de muerte del padre, el hermano de éste podía ejercer todos los derechos de la patria potestad, siempre y cuando se casara con la viuda.

La patria potestad era muy amplia. El padre solía vender a sus hijos como esclavos cuando a causa de su pobreza le era imposible mantenerlos. También estaba facultado para casar a sus hijos".¹⁷

¹⁷ DE IBARROLA, Antonio, Derecho de Familia, México, Porrúa, 1993, Pág 109-110.

Para castigar a sus hijos, podían los padres usar la violencia. Al igual que los aztecas los herían con espinas de maguey; les cortaban el cabello, y cuando el hijo era tenido por incorregible, el padre, previo permiso de las autoridades, podía venderlo como esclavo o exponerlo a los helados rigores de una noche en la montaña, atado y destudo en un charco de lodo. Los nahuas eran muy estrictos; podían reprender con azotes, con punzamientos, con aplicación de humo de chile en el rostro de los mal educados, y con una incisión pequeña en el labio de los mentirosos. Al igual que en el derecho azteca no se tipifica la sustracción o retención de menores, por lo mismo no existe la restitución de los mismos.

B) Época Colonial.

La Conquista puso en contacto al pueblo español con el pueblo mexicano; integradas éstas por los siervos y los europeos. No influyeron las legislaciones de los grupos indígenas en el nuevo estado de cosas, a pesar que se dispuso que se respetaran y conservaran las leyes y costumbres de los indígenas, a menos que se opusieran a la fe o a la moral; y la legislación de Nueva España fue netamente europea.

Ricardo Soto nos señala: "Fue sustituido el sistema de derecho indígena por las leyes españolas, que fueron de tres clases:

- a) Las que regían ya a la nación española.
- b) Las que fueron creadas para las colonias de España en América.
- c) Las que se elaboraron especialmente para la Nueva España.

Permanecieron con carácter supletorio, las leyes indígenas, aplicables a los casos no previstos por las normas jurídicas españolas.”¹⁸

En la Colonia se puso en vigor la Legislación de Castilla, conocida con el nombre de Leyes de Toro; éstas tuvieron vigencia por disposición de las Leyes de Indias. A pesar de que en 1596 se realizó la recopilación de esas Leyes de Indias, en materia jurídica reinaba la confusión y se aplicaban el Fuero Real, las Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, los Autos Acordados, la Nueva y la Novísima Recopilaciones.

Las Leyes de las Partidas fueron importantes; se ocupan del Derecho Civil las partidas cuarta (matrimonio), quinta y sexta. En esta época fueron dictadas medidas proteccionistas a favor de los indígenas.

En la Colonia se educaba a los hijos de los ricos en escuelas especiales según costumbre española, ingresando generalmente a los Conventos Franciscanos. A los hijos del pueblo se les educaba en los atrios de las iglesias y sólo se les instruía en religión.

Se presentan muestras de un mejor trato para los niños indígenas; como lo menciona Carolina Baur: “se prohíbe que a los niños aborígenes se les tomara en servicios domésticos en una cédula de 1516, en 1535 Carlos V ordena la fundación de los colegios para los hijos de los caciques, debiendo instruírseles en gramática y en doctrina cristiana, fundándose el Colegio de Santa Cruz de Santiago Tlatelolco por

¹⁸ SOTO, Pérez, Ricardo, Nócionés de Dereché Positivo Mexicano, Colima, Esfingé, 1980, Pág 15

el Virrey de Mendoza. También en la Leyes de Indias existe una disposición ordenando a las autoridades enseñar oficios a los huérfanos españoles y mestizos y a las niñas se les coloque en hogares de familias honorables.”¹⁹

En la Enciclopedia Jurídica Omeba se menciona que: “Durante este período, está el indio sometido a la tutela paterna, de la misma manera que un menor español. Sin embargo, a pesar de la aplicación de los principios generales de la tutela del Derecho castellano, la infancia tiene en Indias un régimen especial de protección, cuyo origen data de una real cédula de 1533. Sus características generales tienen matices muy semejantes a los que puede tener hoy en día la legislación más progresista de los estados más evolucionados.”²⁰

Con la conquista se heredaron cosas malas y cosas buenas, existieron personas preocupadas por el bienestar de los niños del país conquistado, si recordamos lo que se dijo en el apartado tres del presente trabajo, España avanzo en lo que se refiere a la protección del menor; y la muestra esta en que se dictaron varias disposiciones que ordenaban a las autoridades en la Nueva España dar esa protección al menor de edad indígena; claro está que hubo ciertos abusos pero el esfuerzo estuvo presente en personas como: “Fray Juan Zumárraga fundador de la primera escuela para niñas en Texcoco, Fray Pedro de Gante, Motolinía, Fray Bartolomé de las Casas que funda el colegio de niñas destinado a educar a las niñas indígenas huérfanas”²¹.

¹⁹ BAUR, Arena, Carolina, Primer Congreso Nacional sobre el Régimen Jurídico del menor, México, 1973, volumen I, Pág IBA-2

²⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XIX, Argentina, Bibliográfica Argentina, Pág 580.

²¹ BAUR, Arena, Op. Cita, Pág B.A.2

Hubo una gran preocupación por proteger al menor de edad por parte de los sacerdotes que eran los encargados de educar religiosamente al pueblo conquistado, por ser personas entregadas y dedicadas a cuidar de la gente pobre y conscientes de que necesitan ayuda. Es por ello que con la conquista se logra un gran avance en materia de protección al menor, pues el pueblo mexicano tenía la costumbre de utilizar y disponer del menor como un objeto y constantemente se abusaba de él, claro que no se habla de la restitución de un menor, a pesar de que las normas españolas regían a nuestro país, no todas eran aplicables, pues aunque se preocuparan por los menores los padres aun ejercían gran dominio sobre ellos. Era imposible quitarles sus costumbres de un sólo golpe, y aun más imponerles una figura jurídica que ellos no conocían y que no podían respetar pues la conducta que ellos realizaban no la consideraban como un atentado al derecho que ellos ejercían sobre sus hijos.

El paso del tiempo es el que a dado la razón a los protectores del menor, pues el niño al nacer esta incapacitado para protegerse a sí mismo, necesita de los cuidados y de la protección de los mayores hasta que mediante un engranaje de experiencias y aprendizajes se capacite par actuar como un ser independiente. Y cualquier conducta de los mayores incluyendo la de los padres viola los derechos del niño, aunque ellos la realizan pensando que están en lo correcto y que es una medida para corregir las conductas de los niños. Y a pesar de que en España se regulaba la sustracción de menores en nuestro país no tenemos antecedentes similares.

C) México Independiente.

No obstante la emancipación política de México con respecto a la corona española por la culminación de la independencia en 1821, en sus primeros años de vida independiente, la nación mexicana siguió rigiéndose por las leyes implantadas durante la colonia, con las únicas limitaciones naturales motivadas por la separación del sometimiento existente, hasta que fueron substituidas por las leyes y códigos nacionales.

Los dos primeros códigos civiles que existieron en México fueron el del estado de Oaxaca y el de Zacatecas. El Código de mayor importancia es el de Oaxaca, pues es éste el primer ordenamiento de la materia que tuvo vigencia en México, tuvo como fuente inspiradora el Código de Napoleón.

Durante la época centralistas no hay ordenamiento civil alguno cuyas disposiciones hubieran alcanzado fuerza obligatoria.

Hablaremos de los cambios más importantes que hubo en materia civil por ser en ella , en donde se encuentra regulada la familia y como miembro de ella el menor, “en el año de 1859, el Gobierno de Juárez comisionó a don Justo Sierra O'Reilly para que elaborase un proyecto de Código Civil, encomendándose su estudio a una comisión que concluyó sus trabajos ya bajo el imperio de Maximiliano, quien puso en vigor una parte de dicho Código”.²²

²² SOTO, Op. Cita. Pág 179

Domínguez Martínez que: “El 15 de enero de 1870, la comisión encargada de redactar el proyecto del Código Civil envía al Ministerio de Justicia e Instrucción pública su trabajo, promulgado el 8 de diciembre siguiente y cuya vigencia fue a partir del 1º de mayo de 1871, bajo la denominación de Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California.

El contenido de este ordenamiento lo integran 4,126 artículos dispositivos, divididos en un título preliminar y 4 libros. El libro que a nosotros nos interesa es el libro primero que comprende los artículos 22 al 777, se titula De las personas, y en él incluye la regulación del Derecho de Familia. Respecto de instituciones de Derecho Familiar contiene regulación destinada al matrimonio, al parentesco, a los alimentos, al divorcio sólo por separación y no por ruptura del vínculo matrimonial; a la paternidad y filiación, a la menor edad, a la patria potestad, a la tutela y curatela, a la restitutio in integrum, a la emancipación y mayor edad y a la ausencia.”²³

El contenido del Código de 70 demuestra la influencia del derecho español en el nuestro, al regular la restitución in integrum, como se conocía en España y como institución protectora del menor, sólo en su situación contractual.

Con el paso del tiempo hubo necesidad de un nuevo Código que es el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California, publicado el 31 de marzo de 1884 y con vigencia a partir del 1º de junio siguiente.

²³ DOMINGUEZ, Martínez, José Alfredo, DERECHO CIVIL, México, Porrúa, 1990, Pág 63-64.

La vigencia del Código de 84 se desplazó desde entonces hasta el 30 de septiembre de 1932, este sufrió dos derogaciones de trascendencia; la primera en el año de 1914, cuando el 29 de diciembre de ese año se publicó la Ley del divorcio vincular, y la segunda fue a consecuencia de la promulgación y vigencia de la Ley sobre Relaciones Familiares, a partir del 9 de abril de 1917, que deroga al Código de 84 en todo lo relacionado al Derecho de Familia.

El actual Código Civil para el Distrito Federal inicia su vigencia el 1° de octubre de 1932, pero de este ordenamiento se hablara con más abundancia en otro apartado del presente trabajo, pues será objeto de un estudio especial.

En 1920 aparece un proyecto de reformas a la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común, entre las cuales había la proposición de crear un Tribunal Protector del Hogar y de la Infancia con funciones de ampara a la madre y ala esposa, así como a los menores en su derechos en el aspecto civil y penal de acuerdo con el artículo 73 de la Ley de Relaciones Familiares en Materia Penal.

La transformación que sufrió nuestro país después de la independendencia fue grande y en muchos aspectos, también incluyo la protección al menor, aunque no en una forma total pues hubo lagunas que no se llenaron sino con el paso del tiempo y con el estudio arduo y constante de la materia, es de entenderse pues después de estar sujetos a una nación que decida por nosotros y que imponía su manera de pensar es difícil crear su propio modo de vida y cambiar las costumbres que se tenían. No hubo ninguna regulación en cuanto a la sustracción y restitución de menores.

CAPITULO II

CONCEPTOS GENERALES

1. Concepto de menor

A) Significado gramatical.

Para iniciar el estudio de la restitución internacional de menores, es conveniente definir los elementos que integran dicha figura.

El elemento principal es el menor, sobre él se ejerce la restitución, es el carácter del menor el que va dar pauta a que se pueda dar esta figura que tiende a protegerlo, por ello es importante estudiar el concepto de menor para saber si el sujeto de quien se pide la restitución tiene esta calidad y entra en el supuesto que marca la norma internacional.

Gramaticalmente no se ha definido claramente lo que es menor, los diccionarios son muy concretos en sus definiciones y casi siempre usan las mismas, con un lenguaje escaso; el maestro **Rafael de Pina** en su *Diccionario de Derecho* dice que el menor "es la persona que no ha cumplido todavía los dieciocho años de edad"²⁴, recordemos que en México la mayoría de edad se adquiere al cumplir los dieciocho años; en su definición no aclara nada y tampoco dice que es un menor, si consideramos que la mayoría de edad se adquiere al cumplir los dieciocho el que no tiene esa edad no es mayor de edad sino

²⁴ DE PINA, Rafael, *Diccionario de derecho*, México, Porrúa, 1992, volumen 2, Pág 277.

menor de edad, pero no esta definiendo claramente lo que es un menor.

La **Enciclopedia Jurídica Omeba** en su tomo XIX define al menor de edad como “el hijo de familia o pupilo que no ha llegado a la mayor edad”²⁵ en esta definición se precisa más al decir que es el hijo de familia, pero solo se refiere que no ha alcanzado la mayor edad sin precisarla y sin definir claramente lo que es un menor. Pero ¿desde cuando se considera a una persona mayor de edad?, esta es una cuestión que no tiene regla fija, inciden en la apreciación de una serie de factores, dependiendo del enfoque a realizarse.

Cuando se habla de “Hijo de familia o pupilo” se ha querido referir a los menores que están bajo la patria potestad, o bajo una tutela determinada, entendiéndose por tales no sólo los que se hallan en esa efectiva posición, sino también los que conforme a su situación corresponde estar bajo ese dominio”²⁶.

En la concepción jurídica positiva el limite de la minoridad está fijado por la ley, y esta para ser justa debe fundarse en aquellos factores de orden social, político, económico, etc.

Sin embargo, a pesar de la aclaración que se hace no se define lo que es un menor, sino que se da una referencia de lo que para la ley es un menor de edad.

²⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, tomo XIX Pág. 563.

²⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op Cita.

La **Gran Enciclopedia Larousse** define al menor así: “ Persona que no ha alcanzado la edad que la ley establece para gozar la plena capacidad jurídica, que en España está fijada en los 18 años cumplidos”.²⁷ Al igual que en México la mayoría de edad empieza a los dieciocho años.

Esta definición cae en el mismo error que las anteriores toman como referencia a la ley, cuya intención es marcar el inicio de la capacidad jurídica momento en el cual una persona ejerce sus derechos y obligaciones por sí mismo; sin definir lo que es un menor.

El **Diccionario Larousse Usual** define al menor de la siguiente manera: “ Que no ha llegado a la mayor edad legal”²⁸ Su definición es igual que las anteriores, no explica lo que es un menor.

Existe gran variedad de definiciones pero casi todas manejan el mismo enfoque tomando como referencia la edad marcada por la ley para la mayoría de edad, siendo que el presente trabajo no pretende ser recopilador, solo mencionaremos las anteriores definiciones y por considerar que no tiene caso repetir el mismo significado con diferentes fuentes.

Consideramos que es mejor estudiar los siguientes incisos para llegar a conocer el significado de la palabra menor, y así poder entender la función de la restitución y a la persona sobre la que recae dicha restitución.

²⁷ **Gran Enciclopedia Larousse**, impreso en España, editorial Planeta, número 15, 1988, Pág 7162.

²⁸ **Diccionario Larousse Usual**, México, Ediciones Larousse, 1982, Pág 473.

B) Concepto doctrinal.

Se establecen generalmente distintas etapas o grados que inciden para apreciar la capacidad y juzgar la responsabilidad de una persona, se encuentran en estas clasificaciones, principios que rigen las diversas ramas del derecho, y que a su vez representan también distintos enfoques en la materia: civil, penal, laboral etc.

Es consecuencia lógica de que los límites que separan la minoridad de la mayor a de edad sean distintos en las legislaciones de los estados jurídicamente organizados. No obstante ello se observa una tendencia general en la doctrina y en la concepción jurídica positiva, a aceptar el límite de los dieciocho años cumplidos para alcanzar la mayoría de edad, y a otorgar al menor a partir de cierta edad determinado ámbito de capacidad y de responsabilidad.

“Autores como Giovanni Carmignani entre otras divide a la edad en tres: la infancia, primer período de la vida, que no pasa de los siete años, se llama así por estar desprovisto de las fuerzas del cuerpo y del alma necesarias para poder comparar ideas de los objetos. La edad impúber es la etapa donde se dan los progresos de la infancia hasta la pubertad pero son débiles e inciertos. La menor edad, donde el entendimiento de los adolescentes con el auxilio de la razón y de la experiencia, adquiridas en semejante edad, lo hace ser maduro.”²⁹ Este autor señala tres etapas de la edad, da las características de cada una de ellas, gracias a ello

²⁹ CARMIGNANI, Giovanni, Elementos de Derecho Criminal, Bogotá, Themis, 1979, Pág 70-71.

comprendemos los cambios que hay, en el sujeto por el transcurso del tiempo hasta adquirir la mayoría de edad.

Rico Pérez también nos hace una aclaración importante: "En la doctrina se usan tres términos para referirse al menor: MENOR, NIÑO, e INFANCIA. Menor implica, gramaticalmente, limitación, negación. Menor responde a más pequeño, algo que es menos que otra cosa de la misma especie y no se puede comenzar negando cualidades o derechos con el mismo nombre.

También niño denota inferioridad. En el lenguaje informal se emplea como vocativo para dirigirse a una persona sin ser niño. Aplicado a una persona de quien se habla, puede implicar franco desprecio. De quien no razona se dice que es un niño. Por consiguiente, nada tiene que ver la edad con el término.

Infancia alude claramente al *estado* de niño. Se refiere siempre a los primeros tiempos de la vida. Infancia comprende, en sentido estricto, ese primer período de la vida humana que se inicia con el nacimiento y finaliza hacia los siete años de edad; pero si le consideramos con un criterio amplio, se extiende al subsiguiente ciclo de la niñez y puede llegar, generalmente, hasta que se cumplen los doce o catorce años de edad".³⁰

Las observaciones que hace Francisco Rico Pérez son acertadas, sin embargo por ser de uso más tradicional usaremos el término *menor*, además porque es el usado en la

³⁰ RICO, Pérez, Francisco, La Protección de los Menores en la Constitución y en el Derecho Civil, Madrid, Montecorvo, 1980, Pág 20

Convención Interamericana sobre la Restitución de los Menores que más adelante estudiaremos.

Nos dice Rafael de Pina que: “La mayoría de edad se alcanza, en el derecho privado, en el momento en que una persona física cumple el número de años señalados al efecto por la ley”.³¹

El maestro De Pina, sigue tomando como referencia los años fijados por la ley para que una persona sea considerada mayor de edad, sin entrar a fondo en lo que significa ser menor de edad, porque no sólo significa ser incapaz para realizar ciertos actos jurídicos, ni disfrutar por no tener obligaciones.

Sin embargo más adelante en la misma obra, dice: “ Mayores de edad son las personas físicas que tienen la plenitud de la capacidad para obrar, siempre que circunstancias especiales no impidan su ejercicio.”³²

El maestro considera mayor de edad a la persona que puede realizar actos jurídicos consiente de las responsabilidades y derechos que ellos implican, sin dejar fuera las limitaciones que la propia ley marca a ese actuar.

También nuestro autor dice: “Para señalar el límite que separa la minoría de la mayoría de edad, se han tomado en cuenta tradicionalmente dos criterios distintos: el que

³¹ DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, México, Porrúa, 1992, Pág. 403.

³² DE PINA, Rafael, Op. Cita. Pág 403.

se determina por la aptitud intelectual y el que lo hace por el desarrollo físico del individuo”³³

En los pueblos antiguos, la mayoría de edad se determino generalmente por el desenvolvimiento físico (aparición de la pubertad) y en los pueblos modernos tienden, a hacerla coincidir con el desenvolvimiento mental. Sin embargo este último criterio es un poco dudoso ya que no siempre el que es considerado mayor de edad tiene una gran capacidad mental para discernir sus actos, y por el contrario una persona considerada menor de edad puede ser más prudente, más consiente de sus actos.

Para Martínez López. “La minoría de edad tiene diferentes significados aunque relacionados, según se refieran al proceso evolutivo de la persona, a su capacidad como sujeto u objeto de una relación jurídica o como sujeto de medidas especiales de protección. En el primer caso se califican las características somáticas, fisiológicas y psicológicas de la llamada edad evolutiva; en el segundo, la situación del menor en los diferentes Estatutos Normativos (capacidad de derechos y obligaciones) y en el tercero, los casos especiales en que se puede encontrar un menor para ser objeto de medidas de Asistencia y Protección.”³⁴

El maestro Chavez Asencio dice: “se denomina menores a todos aquellos individuos que aún no han alcanzado la edad de 18 años en que se cifra la mayoría de edad y que, por

³³ DE PINA, Rafael, Op. Cita. Pág 403.

³⁴ MARTINEZ, López, Antonio José, El menor ante la norma penal y delitos contra menor y la familia, Colombia, Ediciones librería del profesional, 1986, Pág. 25.

razón de su falta de madurez asumen una particular posición jurídica que se traduce en un status de incapacidad lato sensu.

Estamos de acuerdo con este autor en considerar que el menor merece cuidados y atenciones especiales por parte de sus padres que son las personas más cercana a él y a falta de ellos de instituciones encargadas del mismo fin.

Cuello Calón dice: "como en la infancia y en la adolescencia en la menor edad, falta la madurez mental y moral como falta la madurez física, el niño y el adolescente no pueden comprender la significación moral y social de sus actos."³⁵

"Orellana Wiarco dice: en términos generales se considera menor de edad a quien por su desarrollo físico y psíquico no tiene *la capacidad de autodeterminación del hombre, para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad reconocida normativamente, de comprender la antijuridicidad de su conducta.*

El menor de edad, no tiene de acuerdo a la ley la suficiente capacidad de entender y, querer, por una evidente falta de madurez física, que también, lo es psíquica"³⁶

Esta definición es más acertada al definir al menor ya que incluye tanto el elemento jurídico como el físico y el psíquico, sin embargo volvemos a mencionar que no siempre el que es mayor de edad tiene la capacidad de discernir sus

³⁵ CUELLO, Calón, Eugenio, Derecho Penal, Barcelona, Bosch casa editorial, 1980, Pág. 489

³⁶ ORELLANA, Wiarco, Octavio, Manual de Criminología, México, Porrúa, 1988, Pág 309

actos y de comprender la antijuridicidad de los mismos, ni de actuar con madurez, pero es la que más nos convence.

Para Antolisei: "En el momento del nacimiento el patrimonio psíquico del recién nacido es casi nulo; las ideas y los sentimientos surgen con el tiempo y se desarrollan gradualmente, hasta que se logra la plena madurez intelectual. Falta totalmente la *capacidad de entender o de querer* y hay después un período en el cual esa misma capacidad existe, en verdad, pero no es completa. La minoría de edad se distingue en dos períodos: el primero se extiende hasta los 14 años cumplidos; el segundo va de los 14 a los 18 años."³⁷

La mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, hasta ese momento la persona es un menor de edad, un incapaz, pero no sólo jurídicamente, es un incapaz para protegerse de los abusos de las personas que los rodean, es indudable que durante todo ese lapso que transcurre desde el nacimiento, su situación no puede ser la misma, porque la realidad de la vida exige obligaciones y cuidados especiales.

C)Concepto Legislativo.

La legislación es el procedimiento mediante el cual determinados órganos del Estado elaboran y ponen en vigor las normas jurídicas. Estos órganos crean las leyes.

³⁷ ANTOLISEI, Francisco, Manual de Derecho Penal, Colombia, Temis, 1988, Pág. 443.

En la creación de las leyes para el Distrito Federal y Territorios Federales y de aquellas leyes que son obligatorias en toda la República, intervienen el Poder legislativo federal, que lo integra el Congreso de la Unión (Cámara de Diputados) y (Cámara de Senadores) y el Poder Ejecutivo, cuyo ejercicio se deposita en el Presidente de la República.

Pero no hablaremos del proceso que se sigue para hacer una ley, porque es tema de otro estudio, a nosotros nos interesa estudiarla, porque es en ella donde nuestro legislador plasma las necesidades del pueblo, de que exista una sanción a determinada conducta, pero en la legislación no sólo encontramos sanciones también definen ciertas figuras jurídicas como es el caso que nos ocupa, buscaremos en la legislación las definiciones posibles de menor de edad, aunque no siempre se definen claramente, habrá ocasiones en que encontremos la definición en contrario sensu o de otra manera.

La mayoría de edad no interesa sólo al derecho de las personas, también al derecho en general, por cuanto determina una plena capacidad de ejercicio en el sujeto antes incapacitado por su minoría de edad y, además le permite disponer libremente de su persona y de sus bienes, posibilidades que determinan consecuencias importantes en el derecho de familia y en el derecho patrimonial, en general, tanto civil, mercantil, obrero y agrario.

Empecemos con el Derecho Canónico que siempre ha determinado mejor las etapas de la minoridad.

“En el canon 88 se lee:

1. La persona que ha cumplido los veintiún años es mayor; antes de esa edad es menor.

2. El menor, así es varón, se considera púber después de cumplidos los catorce años; si mujer, una vez cumplidos los doce.

3. El impúber, antes de cumplir los siete años, se llama infante, o niño, o párvulo, y se considera sin uso de razón; más cumplidos los siete años, se presume que lo tiene. Se equiparan al infante cuantos de manera habitual están privados del uso de la razón. (Código de Derecho Canónico).”³⁸

Es de notarse que antes la mayoría de edad se alcanzaba a los veintiún años, ahora no es así, normalmente y en la mayoría de los países se alcanza a los dieciocho años cumplidos. Sin embargo consideramos importante mencionar lo que el Código Canónico considera como menor de edad.

Más adelante dice: “La distinción del menor en púber e impúber se funda en la capacidad natural de engendrar hijos.”³⁹ Se es mayor de edad cuando la persona empieza a ser útil, mientras participa en las preocupaciones sociales de la época, mientras se piensa en el futuro y se tiene esperanza.

Menciona Rico Pérez: “La radical y profunda transformación que sufre el hombre por el hecho biológico de su nacimiento, y la indefensión tan absoluta en que se encuentra para afrontar por sí mismo las más elementales funciones vitales

³⁸ RICO, Pérez. Op Cita. Pág 20

³⁹ RICO, Pérez, Op. Cita. Pág 20

hasta que no alcanzan cierta edad, han hecho afirmar que *el ser humano adviene al mundo mediante un parto fisiológico prematuro*. Por ello nos preocupa, su protección.⁴⁰

Es cierto, el niño al nacer es tan indefenso que sólo no podría sobrevivir, es por ello que necesita la protección y cuidado no sólo de sus padres que le dieron la vida sino de la sociedad y todo miembro que la forma, llámese familia, comunidad, instituciones, gobierno. Por ello todos nos debemos unir y proteger al menor de todo abuso de cualquier persona aunque sea de sus propios padres, porque no se escapan de cometer conductas en perjuicio de él.

En el apartado anterior se hizo mención de que se han tomado en cuenta dos criterios para señalar el límite que separa la minoría de edad de la mayoría de edad: el que se determina por la aptitud intelectual y el que lo hace por el desarrollo físico del individuo. Hacemos mención nuevamente en este apartado de lo anterior porque consideramos importante mencionar cual de estos sistemas utilizo tanto el derecho romano como el derecho francés por considera que del primero tenemos influencia y del segundo porque es un código de gran trascendencia histórica.

El segundo criterio fue adoptado por el derecho romano para señalar el comienzo de la mayoría de edad a los veinticinco años. El Código de Napoleón adopto el primer criterio, en virtud del cual se reconoce la mayoría de edad a los veintiún años.

⁴⁰ RICO, Pérez, Op. Cita Pág 21

Siempre se utiliza la edad para señalar cuando una persona deja de ser menor, aunque no se hace referencia que es menor quien no ha cumplido cierta edad, sin embargo a contrario sensu, cuando una norma dice que la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, la minoría de edad se tiene mientras no se halla cumplido los dieciocho años.

El número de años que debe transcurrir para determinar la mayor edad no se fija por concesión caprichosa del legislador, sino que se funda en la conclusión de la experiencia, confirmada por la ciencia, de acuerdo con la cual el ser humano, llegado a una edad determinada, según las circunstancias de tiempo y lugares, adquiere el estado de madurez mental y física que le permite gobernarse por sí mismo en cuanto a su persona y bienes.

Cuando una persona física llega a su mayoría de edad, entra en una esfera del mundo jurídico que antes le estaba vedada, lo cual produce el efecto no sólo de que adquiera mayor número de facultades sino también de que se enfrente con nuevas obligaciones, no sólo en el terreno del derecho civil, sino en otras zonas separadas de esta importante rama del derecho.

Al ser menor de edad, no se tiene todo ese cúmulo de derechos y obligaciones, están a disposición de otras personas quienes se encargan de ejercer esos derechos y obligaciones por ellos, sin embargo todo tiene su desventaja porque también sufren menoscabos y son blancos fáciles de maltratos y por ello es importante que existan instituciones encargadas de vigilar que eso no suceda y de dar todo el apoyo y confianza al menor de edad para que pueda desenvolverse

libremente hasta adquirir esa mayoría de edad, donde ya no sean presas fáciles de los demás.

No podemos iniciar a fondo el estudio del presente inciso sin mencionar a nuestra Carta Magna que es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la cual se desprenden todos y cada uno de los ordenamientos que regulan a nuestro país, todos ellos deben basarse en la Constitución y además no contravenirla. Aunque no define lo que es un menor, no podemos iniciar un estudio de la legislación sin mencionar los importantes normas que contiene y son de protección en este caso del menor.

En su artículo 4º no define lo que es el menor pero sí dice en su sexto párrafo; 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.

Mencionamos este artículo ya que para el tema del presente estudio importante porque estudiaremos una situación donde interviene los padres violando esta norma constitucional, y también veremos las instituciones encargadas de brindar ayuda al menor.

Como sabemos cuando una persona es mayor de edad tiene capacidad para adquirir obligaciones y la posibilidad de tener derechos, esa capacidad se desprende de nuestra Constitución que aunque no dice, quien es menor de edad; en su artículo 34 al hablar de los ciudadanos mexicanos nos dice: Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo

la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos: I *Haber cumplido 18 años*; todos sabemos que el ser ciudadano trae consigo una serie de obligaciones pero también de derechos, si interpretamos esto a contrario sensu, es menor de edad y por lo tanto no es ciudadano quien no ha cumplido los dieciocho años de edad.

Creemos que además de las grandes aportaciones del Derecho Civil este artículo es la principal fuente de la minoría de edad; ya que para los mexicanos el ser ciudadano representa una calidad de sujeto muy importante en donde comienza un cúmulo de obligaciones y derechos para el ciudadano en sí y para su país, por ello interpretado a contrario sensu nos dice quien es menor de edad.

Ahora estudiaremos el Código Civil vigente para el Distrito Federal, este precepto es uno de los que más regula las situaciones jurídicas en que puede encontrarse al menor.

En su artículo 23 dice: *La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentarse contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.*

Es importante mencionar este artículo para dejar remarcado que el ser menor de edad no significa que pueda ser objeto de abusos o atentados contra su dignidad y que sólo significa que no puede adquirir por sí mismo obligaciones.

El artículo 31 dice: Se reputa domicilio legal en su primera fracción I *Del menor de edad* no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto.

Esta fracción nos servirá cuando revisemos a fondo los requisitos que deben cumplirse para poder efectuarse una restitución.

El artículo 646 dice: *La mayor edad comienza los dieciocho años cumplidos.*

Si tomamos como referencia este artículo tenemos que en México se adquiere plena capacidad para adquirir por sí mismo derechos y obligaciones a los dieciocho años y mientras no se tenga esa edad se carece de esa capacidad; interpretado a contrario sensu es menor el sujeto que no ha cumplido los dieciocho años.

Antolisei menciona que: "Es resultado de la experiencia, la cual enseña que en el momento del nacimiento el patrimonio psíquico del recién nacido es casi nulo; las ideas y los sentimientos surgen con el tiempo y se desarrollan gradualmente, hasta que se logra la plena madurez intelectual. Por debajo, pues, de cierto límite de edad, falta totalmente la que nuestro Código denomina "capacidad de entender o de querer", y hay después un período en el cual esa misma capacidad existe, en verdad, pero no es completa.

Nuestro Código fija el término de la minoría de edad en los 18 años cumplidos.

La capacidad de discernir lo lícito de lo ilícito, el bien del mal, se forma en el hombre antes que la capacidad de

regirse a sí mismo frente a las complicadas exigencias de la vida civil, que exigen mayor raciocinio y experiencia".⁴¹

Este autor maneja un factor importante para determinar la mayoría o minoría de edad de una persona, que es la capacidad de entender o querer, lo consideramos importante porque cuando no se conoce la magnitud de los actos que una persona realiza se esta en ausencia de esta capacidad y la ley lo considera incapaz y por lo tanto menor de edad, aunque no siempre el incapaz es un menor existen otras causas de incapacidad pero para el presente trabajo nos interesa la minoridad de edad.

Nuestro Código Penal no dice específicamente quien es menor de edad; sin embargo encontramos en algunos artículos que al igual que las demás leyes de nuestro país tiene como límite para considerar menor a un sujeto los dieciocho años, por ejemplo, el artículo 201 en su primer párrafo dice: *Al que procure o facilite la corrupción de un menor de dieciséis años de edad o de quien no tenga capacidad para comprender el significado del hecho... ..*

El artículo 202 dice: *Queda prohibido emplear a menores de dieciocho años en cantinas, tabernas y centros de vicios. Y en su segundo párrafo para los efectos de este precepto se considerará como empleado en la cantina, taberna y centro de vicio al menor de dieciocho años... ..*

Como se desprende de la lectura de los artículos antes mencionados para el Código Penal es menor quien no ha cumplido los dieciocho años de edad.

⁴¹ ANTOLISEI, Francesco, Manual de Derecho Penal, Colombia, Temis, 1988, Pág 443.

Para nuestros legisladores una persona es menor de edad porque no se ha alcanzado la plena capacidad de entender y de querer, como la mayoría de edad supone cierta madurez psíquica, indispensable para conocer los motivos del propio comportamiento y para apreciarlo en sus relaciones con el mundo externo, en su alcance y en sus consecuencias, la ley establece que no puede considerarse que se ha llegado a esa capacidad antes de cumplir los dieciocho años.

Existen innumerables disposiciones en nuestro país que regulan diferentes situaciones donde interviene el menor consideramos que no tiene caso mencionarlas todas ya que la finalidad del presente inciso es únicamente definir al menor por ello creemos que basta con las anteriores, pues en todas se sigue el mismo concepto.

También es de gran importancia hacer mención del código del menor y jurisdicción de familia ya que es una norma exclusivamente dedicada a él.

“La norma del artículo 28 del Código del menor y jurisdicción de familia de Colombia, define como menor de edad a quien no ha cumplido 18 años. Esta determinación de la edad está de acuerdo con Convenios Internacionales, recomendaciones de organismos especializados en asuntos juveniles y con la mayoría de las legislaciones del mundo.

El señalamiento de la menor edad significa que quienes se encuentren en tal situación son objeto de las normas del Código del menor con fines de protección. También significa que las situaciones jurídicas que tengan relación con menores y

con sus derechos se deben tratar en forma diferente a las propias de adultos.

Los 18 años como límite máximo de la mayor edad, no es cuestionable en relación a la simple protección, pues ellos se deduce al apropiada naturaleza humana.”⁴²

Como se nota en este ordenamiento el menor goza de una situación privilegiada al ser objeto de un trato especial y con fines de protección en las situaciones donde él es el principal protagonista. También esta actualizado, pues coincide con ordenamientos internacionales.

Podemos concluir diciendo que las legislaciones que regulan al menor en nuestro país coinciden en que “ es la persona que no ha cumplido los dieciocho años”, y esto lo consideramos apropiado porque se evitan conflictos innecesarios y que sólo afectarían al sujeto de protección que es el menor. Además se encuentran en armonía con las normas internacionales que también señalan que termina la minoría de edad al cumplir los dieciocho años.

D)Concepto Normativo Jurídico Internacional.

Hablaremos ahora de las normas jurídicas internacionales, como sabemos son importantes ya que establecen conductas a seguir entre dos sujetos de derecho que son los Estados u organismos internacionales, regulan situaciones que se producen cuando las personas que viven en un país establecen una relación con los habitantes de otro y por esa

⁴² MARTINEZ, López, Antonio, Código del menor y jurisdicción de familia, Colombia, Ediciones librería del profesional, 1991. Pág 93

convivencia surgen conflictos, para evitarlos o cuando han surgido se puedan resolver es que los países han acordado tener normas que regulen estas situaciones donde intervienen sujetos de diferentes nacionalidades; es el caso del tema del presente trabajo ya que se da cuando el menor que reside en un país es trasladado a otro, creándose una situación que incumbe a los dos países y que como factor principal esta el menor y como existe normas jurídicas para ambos donde se establecen también los bienes jurídicos que se van a proteger.

Consideramos importante incluir este inciso, ya que nuestra Constitución en su artículo 133 hace referencia a los tratados internacionales y establece que serán la ley Suprema, y que los jueces se deberán arreglar a ellos, aunque no existe en sí un artículo que diga que en cuestiones de menor se deban aplicar o su mayor o menor importancia esta claro e implícito que lo que dice el 133 debe respetarse y que es aplicable a todos los tratados en todas las materias; en cambio en España en el artículo 4° de su Constitución mencionan que, " los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos"⁴³ Sería adecuado que existiera un artículo como este en nuestra Constitución, consideramos que la protección de los menores debe tener prioridad y sería aún de mayor importancia si lo marcara nuestra Ley máxima, sin embargo por las múltiples deficiencia que tiene no es posible, pero aún así el menor es una figura importante en nuestro derecho y también en el ámbito internacional por ello nos ocupamos en este inciso de su estudio a nivel internacional.

⁴³ RICO, Pérez Francisco. Op Cita Pág 38

La sociedad universal ha comenzado en el presente siglo a concientizarse de la gran importancia que ofrece la infancia, así como de la falta de normas en las que se establezcan, de una manera amplia y justa, las garantías que permitan al niño desarrollarse en su totalidad; es decir, crecer tanto física como moralmente, para poder después ejercer un puesto de responsabilidad adecuado.

El menor empieza a cobrar la importancia que merece, por lo menos en el aspecto teórico dado que llevar a la práctica los derechos del niño presupone una amplia labor de reeducación de la sociedad. Todos deben entender y comprender que el niño es una personalidad en formación que necesita de los adultos para su pleno desarrollo mental y físico, de una manera adecuada y normal, sobre todo a partir del ejemplo, y la buena conducta de sus mayores.

El Convenio de la Haya sobre Protección de Menores, define en su artículo 12 al menor *“Se entiende por menor, a los fines del presente convenio, toda persona que tenga tal cualidad con arreglo, tanto a la ley interna del Estado del cual es súbdito, como a la ley interna de su residencia habitual”*.⁴⁴

Este convenio remite a las leyes de los países a las cuales esta sujeta la persona por una o por otra causa.

⁴⁴ RICO, Pérez Francisco, Op Cita Pág 221

Rico Pérez nos habla de: "La nueva concepción del menor, no establecida en función de la edad adulta o de la sociedad, sino en el significado evolutivo de una personalidad en formación, en el de la dignidad y respeto que su persona ostenta y merece, y en la esperanza que para la Humanidad representa este colectivo, ha sido el fundamento esencial y la fuente inspiradora de las Declaraciones de los Derechos del Niño.

La cual define al menor así; artículo 1º Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley de su Estado, haya alcanzado antes la mayoría de edad."⁴⁵ Esta convención esta en afinidad con la mayoría de las leyes de los Estados.

"En la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas Beijing) se señala:

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

b) Menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.

⁴⁵ RICO, Pérez Francisco, Op Cita Pág 215

La noción de "menor" se aplicará a jóvenes de edades muy diferentes, edades que van de los 7 años hasta los 18 o más.

Cabe señalar que las reglas disponen expresamente que corresponderá a cada sistema jurídico nacional fijar las edades mínimas y máximas a estos efectos, respetando así cabalmente los sistemas económicos, social, político, cultural y jurídico de los Estados Miembros."⁴⁶ A pesar de que no establece una definición de lo que es un menor si señala que un menor debe ser tratado en diferente manera a un adulto.

Al respecto Landoni Sosa nos dice: "La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimenticias opta por una norma de contenido material, preceptuando en su artículo 2º " A los efectos de la presente Convención se considerará menor a quien no haya cumplido la edad de dieciocho años".⁴⁷

El mismo autor nos habla de que. "En cambio la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores que contiene el tema en estudio define al menor en su artículo 2: *Para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años.*

El límite de 16 años resulta de la influencia de la Convención de La Haya de 1980 (art. 4) ya que no estaba en los precedentes convenios latinoamericanos: Argentino -

⁴⁶ MARTINEZ, López Antonio, Op Cita pag 469-470.

⁴⁷ LANDONI, Sosa, Angel, Las Convenciones Interamericanas sobre Obligaciones alimentarias y Restitución Internacional, Montevideo Uruguay, Revista uruguaya de derecho Procesal, No. 2, 1989, Pág 145.

Uruguayo (1980), Chileno - Uruguayo (1981) y Peruano - Uruguayo (1985) que consagran el principio de que: *una persona será considerada menor de acuerdo con lo establecido por el derecho del Estado de su residencia habitual.*

La norma material propuesta por la convención de que es menor toda persona que no ha cumplido aún los 16 años, fue aprobada por 13 votos a favor y 4 en contra.

Ante un planteamiento formulado por la delegación panameña se aclaró específicamente que la norma hacia referencia a la edad cronológica y no a la presunta edad mental.”⁴⁸

“En la Convención Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional indirectamente dice quien es menor de edad; La convención deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere al artículo 17, apartado c, antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años.”⁴⁹ Edad en la que se considera un sujeto capaz de decidir sobre su persona y capaz de adquirir derechos y obligaciones por sí mismo.

Muchas organizaciones y grupos dedicados a la protección del menor de edad o la protección de los Derechos Humanos en general, abogan por el reconocimiento de los 18 años de edad como criterio universal para la mayoría de edad, como consecuencia la minoría hasta cumplirlos.

⁴⁸ LANDONI, Sosa, Angel Op Cita. Pag 149

⁴⁹ Compilación de Legislación sobre menores, Sistema Nacional Para el Desarrollo Integral de la familia. Pag 756.

La definición de menor por el derecho internacional siempre va estar influenciado por el concepto que de él tengan los países suscriptores a determinado Tratado o Convenio, pues es a ellos a quienes se les va a aplicar; consideramos que los representantes toman las mejores decisiones que favorecen a los habitantes de sus países. Las definiciones a que hicimos referencias no tienen grandes diferencias siempre marcan como limite a la minoría de edad ya sean los 16 años o los 18 o dejan al país suscriptor decidir cuando empieza y cuando termina, aunque consideramos que cuando la Convención Interamericana sobre restitución Internacional de Menores marca el límite en los 16 años deja sin protección a los menores que se encuentran entre los 16 y 18 años y quede acuerdo con nuestra ley son menores de edad.

E) Concepto que se propone.

Después del análisis hecho en los incisos anteriores es nuestro turno para definir lo que es un menor tomando en consideración lo que cada definición aporta para lograr una definición que reúna todos los elementos necesarios para la comprensión del tema y que no se le falte ningún factor importante.

Los aportes de las ciencias médicas y sociales son de gran importancia en la búsqueda de una solución al problema de la definición del menor de edad.

El menor de edad no entiende las consecuencias de sus actos, o solo los entiende imperfectamente, de manera que merece un castigo menor.

La definición de menor de edad no puede ser arbitraria. La legislación sobre la mínima edad sería arbitraria en la medida que no se adecuó a las realidades de la sociedad o la nación. Es menester reconocer que cualquier edad mínima fija e inflexible necesariamente reviste cierta arbitrariedad, sea a los 16,17,18 o 21 años de edad.

Con apoyo del estudio anteriormente hecho se propone el siguiente concepto:

“Es el ser humano que por no alcanzar la edad establecida en la ley ni tener la capacidad de entender y querer debe estar sujeto a medidas especiales de protección, por parte de sus padres, tutores o personas encargadas de su vigilancia así como de las Instituciones establecidas para ello nacionales e internacionales, para que pueda alcanzar su desarrollo físico y psíquico en un ambiente idóneo para ello.”

2. Concepto de Restitución Internacional

A) Significado gramatical.

Iniciaremos por el concepto gramatical de la restitución, como es un tema riesgo encontrar una definición de lo que es la restitución internacional resulta difícil, por ello sólo definimos lo que es la restitución, posteriormente en el

inciso correspondiente al concepto que se propone trataremos de incluir su aspecto internacional.

Para **Eduardo J. Couture** la restitución “es la acción y efecto de devolver una cosa a quien la tenía antes o de restablecer algo a su anterior estado.

Del latín *restitutio nis*, de igual significado, *nomen actionis* del verbo *restituo vere* *restituir *, literalmente *volver a establecer *, compuesto de *statuo vere* *establcer, estatuir *, forma causativa de esto, *stare*, *estar de pie *. ”⁵⁰

La definición que da el maestro es muy sencilla pero conlleva a lo que es la restitución, la devolución de algo a quien le pertenece.

Para **Guillermo Cabanellas**; es “la devolución de una cosa. Reintegro de lo robado. Restablecimiento. Retorno al punto de partida. Entrega, tras derrota, y por efecto del armisticio o pacto, o territorios conquistados y de ciertas cosas saqueadas. (obligación de restituir. *Repetum dae*). ”⁵¹

Al hablar de la devolución de la cosa robada no podemos aplicarlo a la restitución de un menor que no ha sido robado pero sí retenido o trasladado ilícitamente

Para el maestro **De Pina** la restitución es “ la acción o efecto de restituir. Y Restituir es volver una cosa a

⁵⁰ COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1993, Pág 525-526.

⁵¹ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Argentina, Heliasta, 1981, Pág 525.

quien la tenía anteriormente. Poner una cosa en el estado que antes tenía.”⁵²

Como se puede observar las definiciones no varían mucho casi todos los autores coinciden en que se tiene que devolver una cosa para que pueda darse la restitución.

La **Gran Enciclopedia Larousse** define a la restitución como: “La acción y efecto de restituir.

Devolución de una cosa o resarcimiento de un daño a la persona perjudicada, de manera que se restablezca el estado anterior por la concurrencia tanto del *damnum emergens*, menoscabo sufrido en los bienes jurídicos existentes, como el *lucrum cessans*, ganancia no obtenida a causa del perjuicio ocasionado por el daño. (Cuando la restitución no puede hacerse de la misma cosa, se sustituye por dinero, convirtiéndose en indemnización por daños y perjuicios).”⁵³

Esta definición no podemos aplicarla en todo su contenido a la restitución de un menor, lo importante es que se regrese, el menor al lugar de su residencia habitual cuando ha sido retenido o trasladado ilícitamente, también es claro que en caso de no poderse efectuar la restitución no sería la finalidad una indemnización en dinero.

En el **Diccionario de Derecho Privado** se define de la siguiente manera: “ Del latín *restitutio*, *onis*.

⁵² DE PINA, Rafael, Diccionario de Derecho, México, 1978, Pág 277

⁵³ Gran Enciclopedia Larousse, Marcano-monoponico, España, Planeta, 1988, Pág 9373

Volver una cosa a quien la tenía antes, o restablecer o poner una cosa en el estado que antes tenía.”⁵⁴

Si aplicamos esta definición al tema que nos ocupa sería la devolución del menor a quien lo tenía antes, claro siempre y cuando esta persona reuniera ciertas características para tener bajo su custodia al menor.

Sucede con la definición de la restitución que los encargados de hacerla son muy repetitivos y no tiene caso que nosotros hagamos lo mismo por ello creemos que es suficiente con las anotaciones hechas. Tal es el caso de los Diccionarios de Derecho Romano, de diferentes editoriales y países pero que en sí están dando la misma definición; “Reposición de una cosa o de una situación jurídica en su primer estado”⁵⁵ y el otro “Reponer, restituir, acción de poner en su primer estado una cosa o situación jurídica”.⁵⁶

Dentro de la definición de restitución es necesario hablar de la restitución in integrum; la cual es una forma de restitución que se manejaba desde el derecho romano que es una “cancelación plena de los efectos o consecuencias de un hecho o negocio jurídico, restableciendo la cosa o situación a su estado anterior, como si el negocio o el hecho no se hubiera realizado.”⁵⁷

También existían otras clases de restitución como : la restitutio Dotis, restitutio te per omnia, restitutio in integrum in personam, restitutio in integrum in rem, restitutio in

⁵⁴ Diccionario de Derecho Privado, Tomo II, España, 1950, Pág 3448.

⁵⁵ Diccionario de Derecho Romano, Buenos aires, Sea Buenos Aires, 1962, Pág 510

⁵⁶ Diccionario de Derecho Romano, Madrid, REUS,S.A., España, 1982, Pág 604.

⁵⁷ Diccionario de Derecho Romano. Op. Cita Pág 510

integrum maiorum, restitutio in integrum ob aetatem que es “restitución por entero concedida por el magistrado en razón de la menor edad.”⁵⁸ Y restitutio in integrum minorum que es “restitución por entero concedida a los menores de veinticinco años contra sus propios actos, de sus tutores y curadores como protección de los posibles fraudes o lesiones que contra ellos pudieran cometerse y que no recaen bajo las prohibiciones de la ley Pletoria de ciscunscriptioe-adolescnetium.”⁵⁹

Es imposible aplicar estos conceptos a la restitución que estamos estudiando, aunque es importante proteger al menor contra sus propios actos así como de las personas que pueden establecer relaciones jurídicas por ellos; pero esto es en el aspecto civil, la protección que nosotros buscamos y que estamos estudiando es de otro tipo cuando se atenta contra la persona del menor y no contra sus bienes, sin embargo es importante tomarlos en cuenta.

También para poder completar el estudio de la restitución internacional es necesario mencionar la definición de lo que consideramos como internacional; ya que como se menciono antes no existe una definición que abarque estos dos conceptos. Y al final del presente capítulo nosotros intentaremos dar un concepto fusionando a la restitución con lo internacional.

En el **Diccionario Larousse Usual** se define a lo internacional como: “que se verifica entre varias naciones.”⁶⁰

⁵⁸ Diccionario de Derecho Romano, Op. Cita Pág 604

⁵⁹ Diccionario de Derecho Romano, Op. Cita Pág 604

⁶⁰ Diccionario Larousse Usual, Op Cita Pág 400.

En el **Diccionario ilustrado de la lengua española** se define de la siguiente manera: “ relativo a dos o más naciones”.⁶¹

En efecto se considera algo como internacional cuando los sujetos que intervienen en una relación jurídica son Estados o naciones, pero también pueden ser organizaciones internacionales.

B) Concepto doctrinal.

Algunos de los problemas que con mayor intensidad aquejan a nuestro país actualmente son los de la sustracción y la retención de menores.

Los encargados de estudiar el derecho en nuestro país se han preocupado por estos fenómenos que se han dado últimamente y que tienen como causales las desavenencias conyugales de los padres, en virtud de las cuales, los hijos menores de edad cuya patria potestad y derechos de custodia o de visita han sido concedidos por la autoridad judicial en favor de uno de los cónyuges, son sustraídos ilícitamente del domicilio familiar por el otro progenitor y trasladados a una residencia distinta a aquella que era la habitual.

Lo anterior conjugado con los adelantos que se han alcanzado en materia de comunicaciones y transportes, y que permiten que los individuos se desplacen fácilmente de un país a otro, y la consecuente problemática de la migración de connacionales especialmente a los Estados Unidos de América,

⁶¹ Diccionario ilustrado de la lengua española, Dictionarios ITER, México, 1990, Pág 341.

hacen que el problema lleve sus consecuencias al ámbito internacional.

Por ello se han dado a la tarea de estudiar esta importante solución o por lo menos alternativa que tiene el padre que ve afectado su derecho de custodia o de guarda por el otro cónyuge; principalmente los estudiosos del derecho internacional en cuyo ámbito entra la restitución internacional sin olvidar que se deben aplicar la leyes internas y que no deben entrar en contradicción.

En México, se han dado a la tarea de estudiar este importante tema el maestro Víctor Carlos García Moreno, José Luis Siqueiros, y Laura Trigueros G. estos grandes investigadores han realizado un estudio de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores, aunque no se enfocan en una definición de lo que es en sí la restitución internacional; consideramos que es muy importante su labor, quizá primero haya que entender la Convención y todos los problemas que ella trae y después proponer un concepto que nos ayude a identificarla con mayor claridad.

Por ello no podemos hablar de un concepto de restitución internacional; sin embargo el maestro **García Moreno** dice: "en cuanto al título de la convención; restitución internacional de menores, implica que se quiso eliminar toda connotación de carácter penal, tal como secuestro de menores u otros, por lo que únicamente se regulan cuestiones civiles, y lo que se pretende es que exista una eficaz cooperación judicial internacional a fin de obtener una rápida restitución de menores que hayan sido trasladados ilegalmente de un Estado a otro, se entiende que sean Estados parte de la Convención, o que

habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es decir se cubren dos hipótesis:

- a) El traslado ilegal de un país a otro, y
- b) La retención ilegal.”⁶²

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

La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 5 de octubre de 1980, de la que México es parte, por adhesión, desde 1991, y

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.”⁶³

Del análisis anterior se desprende que en la doctrina mexicana todavía no hay un concepto de lo que es la restitución internacional, sólo un estudio de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, un análisis que nos ayuda a comprender la manera en como debe ser aplicada, de esto hablaremos en otro apartado del presente trabajo, por el momento nos interesa descubrir una posible definición.

⁶² Instituto de Investigaciones Jurídicas, Derecho de la Niñez, México, 1990, Pág 258

⁶³ Alegatos, 25/26, 1993-1994, UAM

En Uruguay existen grandes tratadistas que se enfocan en el estudio de esta Convención, tales como: Angel Landoni Sosa, Eduardo Tellechea Bergman, Carlos Alvarez Cozzi, como veremos más adelante Uruguay es un país que se interesa por la protección de sus menores y tiene varios tratados bilaterales con diferentes países.

Tellechea dice: "las causas que originan el traslado o retención de un menor fuera del país de su centro de vida practicadas por familiares y tráfico internacional de menores, son configuraciones no obstante su notoria diferente gravedad, de un desarraigo del menor respecto al Estado de su residencia habitual. Situación capaz de generarle profundos perjuicios espirituales, intelectuales y aún físicos, de no asegurarse su pronta restitución internacional a la sociedad de donde fuera irregularmente apartado.

La necesidad de atender esta cuestión capital, la restitución, dotando a su tratamiento de la certeza que en el ámbito de las relaciones internacionales sólo proporcionan los tratados y posibilitar la ágil devolución del menor a su centro de vida, han determinado en la presente década diversas Decisiones y Regulaciones sobre un tema de planteo cada vez más reiterado"⁶⁴

Coincidimos con el maestro en que el menor al ser trasladado a otro lugar o retenido contra su voluntad sufre un perjuicio que más adelante le va traer problemas, y que por

⁶⁴ TELLECHEA, Bergman, Eduardo, Derecho Internacional Privado de Familia y minoridad, Uruguay, Fundación de cultura universitaria, 1988, Pág 69-70

ello es importante este medio de protección que ha surgido y que es la restitución internacional.

El maestro Tellechea nos habla de lo que se puede acercar a una definición aunque no directamente, pero que sí involucra a la restitución internacional; "la Convención Internacional de Menores, constituye una moderna y ágil regulación de la cada vez más frecuente cuestión de la devolución de incapaces ilegalmente trasladados o retenidos fuera del Estado de su residencia habitual.

El Tratado organiza un procedimiento sumario que no prejuzga sobre la cuestión de fondo de la guarda y que dados ciertos requisitos básicos, establecidos en el propio interés de los menores, verdadera ratio de la convención, asegura su reintegro al medio en el cual están desarrollando su formación espiritual, intelectual y física, sin demoras lesivas de ésta."⁶⁵

Nos da una visión más cercana de lo que es la restitución, sin definirla claramente, y señala algo muy importante, que no resuelve sobre el fondo del asunto; es decir quien tiene o no la guarda o custodia esa será competencia de los Tribunales de residencia habitual del menor, la restitución solo lo devuelve al lugar donde vive y se desarrolla diariamente.

⁶⁵ Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, No. 1-2, enero - junio, 1990, Uruguay, Pág 112.

Puntualizando con lo que nos dice el maestro García Moreno respecto del título de la Convención Landoni Sosa señala: " Diversas delegaciones plantearon el problema de como debía denominarse a la Convención y fundamentalmente se delinearon dos posiciones: una, que consideraba adecuado el nombre propuesto por la Reunión de Expertos realizada en San José de Costa Rica del 22 al 26 de mayo de 1989 que habla de restitución internacional de menores y otra, que mencionaba en el sentido de que fuese Aspectos civiles del secuestro internacional de menores.

En definitiva, se optó por la primera denominación, señalándose expresamente en las deliberaciones que esta Convención es totalmente ajena a los aspectos penales que pueden estar involucrados en el tema."⁶⁶ Es aquí donde remitimos a lo que ya señaló el maestro García Moreno.

En Colombia Marco Gerardo Monroy Cabra hace referencia algo muy importante respecto de la restitución internacional: "el objeto de la convención es resolver el problema consistente en que la custodia o tenencia o la guarda de un menor se ha visto interrumpida por haber sido retenido ilegalmente y trasladado al exterior, o porque habiendo viajado de acuerdo con la ley, dicho menor ha sido retenido ilegalmente en otro Estado diferente al de su residencia.

Regula los aspectos civiles de la retención ilegal de menores para resolver un problema que se presenta con frecuencia en muchos Estados. No se refiere al secuestro, ya que algunas legislaciones no tipifican como delito en el Código

⁶⁶ LANDONI, Sosa, Angel, Las Convenciones interamericanas sobre obligaciones alimentarias y restitución internacional, Revista Uruguaya de derecho Procesal, No. 2, 1989, Pág 149.

Penal la retención de un menor sobre el cual se ejerza la patria potestad.”⁶⁷

Todos los comentarios de estos expertos en la restitución nos sirven mucho, indirectamente nos dicen que es la restitución y posteriormente nosotros daremos un concepto, en otro apartado profundizaremos más sobre la restitución en la doctrina por lo pronto consideramos que es suficiente con los señalamientos hechos.

Desde un punto de vista muy personal consideramos importante que más investigadores profundicen acerca de este tema, en México se encuentran muchos obstáculos para aplicar la Convención y además nuestras autoridades no están preparadas para actuar rápidamente.

C) Concepto Legislativo.

Las intenciones de las autoridades mexicanas son de lo más noble, pues buscan la restitución internacional de menores trasladados o retenidos ilícitamente en el territorio nacional, en cumplimiento por lo dispuesto para tal efecto por la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores.

Nuestras leyes no definen lo que es la restitución, pero tampoco establecen un mecanismo a seguir cuando hay un caso de estos, sin embargo la Consultaría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores que es la autoridad

⁶⁷ MONROY, Cabra, Marco Gerardo, Derecho de Familia y menores, Colombia, Wilches, 1991, Pág 524-525.

central designada por México, es la encargada de manejar los casos que le son denunciados de restitución de menores.

Es claro que no encontraremos una definición de lo que es la restitución; pero es importante hablar de como las autoridades mexicanas enfrentan este problema y cuales normas de nuestro derecho son aplicables para ayudar a la restitución de un menor.

El procedimiento es seguido a través de la autoridad central; la Consultoría jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores, cuando existe una solicitud de restitución deben llenarse todos los requisitos que marca la convención en su artículo 9 (la fundamentación del derecho que tiene el solicitante respecto del menor, datos de la persona que lo sustrajo de su domicilio y todos aquellos que permitan la localización y recuperación del menor, la prueba de que la edad del menor es inferior a los dieciséis años) que más adelante en otro capítulo estudiaremos a fondo, una vez que se ha recibido esta solicitud de la autoridad extranjera, en el mayor número de los casos la autoridad central mexicana se ha dirigido al tribunal competente del estado en donde se presume que el menor se encuentra, de acuerdo con los datos proporcionados por la autoridad central extranjera.

Se presenta ante el Tribunal la solicitud de restitución del menor enviada por la autoridad central extranjera y, con fundamento en la aplicación de la convención, le pide se sirva dictar las medidas necesarias para su localización y, en su caso, resuelva sobre la restitución; para este efecto se dirige un oficio al Presidente del tribunal explicándole que ha llegado una solicitud de restitución de un menor con fundamento en la

convención pidiendo girar instrucciones para que el Juez competente proceda, en caso de encontrarlo ajustado a derecho, a decretar mediante resolución judicial, la restitución del menor de que se trata como acto prejudicial.

También hacen referencia que se trata de un asunto de orden público y de interés social y constituye un compromiso internacional adquirido por México de conformidad con lo dispuesto en los artículos 89 fracción X, 76 fracción I y 133 de la Constitución. Se pide la apertura y substanciación del procedimiento judicial con fundamento en lo dispuesto por los artículos 543, 546, 549 y 552 del Código Federal de Procedimientos Civiles, en el sentido de que la cooperación judicial internacional se regirá por las disposiciones de dicho ordenamiento y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México se parte.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia en un caso particular que se esta llevando en el Juzgado 17 de lo Familiar en el Tribunal Superior del Distrito Federal mandó un exhorto al Juez enviando la carta rogatoria que envió la autoridad central de Estados Unidos, y con fundamento en los artículos 36 fracción VI y 52 fracción VI de la Ley Orgánica del Tribunal superior de Justicia ordena diligenciarla en caso de encontrarla ajustada a derecho.

Solicitan que el Juez que conozca del asunto fije fecha , hora y lugar en que tendrá verificativo la audiencia de ley a que se refieren los artículos 14 y 16 constitucionales, se ordene girar oficio a la Policía Judicial del Estado a efecto de ser asistido en la diligencia de que se trata, recurriendo a

todas las medidas de apremio con que la ley garantiza el cumplimiento de las resoluciones judiciales.

Una vez localizado el menor, el juez ordena se notifique con fundamento en lo dispuesto por el artículo 8 de la Constitución a la persona que lo tiene bajo su custodia de hecho, para que manifieste lo que a su derecho convenga, lo anterior con fundamento en lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución y 108 del Código de Procedimientos Civiles, lo anterior se hace para que tenga conocimiento de la existencia de la solicitud de restitución y se le previene para que entregue al niño en un plazo determinado. As mismo, le informa que puede negarse a cumplir con lo ordenado en la prevención siempre que manifieste las causas o impedimentos legales que se lo impiden.⁶⁸

Es importante insistir que, la autoridad que en México conozca del caso estará a lo previsto por las disposiciones de la legislación local que le sean aplicables, la procedencia de una solicitud de restitución y el desahogo del procedimiento respectivo estará siempre determinada por la propia Convención. Lo anterior, toda vez que de conformidad con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión, por lo que los jueces de cada Estado deberán aplicarlos a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes locales. De acuerdo con dicha disposición no fue necesario crear una legislación especial

⁶⁸ MUNGUIA Pamela Janea vs. Juan J. Munguia, controversia del Orden Familiar Juzgado 17 familiar, secretaria A, Número de expediente 543/97

para aplicar la Convención en México, ya que los jueces de lo Familiar tienen la obligación de aplicarla en conjunción con lo que disponen sus Códigos Civiles, Familiares y de Procedimientos Civiles. Existe una discrepancia en este sentido, el artículo 133 de la Constitución no hace mención de las convenciones sólo se refiere a los tratados, sin embargo es otro tema, por ser importante la aplicación de la convención tomaremos dicho artículo como referencia para su aplicación.

No pudimos encontrar en nuestra legislación una definición de lo que es la restitución, pero consideramos que es acertada la aplicación de leyes mexicanas en favor de los menores que son sustraídos o retenidos ilegalmente en nuestro país, siendo su residencia habitual otro.

D) Concepto normativo jurídico internacional.

En el plano internacional tampoco existe un concepto de lo que es la restitución internacional, por lo que sólo mencionaremos los ordenamientos internacionales que hacen referencia también a este tema y que sirvieron como antecedentes para la Convención Interamericana sobre Restitución de menores.

Si tomamos como referencia lo que dice Monroy Cabra tenemos que: "En el ámbito interamericano, el Código de Bustamante y los tratados de Montevideo de 1889 y 1940 no contienen normas expresas sobre restitución de menores, pero la protección internacional de los incapaces se sujeta al régimen jurídico de fondo de ésta. Igualmente se deben citar los tratados celebrados por Uruguay con tres Estados, a saber: 1 Con Argentina 2 Con Chile 3 Con el Perú.

A escala mundial, se deben citar los siguientes convenios: 1) Convención Europea sobre reconocimiento y ejecución de decisiones relativas a la guarda de menores y al restablecimiento de la guarda de éstos, adoptada por el Consejo de Europa el 20 de marzo de 1980; 2) Convención entre Francia y la República Alemana sobre protección de menores, del 31 de agosto de 1979; 3) Convenio entre Francia y Brasil, del 30 de enero de 1981; 4) Convención entre Francia y Hungría, relativa a la cooperación judicial en materia civil y familiar, de 31 de julio de 1980; 5) Acuerdos de reciprocidad entre Francia y Canadá, del 9 de septiembre de 1977, y entre Francia y Estados Unidos, mediante canje de notas del 20 de agosto de 1980; 6) Convenios celebrados por Francia con Portugal de 20 de julio de 1983; con Egipto 15 de marzo de 1982; con Marruecos 10 de agosto de 1981 y con Túnez 18 de marzo de 1982; 7) Convención sobre los aspectos civiles de secuestro internacional de menores, de La Haya, 1980, y 8) Sobre el tema de la restitución internacional de menores existe a nivel europeo la Convención de 1902 que fue sustituida por la Convención de la Haya concerniente a la competencia de autoridades y Ley Aplicable en materia de protección de menores, La Haya, 5/10/1961.⁶⁹

Todos estos antecedentes internacional aunque no se referían específicamente a la restitución salvo la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores que sí hace referencia a dicha figura; sirvieron como materiales de trabajo de la conferencia en Montevideo Uruguay, así como el proyecto preparado por el Comité Jurídico Interamericano y el proyecto preparado por la Reunión de Expertos de San José.

⁶⁹ MONROY, Cabra, Marco Gerardo, Derecho de Familia y menores, Bogotá, Wilches, 1991, Pág 525.

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores tampoco define lo que es la restitución.

E) Concepto que se propone.

Nos arriesgamos a proponer un concepto tomando en consideración que no lo encontramos, y con base a todo lo que hemos estudiado anteriormente.

La restitución internacional de menores es aquel procedimiento establecido en un instrumento internacional que tiende a proteger al menor y que pretende dar solución a un problema actual, evitando su retención o traslado ilícitos, asegurando su pronto regreso al país de residencia habitual, garantizando el goce de los derechos de guarda o custodia y de visita a sus titulares.

3. Naturaleza jurídica de la restitución internacional.

La protección de menores es actualmente una preocupación mundial. Existe el problema de los secuestros internacionales de menores cuando éstos son desplazados de un Estado a otro por uno de los padres o parientes como consecuencia de conflictos familiares ("aumento de matrimonios conflictivos y de divorcios, internacionalización de la vida familiar e internacionalización artificial de los problemas, como una forma de evasión legal".)⁷⁰ Los convenios internacionales

⁷⁰ ALVAREZ, Cozzi, Restitución Internacional de menores, Montevideo, Universidad Ltda, 1988, Pág 12.

procuran la restitución del menor al lugar donde vivía antes del secuestro.

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

Como dice Alvarez Cozzi: "Siguiendo así la moderna tendencia del Derecho Internacional Privado actual se busca regular el tema como una subcategoría específica con perfiles propios, distinta de las subcategorías que hacen a la protección de los incapaces como la patria potestad, la tutela y la curatela. Su propia especialidad requiere, pues, una regulación específica revirtiéndose así la situación existente en los Tratados de Montevideo que no la prevén como categoría individualizada, se hace necesaria una Convención sobre Restitución Internacional de menores."⁷¹

La IV Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en Montevideo Uruguay del 9 al 15 de julio de 1989; tuvo como tema: la Restitución Internacional de menores entre otros, y como resultado final se firmó la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores.

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores surgió como un acuerdo internacional que busca a través del establecimiento de reglas

⁷¹ ALVAREZ, Cozzi, Op Cita, Pág 12.

generales, dar solución a un problema concreto y actual que es la sustracción y la retención ilícita de menores.

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, es el resultado de una conferencia especializada donde participaron representantes de los distintos países que forman parte de la Organización de Estados Americanos, la aplicación de dicha convención va dirigida a las personas que habitan los países suscriptores y que recibirán la ayuda de las autoridades que señala la propia convención para lograr la pronta restitución del menor al país de su residencia habitual .

En el caso que nos ocupa crea conflictos entre los países cuando se da el caso que la custodia o tenencia o la guarda de un menor se ha visto interrumpida por haber sido retenido ilegalmente y trasladado al exterior, o porque al haber viajado de acuerdo con la ley, dicho menor ha sido retenido ilegalmente en otro Estado diferente al de su residencia, tratando de evitarlos se buscó la unificación del tema que es propio del derecho privado pero en un ámbito internacional, esta convención regula los aspectos civiles de la retención ilegal de menores para resolver un problema que se presenta con frecuencia en muchos Estados.

Las normas que contiene la convención son de carácter obligatorio pero dependen de la ratificación de la misma, pero una vez que lo han hecho es obligatorio su aplicación, hasta obtener la restitución del menor en cuestión.

Para Tellechea: "La razón de que los textos convencionales se concentren esencialmente en la hipótesis de sustracción y retención irregular de menores por sus padres u otros familiares, se debe tanto al número creciente de estas situaciones en nuestros días, cuanto a la necesidad de dotar a los tribunales de una regulación apta para atender este tipo de situaciones de difícil tipificación como delito, por su carencia de antijuricidad por no poner, en principio, en peligro al niño un traslado realizado por parientes y por falta de espíritu de lucro."⁷²

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores surge como una necesidad, como una solución a un problema cada vez más frecuente, y que por el constante crecimiento de las comunicaciones internacionales y en especial del transporte internacional, propician desplazamientos humanos en todo el mundo, que producen un cumulo de reclamaciones ante los tribunales de la región respecto de cuestiones como la restitución internacional de menores irregularmente trasladados o retenidos en país distinto al de su residencia habitual.

⁷² TELLECHEA, Bergman, Eduardo, Revista de la facultad de derecho y ciencias sociales, Montevideo, 1990, Pág 112.

CAPITULO III
LA RESTITUCION INTERNACIONAL DE
MENORES EN LA DOCTRINA.

1. Autores de Derecho Civil.

Como dijimos antes algunos de los problemas que con mayor intensidad aquejan a nuestro país actualmente son los de la sustracción y retención ilícita de menores.

Dichos fenómenos que se presenta fundamentalmente en el grupo familiar, tienen como causales las desavenencias conyugales de los padres, en virtud de las cuales, los hijos menores de edad cuya patria potestad y derechos de custodia o de visita han sido concedidos por la autoridad judicial en favor de uno de los cónyuges, son sustraídos ilícitamente del domicilio familiar por el otro progenitor y trasladados a una residencia distinta a aquélla que era la habitual, dando como resultado que los mismos sufran graves trastornos de carácter físico y mental al verse privados de la compañía de sus padres o de alguno de ellos.

Lo anterior, conjugado con los adelantos que se han alcanzado en materia de comunicaciones y transportes, y que permiten que los individuos se desplacen fácilmente de un país a otro, y la consecuente problemática de la migración de connacionales especialmente a los Estados Unidos de América, hacen que el problema lleve sus consecuencias al ámbito internacional, generándose con ello serias dificultades desde el punto de vista jurídico, relacionados con los conflictos de leyes

que surgen en virtud de que dichos menores se encuentran sujetos simultáneamente a la jurisdicción de los tribunales de su país de origen y a la de los tribunales del país de recepción. Además, la dificultad de ejecución de sentencias en materia de custodia y derechos de visita a nivel internacional, no ha logrado consolidarse adecuadamente y la falta de asistencia jurídica gratuita.

Por la importancia que tiene el tema es que los investigadores del Derecho Civil, deben dedicarle tiempo al estudio de todos los supuestos, consecuencias y posibilidades que tiene la restitución internacional, aunque de manera indirecta tiene una gran relación con el Derecho Civil, pues en él surgen los derechos que tienen los padres y que son protegidos por la restitución y violados por los traslados y retenciones ilícitas que hacen del menor.

Desgraciadamente hasta el momento por parte de los civilistas no existe un estudio de la restitución, sin embargo encontramos figuras que indirectamente hacen referencia a la restitución internacional de menores.

El civilista Eduardo Zannoni hace referencia a la relación existente entre los padres y los hijos, " la asistencia, protección y representación jurídica de los hijos menores por sus padres determinan la adscripción de aquéllos al núcleo familiar e implican reconocer relaciones jurídicas fundadas en la autoridad paterna y materna, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines a que obedece: primordialmente, la formación integral de los hijos.

El niño, desde que nace hasta que alcanza la plenitud de su capacidad jurídica como persona - la mayoría de edad -, queda adscripto a relaciones jurídicas de autoridad que, tradicionalmente, se contiene en la institución de la patria potestad⁷³

Este autor hace referencia a la obligación que tienen los padres de proteger al menor hasta que este alcance la mayoría de edad, y a la institución de derecho que les concede esa facultad.

Sí continuamos con el razonamiento de Zannoni; debemos hacer mención de las relaciones que determinan el ejercicio de la patria potestad, que son la guarda, asistencia y educación de los hijos no emancipados. “ La distinción precisa entre guarda, asistencia y educación, es un tanto didáctica y conceptual. Se ha dicho que *la guarda no es una potestad que se reconozca a los padres en forma autónoma, sino que se les otorga en función del cumplimiento del deber de educación que es el gran deber que preside las relaciones entre padres e hijos*. A su vez la asistencia, entendida en sentido amplio, no se reduce a proporcionar los medios económicos para la subsistencia física, sino sustraer a los hijos de todo peligro en su formación humana - física y espiritual -, y por ello mismo, la asistencia está contenida en la educación como formación integral del menor.”⁷⁴

⁷³ ZANNONI, Eduardo A., Derecho civil - Derecho familiar, Buenos Aires, Astrea, tomo 2, 1989, Pág 641-642.

⁷⁴ ZANNONI, Op Cita, Pág 711

La asistencia es la que nos interesa para nuestro tema, pues es la posibilidad que tienen los padres de proteger a sus hijos. Estas relaciones que hemos mencionado crean responsabilidades para los padres y derechos para hacerlas efectivas, y, correlativamente, o ligaciones o deberes para los hijos.

La asistencia a los padres para obtener el reintegro del hijo; es la figura jurídica que más se acerca a la restitución de un menor, sin embargo hay un limite en esta figura, pues regula la posibilidad de obtener el reintegro de un hijo a sus padres cuando lo tienen otras personas, pero no dice nada respecto al caso cuando uno de los padres sin tener el derecho es quien tiene en su poder a su hijo, además Zannoni se refiere a lo regulado en Argentina en el artículo 276 de su Código Civil, en México no hay un artículo similar en nuestro Código Civil. " La norma del artículo 276, esta concebida en términos generales, la jurisprudencia, en los casos que registran los repertorios, ha valorado la conveniencia o inconveniencia de ordenar el reintegro del hijo dadas las situaciones particulares resueltas, el artículo 276 no especifica cuál es la autoridad pública a la que pueden recurrir los padres para obtener el reintegro del hijo"⁷⁵

El autor no hace un estudio profundo de la figura sin embargo nos sirve de referencia para conocer que en otros países existen figuras internas que pueden ser comparadas con la restitución.

⁷⁵ ZANNONI, Op. Cita Pág 712

Otro aspecto que debemos considerar dentro del derecho civil, es el siguiente, Marcel Planiol en su Tratado elemental de derecho civil, dice " si alguna persona roba al hijo, o lo detiene contra la voluntad del padre, éste tiene derecho a reclamarlo judicialmente. En caso de necesidad, puede tramitarse el procedimiento de urgencia (sin embargo no ahonda y no conocemos hasta ahora tal procedimiento) Esta acción se parece a una reivindicación y puede ejercitarla contra cualquier persona en cuyo poder se encuentre el hijo"⁷⁶

Este autor concede a los padres la posibilidad de reclamar al hijo cuando lo tenga cualquier persona, pero no hace mención cuando uno de los padres es el que tiene al menor sin derecho.

También Planiol dice: "Además, la persona que haya sustraído al hijo podrá ser condenada a indemnizar a los padres los daños y perjuicios que les haya causado. Por otra parte, el rapto de un menor es un delito penal y existe también el delito particular de no presentación de hijo."⁷⁷

La referencia anterior nos hace pensar que con esto no se protegía al menor sino los intereses de los padres.

El derecho civil estudia la protección y representación de los incapaces dentro de los cuales se encuentran los menores de edad, la ley provee, a aquellas personas que lo necesitan de alguien que las guíe y proteja en su vida de relación.

⁷⁶ PLANIOL, Marcel, Tratado elemental de derecho civil, tomo II, México - Puebla , Cajica, 1984, Pág 243

⁷⁷ PLANIOL, Op Cita Pág 244.

La mayoría de los especialistas en esta materia han estudiado al menor desde ese aspecto como un incapaz, analizando las situaciones en las cuales puede actuar, quien puede hacerlo en su nombre, las consecuencias de sus actos jurídicos etc., pero no se han ocupado de estudiar la relación que este pueda guardar con sus padres y como estos pueden cometer abusos o violar el derecho del otro padre sólo por molestarlo y sin pensar en el menor, y tampoco del posible medio de solución que es la restitución cuando esto ha pasado. Esperamos que al estudiar otras ramas del derecho encontremos quienes si se dediquen a estudiar esta figura de suma importancia para dar solución a problemas que nos aquejan actualmente y que ocasionan daños irreparables a los menores.

Fuera de las figuras jurídica mencionadas en el presente apartado no se encontró otra que se dedique a devolver al menor a los padres, y menos que se parezcan a la restitución.

2.- Autores de Derecho Penal.

Nadie desconoce que la necesidad de que el derecho acentúe la protección a los menores de edad, se traduce actualmente en un imperativo categórico. México, de acuerdo con la pirámide de edades, es un país joven y, por lo tanto, los menores de edad y los jóvenes mayores de edad, constituyen la mayor parte del volumen del elemento humano del Estado.

Ahora corresponde estudiar al derecho penal, el encargado de proteger los valores más preciados del ser humano, entre ellos la libertad, consideramos que al ser retenido o trasladado ilícitamente un menor del lugar de su residencia

habitual a otra se esta violando tanto el derecho del otro padre a ejercer una guarda o custodia sobre dicho menor, como el derecho de libertad del propio menor.

En nuestro país no se había tipificado el traslado o retención ilícita de un menor por alguno de sus padres; los artículos 366 y 366 bis señalan ciertos secuestros donde están incluidos los que se refieren a menores, así la fracción VI del artículo 366 dice como señala González de la Vega " Si el robo de infante se comete en menor de doce años, por quien sea extraño a su familia y no ejerza la tutela sobre el menor"⁷⁸ esta fracción esta limitando el robo de infante a los doce años y no dice nada, cuando el menor tiene entre doce y dieciocho años, también dice que no sea familiar ni ejerza la tutela; en su segunda parte de esta fracción dice: cuando el delito lo comete un familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, habría que analizar si dentro de este supuesto entran los de la restitución que son la retención o traslado ilícito de un menor; pues el padre que retiene o traslada al menor ilícitamente no tiene la patria potestad ni la tutela, sin embargo habría que ver la situación de los menores entre doce y dieciocho años, pero este tema no entra en nuestro presente trabajo, pero sería bueno analizarlo.

El artículo 366 bis nos habla del mismo supuesto pero con un beneficio económico y que además exista el consentimiento del ascendiente que ejerza la patria potestad o sin existir dicho beneficio. No es tema del presente trabajo ahondar en la sustracción de menores sin embargo consideramos

⁷⁸ GONZALEZ, DE LA VEGA, Francisco, Código Penal Comentado, México, Porrúa, 1992, Pág 466.

importante mencionar ciertos aspectos que nos interesan para nuestra tarea.

Existen las sustracciones de niños llevadas a cabo por uno de los padres mientras se encuentra bajo la potestad única del otro, la doctrina más común es la de incluir estas pseudosustracciones en la tipicidad del delito, sin embargo también es común que se pida una atenuación.

“Expresa Quintano Ripolles; es casi constante contradicción con la doctrina extranjera, pero con un altísimo sentido jurídico y humano, la jurisprudencia española ha denegado el carácter de sustracción a la del niño efectuada por su propio padre, contra la voluntad de la madre que lo tenía bajo su potestad, calificando correctamente el delito de coacción”⁷⁹

Como se puede observar también en otros países no se considera como delito la sustracción ilícita que hace uno de los padres del menor cuando el otro lo tiene bajo su potestad, aunque lo tipifican como otro delito para los supuestos de nuestro tema no nos sirve.

Otro país que no considera como delito la sustracción de un menor por sus padres es Argentina, como dice Zannoni: “la jurisprudencia ha considerado que los padres no pueden ser sujetos activos del delito tipificado por el artículo 146 del Código Penal, sin embargo cabe hacer una aclaración este supuesto se refiere a que el padre no ha sido privado de su patria potestad aunque se encuentren separados los cónyuges,

⁷⁹QUINTANO, Ripolles, A. Comentarios al Código Penal. Madrid, Revista de derecho, 1966, Pág 881

este razonamiento se funda en que ambos padres son cotitulares de la patria potestad y responsables de la guarda”.⁸⁰

Este supuesto es diferente al de que un padre ya está privado de la patria potestad sobre el menor, insistimos, que pasa cuando ya se le privo de ese derecho.

Uno de los casos más frecuentes de sustracción de menores es, precisamente, el realizado por el padre cuando el hijo se ha puesto bajo la guarda de otro persona por motivos de separación conyugal. Pero este supuesto no lo tipifican las legislaciones de distintos países pues no consideran que se cometa el delito de sustracción de menores, por no poner en riesgo la seguridad del menor, la gran mayoría de las legislaciones consideran este delito dentro de los delitos contra la familia, consideramos que es acertada dicha clasificación, aunque es la familia una institución de orden público que se ve lesionada con dicho delito, también es cierto que la persona del menor es muy importante y que debe tomarse en cuenta las lesiones psicológicas que esto le puede ocasionar, claro hablamos del caso que sea sustraído por uno de sus padres en perjuicio del otro. En el derecho positivo español no existe una tipicidad específica de la sustracción realizada por los padres. En tanto que en Italia y Alemania la doctrina dominante considera que nada impide que se pueda considerar sujeto activo tanto a un extraño como a los propios padres del menor, en el supuesto de que lo sustraiga del poder del otro padre, al que legal o judicialmente se le ha encomendado la guarda.

“Rodríguez Muñoz considera que pueden cometer el delito de sustracción de un menor los padres del

⁸⁰ ZANNONI, Op Cita, Pág 712

menor, no solo cuando exista separación legal, interdicción civil u otra causa similar, sino aun sin ellas. Cuello Calón considera que sujetos activos de este delito pueden serlo los padres, si los sustrajeren a la persona que legalmente tuviese la potestad del menor, o estuviese encargada de su guarda y educación.”⁸¹

Estamos de acuerdo con lo señalado por el primer autor, toda vez que es cierto, que se da el supuesto que un padre sustrae al menor del cuidado del otro; con el segundo no del todo pues al considerar dicho delito como entre los que se comenten contra la familia la sustracción que se hiciera a una persona distinta de los padres por ellos no perjudica a la familia, pues esta persona es ajena a ella, tomando en cuenta que la mayoría de los autores coinciden en que los padres no buscarían el mal a su hijo. Además si tomamos en cuenta la doctrina que considera que con dicho delito se afectan los derechos de patria potestad o tutela tampoco se podría afectar a la familia, a menos que a esa persona se le hubiera concedido la patria potestad del menor.

“Según Cobo, es necesario referirse al problema suscitado por la doctrina de que la conducta sea ejecutada por el padre o la madre privados de la patria potestad; y fundamentalmente cuando éste sustrae al menor de la esfera de protección del cónyuge divorciado o separado, tras la atribución de la misma a éste por el Tribunal. Sin duda y dada la naturaleza aquí conferida a estos delitos, debemos afirmar la consecuencia de los mismos; se da, pues, sustracción de menores en ese caso, en concurso ideal, por otra parte, con un delito de desobediencia. Por el contrario, en los casos de separación de hecho, al no haber decisión judicial alguna y estar la patria

⁸¹ DIEGO, Díaz, Op Cita. Pág 289.

potestad todavía compartida, no cabe sustracción de menores, aunque nada obste para que pueda darse un delito de coacciones o amenazas frente a uno de los cónyuges o frente al propio menor.⁸²

Hay diversidad de opiniones otros autores como Cobo no considera que los padres puedan ser sujetos activos en este delito, nosotros creemos que quedan excluidos de cometer este delito los padres o tutores que ostentan la patria potestad o tutela en el momento de ejecutar estas conductas propias de la sustracción de un menor, por ser titulares del derecho lesionado, pues existe una imposibilidad, sino material, sí jurídica dado que sustraerlos de su propio poder supone una conducta que no se conjuga bien con el tipo.

Nuestro país a tenido una acertada actuación al modificar nuestro Código Penal, al incluir el artículo 366 quáter que regula la retención o traslado ilícitos hecha por los parientes incluidos los padres de un menor, que permitirá tener un antecedente en que basar la retención o traslado ilícito del menor, pues la persona afectada con la retención o traslado ilícito de un menor podría acudir a levantar su denuncia y así agilizar los tramites para la restitución.

Pues el fin de la restitución de un menor, es devolverlo al lugar de su residencia habitual de donde fue sustraído ilícitamente, toda vez que el fondo del asunto, es decir a quien le corresponde la patria potestad o guarda del menor no es fin de la restitución, sino del tribunal de residencia habitual.

⁸² COBO, DEL ROSAL, Derecho Penal, Valencia, Tirant , 1990, Pág 750

Creemos que con las consideraciones anteriormente vertidas es más que suficiente para enriquecer el tema de la presente tesis, y porque además no es parte del estudio en cuestión, pues la única finalidad de incluir al derecho penal, es conocer que estudios se han hecho en relación con los menores y que se relacionen con la restitución de menores.

Existen en el Derecho español, otros tipos de delitos tales como la retención indebida hecha por otra persona en perjuicio de los padres, y sucede cuando la persona encargada de un menor, no lo presenta a su padre o guardadores y no da explicación satisfactoria acerca de su desaparición; sin embargo cabría hacer las mismas consideraciones que hicimos en lo relativo a la sustracción de un menor, que sucede cuando el que lo retiene es una de los padres que no tiene concedida en su favor la patria potestad o guarda del menor, porque este delito esta tipificado en perjuicio de los padres.

Y la sustracción por inducción; cuando alguien induce a un menor de edad, pero mayor de siete años a que abandone la casa de sus padres, tutores o guardadores o encargados de su persona. María del Rosario Diego Díaz señala que el sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, excepto el que ostenta la potestad legal del menor y por ello, si la ostenta la madre puede cometerlo el padre, ya que la patria potestad se ejerce por una sola persona.

Estas figuras solo nos sirven de referencia para el presente estudio, pues nos interesa estudiar lo relativo a la sustracción de menores y además es derecho de otro país.

3.- Autores de Derecho Familiar.

El gobierno de México ha mostrado un especial interés por modernizar su legislación familiar y encauzar la protección jurídica del menor en diversas materias relacionadas con el bienestar de la niñez. En tal virtud, y no siendo incompatible con los principios generales que sustenta nuestro Derecho de Familia, México se adhirió a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Las relaciones entre padres e hijos hemos de considerarlas dentro de las más importantes que integran la familia. Por ello es de suma importancia que los especialistas se encarguen de estudiar la restitución porque podríamos decir que se encuentra dentro de las relaciones de familia, pues con la retención o traslado ilícito que se hace de un menor se alteran dichas relaciones.

Lamentablemente los especialistas en esta materia no han hecho estudios a fondo sobre la restitución, encargándose solo del estudio de la patria potestad, de la tutela etc.

Zannoni, dice: "el niño, desde que nace hasta que alcanza la plenitud de su capacidad jurídica como persona queda adscripto a relaciones jurídicas de autoridad que, tradicionalmente, se contienen en la institución de la patria potestad."⁸³ Por ello a veces los padres consideran que pueden tomar decisiones que afectan la persona del menor.

⁸³ ZANNONI, Op Cita Pág 642

Los padres no piensan en los hijos cuando su único afán es vengarse de su ex-cónyuge del cual se han separado, y sustraen o retienen al menor en perjuicio del otro progenitor, o porque consideran que a su lado estará mejor sin importar lo que ha decidido la autoridad al respecto, y olvidan que pueden disfrutar de la compañía de su menor hijo sin dañarlo.

Una de las figuras jurídicas del derecho de familia que se estudia en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, es el derecho de visita; Zannoni nos dice al respecto “ el llamado derecho de visita, es la posibilidad del padre que no tiene la guarda, de tener consigo al niño en determinados días y horarios, conforme a los que judicialmente se establece o por convenio acuerdan los progenitores.”⁸⁴ Entonces porque violar lo establecido en un convenio y que le da la posibilidad de compartir tiempo con su menor hijo.

“Señala Belluscio que *solo por causas graves que hagan que el contacto con los menores pueda poner en peligro su seguridad o su salud física o moral pueden los padres ser privados de este derecho.*”⁸⁵

Si la causa para suspender tal derecho es el bienestar del menor, porque los padres toman atribuciones que no le corresponden y ponen en peligro al menor por considerar que solo a su lado estará bien. Es importante que los estudiosos en derecho familiar busquen soluciones al problema cuando el padre que esta ejerciendo este derecho resuelve no devolverlo al progenitor que ejerce la patria potestad concedida la ley.

⁸⁴ ZANNONI, Op Cita, Pág 672

⁸⁵ ZANNONI, Op Cita, Pág 673

También la convención citada se habla del derecho de guarda; que puede decirse que implica "la asistencia y educación de los hijos menores no emancipados".⁸⁶

"Para Zannoni la guarda presupone: el reconocimiento legal de la autoridad de los padres y el deber de los padres de convivir con los hijos y la correlativa obligación de estos de habitar con sus padres."⁸⁷ Las consideraciones anteriores no concuerdan con la definición señalada en la convención pero de esa definición hablaremos en otro apartado de la presente tesis.

Para Chavez Asencio "el derecho de guarda o custodia consiste en la facultad que los padres tienen de conservar el hijo junto a sí, de regular sus relaciones con los demás y, por extensión, de interceptar su correspondencia."⁸⁸

Chavez Asencio, expresa " el derecho de guarda se sanciona mediante la posibilidad de que el padre recurra a la fuerza pública para reintegrar al hijo a la casa paterna. Frente a los terceros que retengan al hijo, ostenta una especie de titularidad reivindicatoria, sin perjuicio de las posibles sanciones penales por sustracción de menores"⁸⁹ De igual manera opina Marcel Planiol.

Menciona Zannoni que. "Desde la perspectiva de los padres, el incumplimiento del deber de guarda implica una forma de abandono, a su vez, permite a los padres requerir legalmente el reintegro de los hijos, si éstos dejasen la cada sin

⁸⁶ ZANNONI, Op Cita, Pág 711

⁸⁷ ZANNONI, Op, Cita, Pág 711

⁸⁸ CHAVEZ, Asencio, Manuel F., La familia, México, Porrúa, 1992, Pág 481.

⁸⁹ CHAVEZ, Asencio, Manuel F., La familia, México, Porrúa, 1992, Pág 481

su autorización. A tal efecto, el artículo 276 del Código civil (argentino) dispone: *si los hijos menores dejasen el hogar, o aquel en que sus padres los hubiesen puesto, sea que ellos se hubiesen sustraído a su obediencia, o que otros los retuvieran, los padres podrán exigir que las autoridades publicas les presten toda la asistencia que sea necesaria para hacerlos entrar bajo su autoridad. También podrán acusar criminalmente a los seductores o corruptores sus hijos, y a las personas que los retuvieren.*"⁹⁰

El estudio de estas figuras nos brindan la posibilidad de reclamar al hijo cuando ha sido sustraído, pero no dice nada cuando el que lo ha hecho es una de los padres. Sin embargo es lo que más se acerca a la restitución de un menor.

Julian Guitrón Fuentevilla hace una reflexión acertada al decir que "cuando el legislador instituyó la pérdida de la patria potestad, no lo hizo pensando en el menor, sino en sancionar al padre o a la madre, según sea el caso, sin meditar en los daños irreparables que se pueden ocasionar a una criatura, al privarlo de sus padres."⁹¹

Consideramos que es acertada porque efectivamente no se piensa en el menor, ni los padres al cometer sus faltas ni el legislador al castigarlas, pues el único afectado es el hijo de la pareja, y una de los ex - cónyuges al verse afectado en los derechos que tiene en cuanto a su hijo.

Según Guitrón Fuentevilla: "Se puede afirmar siendo la patria potestad uno de los derechos más sagrados de

⁹⁰ ZANNONI, Op Cita Pág 712

⁹¹ GUITRON, Fuentevilla, Julian, Qué es el derecho familiar, México, PJC, 1987, Pág 216

los hijos y uno de los mas graves deberes de los padres, debe reformarse la legislación, porque como se ha señalado pierde más el hijo cuando no tiene padre que lo oriente y lo eduque, que cuando la ley sanciona a éste, obligándolo a no volver a ver a su hijo, sin pensar en las irreparables consecuencias de su decisión”⁹² Estamos de acuerdo solo en parte, es importante hacer una reforma a nuestra legislación pero por personas capacitadas en la materia expertas en temas de menores que busquen ayudarlos y no castigarlos como efectivamente dice el licenciado Guitrón, creemos que esta puede ser una posible solución al problema de la sustracción de menores que da origen a la restitución de los mismos, porque los padres al no sentirse vulnerados en sus derechos buscarían el bienestar total de sus hijos y no estarían pensando en perjudicar al otro cónyuge, sin embargo volvemos a repetir sería necesario la reforma por personas especialistas porque hay determinados casos en que el contacto con alguno de sus padres no beneficia al menor sino por el contrario la convivencia es una lamentablemente situación para el niño, y que estaría mejor con su otro progenitor o en una institución adecuada. Es necesario que nuestros legisladores se preocupen por temas importantes que atañen a la sociedad porque no olvidemos que la familia es la base de toda sociedad y si no esta bien estructurada tampoco la sociedad lo estará, es menester que vean que los avances tecnológicos y en vías de comunicaciones dan la pauta para que se cometan infinidad de delitos y conductas que lastiman a nuestros niños.

El Derecho de Familia regula la mas intima de las relaciones entre los esposos y los hijos. Cuando se disuelve un matrimonio, surgen graves conflictos por la custodia, la

⁹² GUITRON, Fuentevilla, Julian, Op Cita. Pág 218

guarda y el ejercicio de la patria potestad de los menores. Estos son solo algunos de los orígenes que tiene la sustracción de un menor, al darse este supuesto es cuando se presenta la posibilidad de restituirlo al lugar de su residencia habitual; cuando se da un divorcio y al cónyuge culpable se le condena a la pérdida de la patria potestad, sin embargo puede tener la posibilidad de convivir con sus hijos, pero que pasa cuando al llevarlos de paseo quiere sacarlos fuera del país, claro que no es posible que lo haga sin la autorización por escrito del padre o la madre quien tenga la patria potestad, sin embargo sabemos que al hombre nada le es imposible y con mañas saca del país al menor, es una de los supuestos que contempla la convención sobre restitución internacional de menores y por ello es importante que más y más países se suscriban a ella para que se pueda aplicar y se de solución a este grave problema que como ya dijimos afecta exclusivamente al menor.

El derecho familiar debe incluir en su estudio la restitución de menores porque es un tema nuevo y poco explotado, para evitar que uno de los padres sustraiga de la custodia del otro, al menor, previniendo la sustracción del menor de su residencia habitual y del titular de la patria potestad, evitando causarle más daños de los que ya tiene al ver separados a sus padres.

4. Autores de Derecho Internacional.

Los más indicados para estudiar el tema de la restitución internacional de menores son los autores de este derecho, sin embargo en nuestro país poco se ha hecho, los autores que han estudiado este tema lo han hecho analizando la

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, sin embargo consideramos que es una gran aportación, pues en realidad lo que hay que estudiar respecto a este tema son, los supuestos para la restitución, el procedimiento, quien es menor ect. Pasaremos a mencionar los autores que consideramos más importantes en la materia y en los cuales nos basamos para el presente trabajo.

En nuestro país los encargados de este tema son José Luis Siqueiros, Víctor Carlos García Moreno, Laura Trigueros G.

La maestra Trigueros hace un estudio profundo de la restitución internacional de menores, una introducción, la Convención sobre Restitución Internacional de Menores, aplicación de las convenciones por tribunales locales, análisis de las resoluciones emitidas y las conclusiones, no queremos ahondar demasiado porque también nos interesa dar nuestros puntos de vistas sobre al restitución y hacer nuestro propio estudio en un capítulo especial. Solo mencionaremos lo mas importante de su estudio.

Para Laura Trigueros: "La protección de menores es actualmente una preocupación mundial. La comunidad mundial se ha visto en la necesidad de propugnar por la celebración de convenciones y tratados internacionales con objeto de evitar estar irregularidades y de resolver los problemas que generan en perjuicio de los niños.

La Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de

Menores tienen como objetivo la protección del menor contra su desplazamiento o retención ilícitos, la protección de la guarda y custodia, y el aseguramiento del derecho de visita. Prevén un procedimiento para garantizar el retorno inmediato del menor al lugar de su residencia habitual.

La aplicación de la convención es a través de la autoridad central designada por el gobierno mexicano, la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores.”⁹³

El Licenciado Siqueiros en compañía del jurista García Moreno hacen un estudio de la Convención sobre Restitución de Menores incluyendo antecedente, situaciones que originan el desplazamiento de un menor fuera del territorio del Estado en donde tiene su residencia habitual, un estudio del instrumento inspirador de dicha convención que es la Convención de la Haya, del derecho convencional en Latinoamérica, la participación de México en la elaboración del proyecto de dicha convención.

En su análisis ambos juristas nos dicen: “El desplazamiento de un menor fuera del territorio del Estado en donde tiene su residencia habitual, o la retención del mismo fuera de ese territorio por un tiempo diferente al establecido para el ejercicio del derecho de visita por parte del otro progenitor, cuando tales desplazamientos o retenciones se producen en violación de los derechos de guarda o de visita vigentes, constituyen los que se ha dado en llamar *secuestro*”.⁹⁴

⁹³ TRIGUEROS, G, Laura, Restitución internacional de menores Aplicación interna de una convención, Alegatos, 25/26, 1993-1994, Pág 41-50.

⁹⁴ Memoria del XIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. UAM, 1992, Pág 89

Ambos consideran como causas y factores determinantes del secuestro: "1. el incremento de los matrimonios entre personas de nacionalidad mixta; 2 la doble nacionalidad de los hijos procreados en estas uniones; 3 las facilidades, cada vez mayores de obtener el divorcio vincular o la separación de cuerpos, propiciándose la desunión de las familias; 4 avances tecnológicos en los medios de transporte y de comunicación internacional, así como la reducción de trámites para el paso de fronteras."⁹⁵

Mencionan nuestros autores que: "La Secretaría de Relaciones Exteriores del Gobierno de México, bajo los auspicios de su Consultoría Jurídica, formó a principios de 1989 un grupo de trabajo integrado por especialistas de Derecho Internacional Privado, cuya principal tarea fue analizar los anteproyectos que se han formado en el seno del Comité Jurídico Interamericano y del Instituto Interamericano del Niño, con vista a la celebración de la CIDIP IV en Montevideo.

El grupo de trabajo encomendó al licenciado Siqueiros la preparación de una ponencia en relación a la restitución de menores, pidiéndole tomar en cuenta el texto de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, a efecto de establecer las analogías y discrepancias que pudieran existir entre el Proyecto del CJI y la referida Convención."⁹⁶

Como puede verse el interés por este tema de parte de nuestros grandes maestros va en aumento, hay muchas

⁹⁵ Memoria del XIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, Op Cita Pág 90

⁹⁶ Memoria del XIII, Pág 93

cosas que apuntar de estos grandes juristas sin embargo los dejamos para que en el capítulo dedicado a la restitución los retomemos.

En Colombia el maestro Marco Gerardo Moroy Cabra hace un estudio de la citada convención de restitución, y dice " existe el problema de los secuestros internacionales de menores cuando éstos son desplazados de un Estado a otro por uno de los padres o parientes, como consecuencia de conflictos familiares. Los convenios internacionales procuran la restitución del menor al lugar donde vivía antes del secuestro."⁹⁷

Su estudio abarca el objetivo de la convención que más adelante recalcaremos, definición de menor, definición del derecho de guarda y visita, lo que es el traslado o retención ilícitos, el procedimiento a seguir para la restitución, en fin un verdadero análisis de la convención.

Otro de los juristas en derecho internacional que han estudiado la restitución y más específicamente la convención es Eduardo Tellechea Bergman, el llega a la misma conclusión y señala cuales son las causas que originan el desplazamiento de menores fuera de su residencia habitual:

"Hay tres condiciones sociales de hecho, que han creado los presupuestos para hacer necesaria la consideración jurídica del problema de la restitución internacional de menores. En primer término, el aumento de matrimonios o familias en situación conflictiva como resultado del aumento del número de divorcios en la vida familiar contemporánea. Aun en países donde no existe el divorcio

⁹⁷ MONROY, Cabra, Marco Gerardo. Derecho de Familia y menores. Bogotá, Wilches, 1991, Pág 524

vincular, se ha encontrado formas y mecanismos que funcionan en la práctica como si hubiera divorcio absoluto.”⁹⁸

En efecto como señala el autor los conflictos que existen entre las parejas que finalizan en divorcios ocasiona lesiones graves en los menores que se ven divididos entre sus dos padres, y estos se ven forzados a sustraerlos de la custodia del otro para estar con el.

“El segundo factor que contribuye a la creación del problema bajo estudio es el de la internacionalización de la vida familiar, ya sea por el constante aumento de cónyuges de nacionalidad diferente, como por la mayor movilidad geográfica a través de corrientes de migración que trasladan familias de una misma nacionalidad a países distintos del de su origen.

Un tercer elemento lo constituye lo que podríamos denominar internacionalización artificial de los problemas como una forma de evasión legal. En la actualidad se ha acentuado y no es raro que cuando una de los progenitores se ve desfavorecido en un juicio de custodia de menores recurra a fugarse con el o los menores como forma de evadir las consecuencias legales.”⁹⁹

Estas condiciones producen situaciones indeseables para los menores y como consecuencia de todo esto un innecesario maltrato emocional de los menores.

⁹⁸ TELLECHEA, Bergman, Eduardo, Derecho Internacional Privado de Familia y minoridad, Montevideo, fundación de cultura universitaria, 1988, Pág 114

⁹⁹ TELLECHEA, Bergman, Op. Cita Pág 114

Al igual que los autores antes mencionados se ocupan del estudio de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores el Doctor Carlos Alvarez Cozzi y Landoni Sosa Angel.

5. Autores de Criminología.

Los criminólogos de la menor edad han examinado reiteradamente la fenomenología de los menores, la forma y características de las conductas antisociales de esto, analizando la tipología de la delincuencia juvenil, pero no hacen ningún estudio en relación a la conducta que realiza el padre cuando una sustrae a un menor de su residencia habitual, cuando estudian las conductas de los mayores de edad en ninguna clasificación la encontramos.

“Nos dice Orellana Wiarco, tomando en cuenta estudios realizados en adolescentes estos alcanzan una evolución intelectual y afectiva suficiente para considerar su responsabilidad en hechos delictuosos a la edad de 16 años. La familia grupo primario de la sociedad, es indiscutible valor en la formación del niño, del adolescente, y aún del adulto. De su cohesión y unidad, depende en gran medida la integración del menor a la sociedad como un elemento positivo”¹⁰⁰

¹⁰⁰ ORELLANA, Wiarco, Octavio, Manual de Criminología, Porrúa, México, 1988, Pág 304.

Es acertado el comentario que hace al respecto Orellana Wiarco, aunque se refiere en un principio a la delincuencia de los menores, cosa que para el presente trabajo no nos interesa, habla también de la importancia que tiene la familia como base para el buen desarrollo del menor de lo cual hemos hablado en otros apartados del presente trabajo, ahora porque no referirse a la importancia que tiene para el menor la buena relación de los padres y que no lo usen para hacerse daño entre sí, porque el padre que sustrae al menor pretende dañar los derechos del otro padre y causarle un daño sin comprender que el único afectado es el niño, y que le causa un problema irreversible al verse privado de su ambiente cotidiano.

“Nos dice Rico Pérez el primer ciclo de la vida tiene una trascendental importancia para la futura conducta del hombre. Es más entre los dos y los cinco años de pueden fijar comportamientos par siempre”¹⁰¹

Como puede notarse con la observación del autor, el niño puede ser afectado en su comportamiento futuro si durante su infancia los padres realizan hechos donde el es el protagonista y que le afecte su desenvolvimiento normal dentro de una familia o si es el caso de una desintegración, junto al padre donde el niño tiene su entorno y su vida hecha.

¹⁰¹ RICO, Pérez, op. Cita. Pág 21

“Según Cuello Calón uno de los más importantes factores personales de la criminalidad es la edad, que no es un factor simplemente fisiológico, sino un elemento fundamental de la personalidad. La tendencia a un comportamiento antisocial, crece a partir de los años escolares, culmina entre los 20 y 25 años, declina ligeramente hasta la edad de los 40 años y entonces desciende rápidamente para cesar en la vejez”¹⁰²

Los comentarios que hacen los criminólogos en relación con los menores en razón a las conductas delictivas que ellos realizan, para nuestro trabajo no nos son útiles por ello diremos que en criminología no se ha estudiado aún las conductas que realizan los padres cuando han perdido la patria potestad sobre sus hijos y aún así los sustraen o retienen ilícitamente fuera de su residencia habitual.

Sería de gran importancia que la criminología aportara a este campo de la restitución terapias que evitaran que los padres que sienten su derecho afectado en razón de una sentencia judicial, cometieran conductas que aunque no se encuentran tipificadas causan daños a los menores.

Habría que hacer una reflexión, al ocasionar trastornos en la vida de un menor estos pueden llevarlo a ser una persona no grata a la sociedad en lugar de ser útil, porque de acuerdo con estudios que se han realizado la delincuencia del adulto o la conducta desviada del menor es un síntoma de que el niño fue víctima de los errores de los adultos, y de un largo

¹⁰² CUELLO, Calón, Eugenio, Derecho Penal, tomo I, Bosch casa editorial, España, 1980, Pág. 31

proceso de abandono. En un estudio realizado por Sheldon y Glueck señalaron cuales eran las diferencias entre la familia del menor infractor y la del no infractor menor de edad y entre ellas encontramos las que se pueden ajustar a nuestro trabajo, "vivían sólo con su padre o con su madre, tenían padres separados o divorciados, las relaciones de sus padres eran pobres"¹⁰³ aunado a estas características la sustracción o retención que hace un padre de ellos también puede afectar su desenvolvimiento idóneo para el futuro. Por ello es importante que estemos bien informados sobre el tema de la restitución y que los encargados de brindarnos esos conocimientos lo estudien a fondo.

6. Autores de Derecho del menor.

"Martínez López nos dice: inicialmente el derecho del menor surgió de la necesidad de sustraer a los menores de edad del régimen penal ordinario aplicado al delincuente adulto. Su característica es el reconocimiento de los Derechos del menor y la instrumentación normativa para asegurar su efectividad. Se refiere a conductas juveniles irregulares o a estados carenciales, patria potestad, adopción, etc. Es esencialmente tutelar y se basa en el respeto de la personalidad de quien siempre necesita de otros para alcanzar la plena capacidad de realizarse como adulto. Define aquellas situaciones que merecen la actuación especializada de organismos del Estado. No es represivo. Procura dotar a los organismos respectivos de instrumentos ágiles para asegurar los derechos reconocidos al menor de edad. Reconoce la prevalencia

¹⁰³ SOLIS, Quiroga, Hector, Sociología Criminal, Porrúa, México, 1977, Pág 196.

del interés del menor.”¹⁰⁴ Estas son solo algunas de las características del derecho del menor pero consideramos que son las más importantes.

“Siguiendo con Martínez López el derecho del menor, tiene sus fuentes en las declaraciones universales sobre derechos del niño. Diferentes organismos nacionales o internacionales preocupados por los problemas de la niñez y de la familia, frecuentemente hacen declaraciones que después servirán de pauta u orientación a las legislaciones de los Estados.”¹⁰⁵

Tiene como objeto la protección integral del menor. Así la Enciclopedia Jurídica Omeba nos dice: “ La protección implica la formación, ya que el incapaz, sujeto de aquella, está normalmente destinado a convertirse en capaz y en tal condición a formar parte del núcleo social futuro, par actuar positivamente en él y sobre todo él.”¹⁰⁶

Para Martínez López “El derecho de menores no regula todas las situaciones relativas a la vida del menor en la familia y la comunidad. En algunos aspectos sus normas tienen el carácter de subsidiarias, es decir, dejando a voluntad de los interesados recurrir a organismos no tutelares en demanda de sus derechos.”¹⁰⁷

¹⁰⁴ MARTINEZ, López, Antonio José, El menor ante la norma penal y delitos contra la familia, librería del profesional, Colombia, 1986, Pág. 2-4

¹⁰⁵ MARTINEZ, López, op. Cita. Pág. 3

¹⁰⁶ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Op. Cita. Pág 573

¹⁰⁷ MARTINEZ, López, Op. Cita. Pág 7

Creemos que debería regular las situaciones que pongan en peligro grave al menor, pensamos que uno de esos casos puede ser la sustracción o retención ilícita que hace uno de los padres del menor, pues con ello causa daños físicos y psíquicos, por ello debería estar regulado en el derecho del menor la restitución internacional, por ser este derecho el tutelar de los derechos más importantes del menor como lo es el derecho a vivir tranquilo, rodeado de un espacio propicio para su desarrollo, convivir con personas cercanas a él.

Señala nuestro autor; “estudiosos del Derecho de menores señalan tres posiciones doctrinales en relación a su contenido objetivo. La primera lo limita al menor infractor. La segunda posición incluye todas las normas relativas al menor y la familia, en el orden jurídico, tutelar y educativo. Y una tercera posición es la que concibe el derecho del menores integrado por el conjunto de disposiciones encaminadas a proteger al menor que se encuentre en determinadas condiciones que le impiden su normal evolución. Conductas irregulares, estados de abandono y de peligro y otras situaciones carenciales serían su objeto principal.”¹⁰⁸

Nosotros estamos a favor de la tercera porque creemos que dentro de esta posición podemos adecuar a ala restitución de menores, porque es una situación de peligro, es una conducta irregular de uno de los progenitores del menor, y porque ayudaría a conseguir más fácilmente el retorno del menor a su residencia habitual, si estuviera regulada tal situación en normas internas de cada Estado miembro.

¹⁰⁸ MARTINEZ, López, Op. Cita. Pág 7

Si dentro del contenido del Derecho del menor entran la patria potestad y guarda, en algunas legislaciones nacionales y los delitos contra el menor y la familia, porque no incluir la regulación de la restitución internacional y de la sustracción de menores por alguno de los padres, considerándolas como problemas surgidos de las relaciones familiares y que deben recibir un tratamiento especial a cargo de organismos de protección de menor, aunque claro que la sustracción de un menor por uno de los padres no se considera delito en algunos países.

En América se crea el Instituto Interamericano del Niño, organismo especializado de la Organización de los Estados Americanos, encargado de promover el estudio de los problemas relativos a la maternidad, niñez, adolescencia, y familia en América y la adopción de medidas conducentes a u evolución. " La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos resolvió el 18 de septiembre de 1983: encomendar al Instituto Americano del Niño que, dentro de sus posibilidades presupuestarias, lleve a cabo trabajos y estudios relacionados con la restitución internacional de menores y convoque a una Reunión de Expertos para examinar esta problemática, pues la misma responde a una manifiesta necesidad de los Estados de la región."¹⁰⁹

¹⁰⁹ Memoria del XIII Seminario Nacional de derecho internacional privado. Op Cita Pág 92

Como se desprende de lo anterior la restitución es un tema actual y que necesita de un gran estudio y regulación, y a través del Instituto Americano del niño que es una de las fuentes del derecho de menores, es como debe intervenir el derecho del menor encargándose de regular y estudiar dicho tema.

Como señala Monroy Cabra; "El derecho del menor es hoy rama autónoma tanto del derecho de familia como del derecho penal. Regula la situación jurídica del menor en los aspectos civiles, penales, laborales, de protección y de los derechos de la niñez. En Latinoamérica, la expedición de códigos del menor, legislación sobre menores en situación irregular o en conflicto social y el aporte doctrinario y jurisprudencial, han creado un derecho de la minoridad que se ha separado del derecho de familia y del penal. A escala internacional, la declaración de Ginebra de 1924, la declaración de los derechos del niño de 1989, han erigido un conjunto de normas internacionales que tienden a la protección del menor y al respeto de sus derechos. En el ámbito interamericano deben destacarse las Convenciones sobre Adopción Internacional de Menores (1984), Restitución Internacional de Menores (1989) y Obligaciones Alimentarias (1989), que indudablemente han contribuido a la codificación del derecho de menores mediante la protección de normas uniformes y de conflicto que van a reforzar su protección."¹¹⁰

¹¹⁰ MONROY, Cabra, Op. Cita, Pág 15

Para Martínez López: "Generalmente los organismos especializados para tratar diversos problemas de la niñez y juventud, no tienen jurisdicción para actuar penalmente contra adultos: Sin embargo, pocos países la conceden en ciertos delitos cuando éstos perjudican al menor, física o moralmente. Pero si existe esta limitación de orden penal o relacionada con la comisión de un delito, no sucede lo mismo con otras situaciones donde se autoriza al funcionario de menores para aplicar al padre o tutor de un menor procesado, sanciones que formen parte de los recursos judiciales tendientes a eliminar factores con causalidad en la conducta irregular. Sobre presentación judicial ante tribunales y juzgados de menores, también se debe distinguir si los padres o tutores de un menor pueden sufrir sanciones y cuál es la naturaleza de ellas. Se considera que si una persona, en alguna forma, va a ser afectada en sus derechos individuales con una decisión judicial, debe permitírsele ser oída en el respectivo proceso, con las garantías consagradas en el régimen normativo general de su país."¹¹¹

Estamos de acuerdo con lo que dice Martínez López Antonio, pues es importante contar con un castigo para aquellos adultos que cometen un delito en contra de un menor pero que son delitos poco comunes, como el caso de la sustracción o retención ilícita de un menor por uno de sus padres, pues al niño se le causa un daño a veces físico pero siempre psíquico o moral, pero que internacionalmente se carece de un castigo para estos padres, pues no hay un organismo facultado para ello, por eso debemos empezar modificando nuestras legislaciones internas, constituyendo de ello un delito, para que posteriormente haya una sanción para quienes lo cometen en perjuicio de un menor.

¹¹¹ MARTINEZ, López, Op Cita. Pág 16-17

Como apunta Monroy Cabra hay legislaciones internas que regulan los derechos de la niñez a través de un Código del menor; pero también Martínez López dice: "el código del menor, siguiendo algunos modelos latinoamericanos se ocupa de los siguientes asuntos: consagración de los derechos fundamentales del menor, definición de las situaciones irregulares en que se pueda encontrar un menor y la forma de solucionarlos, judicial o administrativamente. En general un Código del menor es la normatización de las actividades judiciales y administrativas tendientes a dar solución a las diferentes situaciones que impiden al menor de edad evolucionar de acuerdo a su respectivo medio social."¹¹²

Como conclusión podemos decir que el derecho del menor es el encargado de reunir en su contenido los derechos del menor, las medias tendientes a protegerlos y en un futuro las sanciones para los adultos que cometen delitos en perjuicio de un menor.

El derecho del menor debería encargarse de incluir entre sus normas las medidas necesarias para prevenir la sustracción de un menor por uno de sus padres, así como la regulación interna de la restitución para que sea rápida y eficaz.

¹¹² MARTINEZ, López, Op. Cita. Pág 87

CAPITULO IV
LA RESTITUCION INTERNACIONAL
DE MENORES EN EL DERECHO
INTERNO MEXICANO.

1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La población infantil de México, es preocupación constante de los círculos oficiales, privados, semiprivados y otros, frágil sombra de derechos protectores, que permite su explotación e impune agresión. Los menores en México empiezan a ser protegidos por la Constitución, así como por las leyes civiles, mercantiles, penales, laborales, agrarias, administrativas, sanitarias y de seguridad social. En el presente capítulo hablaremos de la regulación que en nuestras leyes hacen del menor relacionándolas desde luego con nuestro tema que es la restitución internacional de menores como es preciso empezaremos por la más importante y que es la carta magna de nuestra nación.

Nuestra Constitución alude en más de un artículo a la protección de los menores, y de una manera breve mencionamos aquellos artículos que se refieren a los menores, para posteriormente estudiar que relación tienen estos artículos con la restitución internacional.

El artículo primero, otorga el goce de las garantías en ella plasmadas a todos los individuos incluidos por supuesto los menores de edad.

El artículo tercero, el Estado - Federación, Estados y Municipios impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. Desde luego que el menor está incluido dentro de este derecho a la educación. Los padres deben concientizarse y enviar a sus hijos a la escuela porque en ellos está el futuro del país.

Artículo cuatro, 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. Cuando un menor es trasladado o retenido ilícitamente por uno de sus padres hemos dicho que se le causa un daño psicológico y a veces físico, este artículo constitucional podía ser violado en perjuicio del menor, toda vez que es deber de los padres proteger al menor y no lesionarlo.

Artículo treinta y uno, Son obligaciones de los mexicanos I.- Hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas la educación primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley. Como se puede notar el objetivo primordial de incluir en la Constitución garantías consagradas a los menores asegurarles una buena preparación para que puedan ser personas de provecho y garantizarles un buen desarrollo durante su niñez, debiendo ser sus padres los principales interesados en ellos.

Artículo treinta y cuatro, Les da el derecho a ser ciudadanos y les otorga la mayoría de edad.

Los artículos que tienen relación con la restitución de menores son: "El artículo 124 de la Constitución que dice: las facultades que no están expresamente reservadas a la Federación se entienden reservadas a los Estados. La competencia para legislar en materia de Derecho Civil, se entiende reservada a las Legislaturas de los Estados, por no hallarse expresamente concedida al Congreso de la Unión, en los términos del artículo 73 de la Constitución."¹¹³ Hablamos de este tema porque es necesario saber quien es el encargo de legislar sobre materia de menores y ya que dicho tema esta dentro del Derecho Civil, según nuestro autor son los Estados los competentes para hacerlo, pues bien, ellos deberían tomar en cuenta los avances tecnológicos y actualizarse en la protección a los menores, y su legislación civil instaurar un procedimiento que debieran seguir los familiares y más específicamente el padre a quien se le ha sustraído de su guarda y custodia un menor para agilizar la restitución. Ahora sabemos que los indicados para legislar sobre dicha materia son los Estados, ahora veamos quienes son los competentes de acuerdo con nuestra Constitución para tramitar la restitución de un menor que se encuentra retenido o sustraído ilícitamente en nuestro país.

La profesora Laura Trigueros en su análisis de la restitución hace referencia a la competencia de los tribunales para recibir una solicitud de restitución; para poder realizarse una solicitud de restitución es necesario llenar ciertos requisitos que más adelante examinaremos cuidadosamente y presentarla ante la autoridad central que en México es la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores, y

¹¹³ HERNANDEZ, Ordóñez, Filiberto, Revista de la Facultad de Jurisprudencia, número 3, tomo 1, México, 1973, Pág 55

posteriormente tramitarla ante el juez competente. "El primer problema a estudiar es el relativo a la competencia del tribunal ante quien se actúa. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 104, fracción I de la Constitución, la aplicación de los tratados y la resolución de las controversias que de esa aplicación se deriven, competen a los tribunales federales. Solamente en el caso de que los intereses en conflictos fuesen exclusivamente particulares, es posible acudir ante un juez del orden común y pedir su intervención, en uso de facultades coincidentes o de jurisdicción dual".¹¹⁴ Si la solicitud de la restitución de un menor se presenta ante un tribunal local con fundamento en la aplicación del tratado, pero haciendo uso de las facultades coincidentes otorgadas en el artículo 104-I, no existe motivo para dudar de la legitimidad de su competencia.

En lo que respecta al fondo del asunto, a la cuestión sustantiva sobre la que versa el procedimiento, el juez local puede sostener su competencia válidamente, ya que su actuación se da en relación con una materia que constitucionalmente le corresponde conocer, por ser los problemas relacionados con menores, de competencia local.

También puede conocer de la restitución de un menor los Juzgados de Distrito, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 104-I, pues los tribunales federales pueden conocer de controversias cuando se aplique un tratado internacional, pero al hacerlo se caería en una invasión de competencias, por lo que se refiere a la materia.

¹¹⁴ TRIGUEROS, G, Laura, Op. Cita. Pág 44

Como dice Laura Trigueros: “La Constitución no contiene disposición expresa que faculte en materia al Poder Judicial Federal para aplicar o resolver controversias en materia de convenciones; artículo 104-1 se refiere únicamente a los tratados. Por lo cual la única autoridad competente para aplicarlos es la autoridad local.”¹¹⁵ Y así sucede en la práctica.

2. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Este cuerpo normativo establece las facultades que en esta materia tienen algunas Secretarías de Estado. Después de realizar un análisis de esta Ley, se puede afirmar que las Secretarías que a continuación se mencionan son las únicas a las cuales se les concede atribuciones relacionadas con los tratados internacionales. La Secretaría de Relaciones Exteriores, la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos, la Secretaría de Comunicaciones, la Secretaría de Pesca. En este sentido, tienen especial importancia las atribuciones otorgadas a la Secretaría de Relaciones Exteriores.

El Artículo 28, fracción I establece que a la Secretaría de Relaciones Exteriores le corresponde: promover, propiciar y asegurar la coordinación de acciones en el exterior de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; y sin afectar el ejercicio de la atribuciones que a cada una de ellas corresponda, conducir la política exterior, para lo cual intervendrá en toda clase de tratados, acuerdos y convenciones en los que el país sea parte.

¹¹⁵ TRIGUEROS, G: Laura, Op. Cita. Pág 47

Es importante resaltar la necesidad de que siempre exista una coordinación entre las Secretaría de Relaciones Exteriores y las demás Secretarías de Estado, no sólo en lo relacionado con la celebración de tratados, sino en todo lo concerniente a las relaciones internacionales, para que de esta forma la actuación de México en el exterior sea congruente en todas las áreas, con objeto de que se puedan preservar los principales preceptos de la política exterior de México.

Para nuestro tema es importante el estudio de esta Ley pues como ya se dijo establece facultades a la Secretaría de Relaciones Exteriores para intervenir en lo relacionado con las convenciones, y además porque una de sus oficinas, la Consultoría Jurídica, funge como autoridad central en la Convención sobre Restitución Internacional de Menores.

En el artículo 9 del Reglamento interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores dispone las atribuciones de la Consultoría, que sintetizándolas son básicamente participar en la elaboración de proyectos de tratados de carácter gubernamental, opinar sobre la procedencia de suscribir los tratados, sobre la conveniencia de celebrar acuerdos interinstitucionales, llevar los registros de los tratados que se celebren, terminen o denuncien, y publicarlos, tramitar los requisitos para que entre en vigor, vigilar la ejecución de los convenios bilaterales, estas son las más importantes.

3. Ley de Entidades Paraestatales.

La Ley de Entidades Paraestatales tiene como objeto regular la organización, funcionamiento y control de las Entidades Paraestatales de la Administración Pública Federal.

Son Entidades Paraestatales las que determina la Ley Orgánica de la Administración Pública.

En el capítulo I de la misma ley, se refiere a los organismos descentralizados, de acuerdo a esta ley, podemos decir, que el DIF forma parte de estos organismos, porque tiene como objeto con fundamento en el artículo 14 fracción II, la prestación de un servicio público o social, como es orientar y auxiliar a las personas en diferentes campos, como el jurídico.

El Estatuto Orgánico del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia se compone de quince capítulos, haremos mención brevemente a este cuerpo normativo por ser el DIF uno de las instituciones encargadas de tramitar la restitución internacional de menores a través de la Procuraduría de la Defensa del Menor y de la Familia.

El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, es un Organismo Público Descentralizado con Personalidad Jurídica y Patrimonio Propios, que tienen como objetivo la promoción de la asistencia social, la prestación de servicios en ese campo, la promoción de la interrelación sistemática de acciones que en la materia lleven a cabo las instituciones, así como la realización de las demás acciones que establezcan las disposiciones legales aplicables.

El organismo para el logro de sus objetivos realizará las siguientes funciones: promover y prestar servicios de asistencia social, apoyar el desarrollo de la familia y de la comunidad, promover e impulsar el sano crecimiento físico, mental y social de los menores, operar establecimientos de asistencia social en beneficio de menores en estado de

abandono, prestar servicios de asistencia jurídica y orientación social a menores y en general a personas sin recursos, poner a la 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, y otras más pero estas son las más importantes.

Para el estudio, planeación y despacho de los asuntos que le compete, cuenta entre otros con la Dirección de Asistencia Jurídica, que es la encargada de tramitar la restitución de un menor. Mencionaremos sus atribuciones; establecer las políticas en materia de asistencia jurídica, proporcionar asesoría jurídica y patrocinar en los juicios en materia de derecho familiar, a los sujetos de asistencia social, proporcionar asesoría y orientación jurídica sobre derecho familiar y servicios que proporciona la dirección en beneficio de los sujetos de asistencia social, realizar acciones de prevención y protección a menores maltratados, en desamparo o con problemas sociales para incorporarlos al núcleo familiar, o albergarlos en instituciones adecuadas para su custodia, formación e instrucción, concertar acciones con los sistemas estatales y municipales para el desarrollo integral de la familia, en materia de asistencia jurídica.

El programa de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia consiste en la prestación organizada, permanente y gratuita de servicios de asistencia jurídica y de orientación social a menores, ancianos y minusválidos sin recursos, así como a la investigación del problemática jurídica que les aqueja, especialmente la de los menores, patrocinándolos o representándolos en juicios de alimentos, adopción, tutela, rectificación de actas del estado civil y en

general en todos aquellos problemas inherentes al derecho familiar.

Desahoga consultas jurídicas y en cada problema concreto, lo resuelve o canaliza a las autoridades correspondientes, representación judicial o administrativa cuando se afecten los intereses legales de los menores, la Procuraduría de la Defensa del Menor y de la Familia tiene muchas y variadas funciones presta un servicio muy completo a personas de bajos recursos y brinda ayuda a quien lo necesita, sería muy cansado mencionar todas y cada una de sus funciones las que acabamos de mencionar son las más importantes y las esenciales para el tema en cuestión.

Debe mencionarse que en cada Estado de la República mexicana existe una Procuraduría de la Defensa del Menor y de la Familia dependientes de los DIF estatales y en un número importante de municipios de los estados. La comunicación entre el DIF nacional y los DIF estatales se realiza a través de una Oficina de Enlace y Despacho Foráneo, que coordina la prestación de los servicios que al sistema competen en el área jurídica social y familiar. Es a través de esta oficina que se tramita la restitución internacional de menores que se encuentran fuera de nuestro territorio retenidos o sustraídos ilícitamente por alguno de sus padres, o cuando un se encuentra en nuestro país un menor retenido o sustraído ilícitamente de su país de residencia habitual, cuando una persona tiene conocimiento de la retención o sustracción de un menor acude a la procuraduría de la defensa del menor y la familia que le corresponde, narra los hechos y si llena los requisitos para tramitar la restitución y dependiendo en el Estado que cree que se encuentra el menor se tiene

comunicación con ese Estado y se le informa de lo sucedido y se inicia el procedimiento marcado por la convención para la restitución del menor, o cuando se tiene conocimiento que se encuentra en algún país suscriptor de la convención, se busca la comunicación con la autoridad central de ese país, y por medio de fax, uno de los avances más de la tecnología, se envían los documentos necesarios para llenar los requisitos que se necesitan para iniciar el procedimiento de restitución.

La Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia juega un papel importante junto con la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores pues a través de ellas se inicia el trámite de la restitución internacional de menores, tanto de los que son sustraído o retenidos fuera de nuestro territorio, así como de los que son sustraído o retenidos dentro del mismo y que tenían como lugar de residencia habitual otro país distinto al nuestro.

4. Código Civil.

Uno de los ordenamientos más importantes en nuestro país es el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, aunque en materia civil los facultados para legislar son los Estados, estudiaremos este ordenamiento porque para nuestro tema y como vivimos en el Distrito Federal es en el que nos basamos para buscar si hay alguna regularización en relación con nuestro tema, la restitución internacional de menores.

Si mencionáramos cada uno de los artículos que hablan sobre el menor, tardaríamos mucho y abarcaría un gran número de páginas y además nuestro tema principal es la

restitución de menores, los mencionaremos pero no enunciaremos su contenido, solo de los que consideremos importantes para nuestro tema.

Hablan del menor en relación con nuestro tema y de manera indirecta influyen en los supuestos que se dan para que haya una restitución de un menor los artículos 23, 31, 283, 323 bis, 323 ter, 352, 353, 411, 412, 413, 414, 416, 417, 421, 422, 423, 646. Claro que hay más artículos que regulan situación en torno al menor pero a nosotros nos interesan estos principalmente porque podemos relacionarnos con nuestro tema.

El artículo 23 dice: el menor a pesar de tener restricciones a su personalidad no tiene porque sufrir menoscabo en su dignidad como persona, tiene derecho a ser respetado, a que se le proporcione protección y cuidados y todo lo necesario para que tenga un buen desarrollo físico y psíquico, el padre al sustraerlo o retenerlo fuera de su entorno habitual y lejos de su otro progenitor con el que pasa mayor tiempo le está causando un daño, le está creando conflictos emocionales que afectan su desarrollo.

El artículo 31, nos da de manera indirecta lo que debemos entender como residencia habitual de un menor, concepto que se maneja en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores; y dice se reputa como domicilio legal: en su fracción primera: Del menor de edad no emancipado el de la persona a cuya patria potestad este sujeto, es claro que cuando hay una separación de una pareja uno de ellos se queda con la patria potestad de los hijos y que el otro tiene el derecho de convivir con ellos, como lo veremos más adelante, para nuestro código es claro que el menor tienen su

domicilio y por consiguiente su residencia habitual junto al padre que tiene sobre el la patria potestad, que sucede cuando el otro lo sustrae o retienen lejos de ella, se dan los supuestos necesario para poder pedir una restitución del menor conforme a la convención, la residencia habitual del menor es en el domicilio de la persona que ejerza sobre él la patria potestad.

El artículo 283 reformado el 30 de diciembre de 1997, nos habla de la situación de los hijos cuando hay un divorcio, el juez deberá resolver lo relativo a la patria potestad y en especial a la custodia y cuidado de los hijos. Se incluye una parte que creemos que es muy importante para los menores, y es que, de oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida. Se ha llegado a un gran avance en la protección de los menores es acertado que durante el procedimiento de divorcio, se de participación al menor, en la decisión de quien de los padres es el más apto para ejercer la patria potestad o con quien desean estar, así el juez valorando las aportaciones de las partes, con la finalidad de evitar conflicto tanto de violencia familiar, nosotros consideramos que aquí se pudiera también evitar las sustracciones o retenciones ilícitas por parte de uno de los progenitores.

En el artículo 323 bis, adicionado en la misma fecha que el anterior, nos dice que los integrantes de la familia tienen derecho a que los demás miembros les respeten su integridad física y psíquica, con objeto de contribuir a su sano desarrollo para su plena incorporación y participación en el

núcleo social. Este artículo contempla el derecho del que tanto hemos hablado en este trabajo, a un buen desarrollo, y que bueno que ahora se encuentra en un artículo de nuestro Código Civil y que no sólo obliga a los padres a cumplirlo sino a cualquier miembro de la familia, aunque debería obligar a toda la sociedad, aunque no formen parte de la familia del menor. Los padres estas obligados por naturaleza a cumplir tal derecho, aunque ellos no se encuentren juntos, deben velar porque su hijo tenga todo lo mejor para ser una persona de provecho, sana y con aspiraciones.

El artículo 323 ter, define que es la violencia familiar, y la considera como el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro, que atenté contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones; consideramos acertada la inclusión de esta definición porque incluyen no solo el maltrato físico sino el psicológico que avces resulta ser más dañino que el físico, pero en su parte final dice; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, consideramos esto como una limitante que no es acertada, porque las relaciones entre parientes también se dan, en el caso de padres divorciados que no viven en el mismo domicilio.

Los artículos 352 y 353 son esenciales pues en ellos nuestras autoridades centrales fundan la solicitud de restitución de un menor, el primero de ellos dice la posesión de un hijo nacido de matrimonio no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada, y el padre que solicita la restitución no cae en este supuesto, por ello es necesario llenar los requisitos

marcados por la convención; el segundo dice: si el que esta en posesión de los derechos de padre fuera despojado de ellos o perturbado en su ejercicio, sin que preceda sentencia por la cual debe perderlos, podrá usar de los acciones que establecen las leyes para que se le ampare o restituya en la posesión, es obvio que la sustracción o retención ilícita del menor da lugar a que el padre afectado inicie el trámite que corresponda para lograr la restitución del menor, es este caso la restitución internacional.

Los artículos 411,412,413,414,416,417, nos hablan de la patria potestad, que debe ejercerla los padres, en caso de separación uno de ellos de acuerdo al interés del menor, y que ambos deben contribuir al bienestar del menor, además que el padre que no tiene la patria potestad, tienen derecho a convivir. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia, tal vez esta sea una de las causas que tenga un padre para sustraer o retener al menor, lejos del padre que ejerce sobre el la patria potestad, lo que debe de hacer el juez es tratar de armonizar las relaciones entre los padres divorciados para que no exista esa clase de conflictos y que el menor no resulte perjudicado.

Los artículos 421,422,423, nos hablan de la responsabilidad que tienen aquellas personas que ejercen la patria potestad de un menor, hay una observación importante con las reformas del 30 de diciembre de 1997, quien tiene la obligación de corregirlo puede hacerlos sin infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica. Y por último el artículo 646 que otorga a un menor al cumplir lo dieciocho años, la mayoría de edad.

Como podemos ver el código no regula a la restitución pero creemos que incluye artículos importantes que pueden servir como referencia cuando se de uno de estos casos y proceda la restitución de un menor.

5. Código penal.

En nuestro país no se había tipificado como delito la sustracción o retención de un menor cuando esta conducta la realizaba uno de los padres. Consideramos que para los efectos de aplicación de la convención y sobre todo para la protección del menor y de los derechos que ejerce uno de los padres sobre el menor, debía considerarse como un delito.

Ha sido objeto de debate por parte de la doctrina sí, ciertamente, se puede considerar como sujeto activo del delito de sustracción de menores a los propios padres del menor, en nuestro derecho no existía tipicidad de la sustracción realizada por los padres, aunque consideramos que nada impedía que se pudiera considerar sujeto activo tanto a un extraño como los propios padres del menor, en el supuesto de que lo sustraiga del poder del otro padre, al que legal o judicialmente se le ha concedido la patria potestad. Pueden cometer este delito los padres del menor, no sólo cuando exista separación legal, u otra causa similar, sino, aun sin ellas, cuando la madre, por cualquier medio, suprime la situación de poder que corresponde al padre según las normas de la patria potestad. Quedaría excluidos de cometer este delito el padre o la madre que ostente la patria potestad en el momento de ejecutar la conducta propia de la sustracción de un menor, por ser titulares del derecho

lesionado, ya que existe una imposibilidad jurídica, pues ellos tienen la posibilidad de llevarlos con ellos a cualquier lugar.

En nuestro ordenamiento penal no se regulaba esta figura, en el artículo 364, se tipifica la privación de libertad que pueda sufrir un menor de dieciséis años, si esta es hasta por cinco días o más. En el artículo 366 aumenta la pena si el propósito es pedir rescate, detener en calidad de rehén, causar un daño y si además es un menor de dieciséis años. El artículo 366 ter, se refiere al robo de infante, refiriéndose al robo que hace otra persona ajena al menor pero con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad, pero a cambio de un beneficio económico.

Nuestra ley no consideraba que un padre pudiera sustraer a un menor cuando es su hijo, se consideraba que salvo prueba en contrario, no podía ser factible que en los propios padres exista un dolo de quebrantar o poner en peligro la seguridad del propio hijo, sin embargo la realidad social nos ha demostrado lo contrario, pues es común que los padres que no tienen la patria potestad sobre los hijos los sustraigan o retengan ilícitamente fuera de su residencia habitual, tal vez sin el fin de causarles algún perjuicio, pero es un hecho real.

Debería considerarse en nuestro derecho como un delito la sustracción que hace uno de los padres de su hijo, sustrayéndolo de la custodia de quien legal o judicialmente le corresponde y sobre todo porque afecta el desarrollo físico y mental de su hijo al ponerlo en una situación difícil entre sus padres.

Con las reformas publicadas el 30 de diciembre de 1997, se adiciono un artículo importante que estaban esperando los padres que se han visto afectados con la conducta de su ex - pareja, al sustraer o retener fuera de residencia habitual al menor, y violando su derecho concedido por la ley; el artículo 366 quáter que dice: "Cuando el ascendiente sin limitación de grado o pariente consanguíneo colateral o por afinidad hasta el cuarto grado de un menor, lo sustraiga o cambie de domicilio donde habitualmente reside, lo retenga o impida que regrese al mismo, sin la autorización de quienes ejercen la patria potestad o resolución de autoridad competente, no permitiendo a la madre o al padre convivir con el menor o visitarlo, se le aplicará una pena de uno a tres años de prisión y de treinta a trescientos días multa.

Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida".¹¹⁶

Este es un gran avance de nuestra legislación, en la protección del menor, porque permite a los padres que son afectados acudir a las leyes mexicanas a denunciar la sustracción o retención de un menor, cuando se este violando su derecho tanto la patria potestad como el derecho de visita, protegiendo a ambos padres y al menor. Pues se tipifica tanto la sustracción como la retención que hace uno de los padres del menor, claro que el tipo incluye a varios ascendientes del menor pero dentro de ellos esta el padre privado de la patria potestad.

Además permite la aplicación de la Convención sobre Restitución Internacional de Menores con mayor

¹¹⁶ DIARIO OFICIAL DE LA DEFERACION Tomo DXXXI, No 21, México, D.F., a 30 de diciembre 1997.

efectividad, y sin tener tantos problemas, porque no viola el derecho interno, porque no era un delito la sustracción de menores cometidas por sus padres. Sin embargo, la reforma es sólo para el Distrito Federal, toda vez que la materia civil incluida en ella la familiar, es competencia de los Estados legislar sobre ella, esperamos que esta reforma sirva como antecedente para los demás Estados y cambien sus Códigos para que exista una verdadera protección del menor y una verdadera aplicación de la Convención en favor de nuestros niños.

6. Código de Procedimientos Civiles.

En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal existe un capítulo especial para las controversias de orden familiar, que comprende los artículos 940 al 956, este capítulo pretende proteger la familia.

Nuestro ordenamiento dice que todo problema inherente a la familia es de orden público, porque constituye la base de la integración de la sociedad. Estamos de acuerdo con lo señalado en el ordenamiento, pues siempre se ha tomado como referencia la familia, para formar los cimientos de toda sociedad porque en ella el individuo recibe su formación como persona y dichos conocimientos los aporta al bienestar de la sociedad.

Antes de las reformas el Juez de lo familiar tenía amplias facultades para intervenir de oficio en problemas que afectaran a la familia, y aún más si se trataba de menores, con las reformas publicadas el pasado 30 de diciembre de 1997, se amplían aun más dichas facultades concediéndole la posibilidad de tomar medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger sus miembros.

Como habíamos visto en otro apartado, el que tiene competencia para conocer de una solicitud de restitución de un menor es el juez local, con las facultades que le otorga nuestro código adjetivo, el juez de lo familiar tiene además de la competencia la posibilidad de intervenir y proteger al menor retenido o sustraído ilícitamente, porque lo primordial es el bienestar del menor como miembro de la familia.

El Juez al conocer de una solicitud de restitución de un menor, interpuesta ante la autoridad central correspondiente y una vez llenados los requisitos que la propia convención señala, puede tomar las medidas necesarias para asegurar que el padre que lo tiene retenido o sustraído lo restituya o no se evada de la justicia, aplicando las medidas que la ley le otorga, como pueden ser el arraigo tanto del menor como del padre que lo tiene en su poder.

Y continuar el procedimiento marcado por la Convención teniendo como base el código de procedimientos civiles.

El juez de lo familiar no debe resolver sobre el fondo de la cuestión según la convención, y debe tomar las medidas necesarias para la localización del menor y la restitución del mismo a la persona que tenga la patria potestad del menor.

7. Código de Procedimientos Penales.

Las reformas hechas en materia penal, específicamente en nuestro Código Penal para el Distrito Federal, es un avance, que debe influir a que los demás Estados sigan el ejemplo y modifiquen sus leyes estatales para brindarle

mayor protección al menor y que se pueda coadyudar en la localización de un menor cuando es sustraído o retenido dentro de nuestro territorio por uno de los padres, y para que el menor no sufra daño en su persona tanto física como psicológica.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal también hubo una reforma pues se adiciono el artículo 115 que dice “ Para integrar los elementos del tipo de violencia familiar, deberán acreditarse las calidades específicas y circunstancias de los sujetos señalados en los artículos 343 bis y 343 ter del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para la República en materia de fuero federal, además de agregarse a la averiguación previa los dictámenes correspondientes de los peritos en el área de salud física y mental, según lo contemplan los artículos 95,96 y 121 del presente Código.

Los profesionales que presten sus servicios en las instituciones legalmente constituidas, especializadas en atención de problemas relacionados con la violencia familiar, podrán rendir los informes por escrito que les sean solicitados por las autoridades. Asimismo dichos profesionistas podrán colaborar en calidad de peritos, sujetándose a los dispuesto en este Código.”¹¹⁷

En la primera parte de este artículo la podemos aplicar al artículo 366 quáter pues para comprobar el tipo debemos acreditar las calidades tanto del sujeto activo, persona que retenga o sustraiga del domicilio donde habitualmente reside el menor, así como de la parte ofendida, en este caso la

¹¹⁷ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION Tomo XXXI No. 21 México, D.F., a 30 de diciembre de 1997.

persona que ostente la patria potestad sobre el menor, así como la edad del menor para ver si entra dentro del supuesto señalado por dicho artículo. Los artículos a los que hace referencia el artículo 155 del código adjetivo se refieren a la violencia o sea la fuerza física o moral que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia contra otro, la cometen el cónyuge, concubina o concubinario; pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que habite en la misma casa de la víctima.

Se equipara a la violencia familiar al que realice los mismos actos en contra de la persona con la que se encuentre unida fuera del matrimonio; de los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado de esa persona, o de cualquier persona que esté sujeta a la custodia, guarda, protección, educación, de dicha persona y que habiten en la misma casa.

En relación con el artículo 366 quáter, una vez que sea denunciado ante el Ministerio Público una sustracción o retención cometida por uno de los padres, deberá seguir el procedimiento normal para la integración del tipo penal y localizar al probable responsable y al menor y restituirlo a la persona que ostenta la patria potestad sobre él.

CAPITULO V
LA RESTITUCION DE MENORES
EN EL DERECHO CONVENCIONAL.

1. Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derecho del Niño fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989.

Esta fue la culminación de un proceso que habría comenzado con los preparativos para el año internacional del niño, de 1979. En ese año se iniciaron conversaciones sobre un proyecto de convención presentada por el gobierno de Polonia.

La cuestión de los niños ya había sido examinada anteriormente por la Comunidad Internacional, la Liga de la Naciones (en 1924) y las Naciones Unidas (en 1959) habían adoptado declaraciones sobre los derechos del niño. También en varios tratados sobre derechos humanitarios y derechos humanos se habían incorporado disposiciones específicas relativas a los niños. No obstante, algunos Estados sostuvieron que era necesario contar con una declaración amplia sobre los derechos del niño que fuera vinculante en virtud del derecho internacional.

La elaboración del proyecto de convención se realizó en el seno de un grupo de trabajo establecido por la comisión de Derecho Humanos de las Naciones Unidas. El

núcleo básico del grupo de redacción estuvo compuesto de delegados de gobiernos, pero también tomaron parte en las liberaciones representantes de órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas, incluidos la Oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR), la Organización Internacional del Trabajo (OTI), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), así como varias organizaciones no gubernamentales. El proyecto original presentado por el Gobierno Polaco fue objeto de muchas enmiendas y adiciones durante las prolongadas deliberaciones.

La aprobación por unanimidad de la Convención en la Asamblea General abrió el camino para la etapa siguiente: la ratificación por los Estados y el establecimiento de un Comité de vigilancia. En septiembre de 1990, a menos de un año de la aprobación, 20 Estados habían sancionado jurídicamente la convención, haciendo posible su entrada en vigor.

Durante el mismo mes se celebró en Nueva York por iniciativa del UNICEF y seis Estados (Canadá, Egipto, Malí, México, Pakistán y Suecia) la Cumbre Mundial en favor de la Infancia. La Cumbre alentó a todos los Estados a que ratificarán la convención; al final de 1990 la habían ratificado 57 Estados, que pasaron así a ser Estados partes. En 1993, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena declaró que el objetivo era la ratificación universal para finales de 1995. Al 31 de diciembre de 1995 la habían ratificado no menos de 185 países, cifra que no tiene precedentes en la esfera de los Derechos Humanos.

En la convención están consagrados 4 principios generales. Su objetivo es ayudar a interpretar la convención en su conjunto, proporcionando así orientación a los programas nacionales de aplicación.

Los cuatro principios figuran en particular en los artículos 2. No discriminación. artículo 3. Los intereses superiores del niño. artículo 6 Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo. artículo 12 Las opiniones del niño.

Y un artículo importante para el tema del presente trabajo; el artículo 11 párrafo 1, que impuso a los Estados Partes la adopción de medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero; debiendo, en conformidad con su párrafo 2, promover la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

“El día veintiséis de enero de mil novecientos noventa, el plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos debidamente autorizado, al efecto firmo ad referendum, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve. Fue aprobada por la Cámara de Senadores el 19 de junio de 1990. El instrumento de ratificación fue depositado ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas el 21 de septiembre de 1990. Y el decreto promulgatorio se publicó en el Diario de la Federación el 25 de enero de 1991.”¹¹⁸ Consta de 54 artículos.

¹¹⁸ Compilación de Legislación sobre Menores, DIF, Pág 696.

2. Convención Interamericana s bre Restitución Internacional de Menores.

La multinacionalidad creciente de las relaciones familiares y de los asuntos que interesan al menor han puesto de manifiesto la insuficiencia de muchos aspectos del derecho convencional tradicional, haciendo necesaria la revisión y actualización del derecho internacional privado en esas áreas. Los temas de restitución de menores y de la prestación internacional de alimentos son de gran importancia y de planteamiento cotidiano entre los Estados, requiriendo en forma urgente arbitrar medios ágiles para lograr una efectiva protección del sujeto más vulnerable en esas situaciones como es el menor.

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos resolvió el 18 de septiembre de 1983:

“Encomendar al Instituto Interamericano del Niño que, dentro de sus disponibilidades presupuestarias, lleve a cabo trabajos y estudios relacionados con los temas sobre restitución internacional de menores y sobre los alimentos debidos a éstos y convoque a una Reunión de Expertos para examinar esta problemática, pues la misma responde a una manifestación necesidad de los Estados de la región”.¹¹⁹

¹¹⁹ Memoria del XIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, Op. Cita, Pág 92

El 23 de mayo de 1984, la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP III) celebrada en la Paz (Bolivia), acordó solicitar de la Asamblea General que, con fundamento en las resoluciones aprobadas por esta conferencia, dispusiera la inclusión en el temario de la CIDIP IV de un punto relativo al “ secuestro y restitución de menores”.

La Asamblea General de la OEA en reunión celebrada en Cartagena de Indias durante su XV período de sesiones el 9 de diciembre de 1985, por resolución 771 convocó a la IV Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado incluyendo en su temario la problemática del secuestro y restitución de menores. El Comité Jurídico Interamericano incluyó dicho tópico en su calendario de trabajo y el 30 de enero de 1986, siendo relatores los Drs. Roberto MacLean y Manuel A. Vieira, un proyecto de Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores. El 23 de octubre de 1987, el Consejo Permanente de la OEA, por resolución 486, aprobó el temario de la Conferencia en conformidad con las prioridades indicadas por los gobiernos de los Estados Miembros. Agenda que quedó constituida por el secuestro y restitución de menores, transporte terrestre, contratación internacional y obligaciones de alimentos.

El 30 de marzo de 1988, el Consejo Permanente de la OEA por resolución 496 aceptó y agradeció el ofrecimiento formulado por la República Oriental de Uruguay a través de su embajador Prof. Dr. Didier Opertti Badan, para que la CIDIP IV se realizará en la ciudad de Montevideo durante 1989.

Bajo los auspicios del Instituto Interamericano del Niño, con la cooperación del CJI y de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, se convocó a una Reunión de Expertos en San José Costa Rica, que se realizó del 22 al 26 de mayo de 1989.

Del 9 al 15 de julio de 1989 se llevó a cabo en Montevideo, Uruguay, la CIDIP IV. En la primera plenaria se decidió la Primera Comisión trabajadora de los temas de Derecho Familiar, restitución de menores y alimentos, misma que estuvo presidida por José Luis Siqueiros, miembro de la delegación de México. En la sesión plenaria llevada a cabo los días 14 y 15 de julio de 1989, fueron aprobadas las Convenciones Interamericanas sobre Restitución Internacional de Menores; Obligaciones Alimentarias. Las discusiones se basaron en los proyectos que habían elaborado el CJI así como la Reunión de Expertos celebrada en Costa Rica. También se tuvo a la vista el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores del 15 de octubre de 1980.

La convención consta de 38 artículos, el contenido de ella lo analizaremos en el siguiente capítulo.

3. Tratados bilaterales.

La categoría restitución internacional de menores, hasta la CIDIP IV únicamente eran atendidas específicamente en la región por algunos convenios bilaterales.

En lo que concierne a los países de América del Sur, el convenio de La Haya en 1980 sirvió como fuente de

inspiración a tres convenios Bilaterales propiciados por la República Oriental de Uruguay.

“En el Derecho Internacional Privado Americano encontramos los tres convenios bilaterales suscritos por Uruguay con Argentina, Chile y Perú. Son ellos respectivamente, el “Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina” aprobado por D-L 15218 de 20/11/1981 y ratificado por la República, vigente desde el 10/12/1982; el “Convenio sobre Restitución Internacional de Menores entre la República Oriental de Uruguay y la República de Chile” aprobado por D-L 15249 y vigente desde el 14/4/1982 en que se ratifico por la República; el “Convenio sobre Restitución Internacional de Menores entre la República Oriental del Uruguay y la República de Perú” aprobado por D-L 15720 de 7/2/85, vigente desde 22/2/1989.”¹²⁰

Los convenios bilaterales suscritos por Uruguay con otros países tiene como objetivo asegurar la pronta restitución de menores que se hallen indebidamente fuera del Estado de su residencia habitual y en el territorio de otro Estado parte. Hipótesis comprensiva tanto de menores ilícitamente trasladados, cuando aquellos salidos lícitamente en cumplimiento de regímenes de visitas, pero luego no regresen dentro de los plazos estipulados, será considerada indebida cuando se produzca violación de la tenencia, guarda o derecho que ejerzan, sobre él o a su respecto, los padres, tutores o guardadores.

¹²⁰ ALVAREZ, Cozzi, Carlos, op. Cita, Pág 14.

Los titulares de la acción de restitución serán las personas mencionadas, se entiende por residencia habitual el "centro de vida" y el derecho del centro de vida, es decir, del Estado donde tienen su residencia habitual, es quien define que personas son consideradas menores, los jueces de residencia habitual del menor son los competentes para conocer de la acción de restitución, se tiene un año para entablar dicha acción, a partir del momento en que el menor se halle indebidamente fuera del Estado de su residencia habitual, sólo se podrá retardar la restitución en caso de riesgo grave para la salud del menor, una vez que se llenen los requisitos necesarios para entablar la acción de restitución, como son la legitimación procesal del actor, fundamento de la competencia del exhortante, es decir que se compruebe que el menor tiene su residencia habitual en el Estado del magistrado requirente, fecha en que se entabló la acción, que se proporcione la ubicación del menor en el Estado exhortado.

El juez competente dispondrá sin demora su restitución, tomando las medidas necesarias para evitar el traslado del menor fuera de su jurisdicción. En si los artículos de los convenios bilaterales son similares a los artículos de la convención pues fueron tomado como referencia para realizar los proyectos de la misma.

4. La cooperación internacional.

Para poder realizarse una restitución internacional de un menor, es de gran importancia la cooperación internacional que exista entre el país de residencia habitual y el país donde se encuentra sustraído o retenido el menor, pues sin ella no podría llevar acabo.

Como señala el doctor Arrellano García “ una manifestación de la soberanía de los Estados es la inmunidad de jurisdicción que consiste en que las autoridades extranjeras carecen en el territorio del Estado de que se trate poder de coacción”¹²¹ Efectivamente las autoridades extranjeras no pueden actuar en nuestro país, pero si pueden pedir la cooperación del estado de que trate a fin de subsanar un daño causado en la jurisdicción de aquel país, existe para ello la cooperación internacional.

Manuel J: Sierra expresa: “El derecho de jurisdicción es la facultad del Estado de someter a la actuación de sus tribunales y las leyes a las personas y cosas que se encuentran dentro de su territorio”¹²²

Este principio se respeta en la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, pues, en el artículo 6 designa como competentes para conocer de la solicitud de restitución las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención. Y, a opción del actor y cuando exista razones de urgencia, ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor.

Quando a nuestro país llega una solicitud de restitución de un menor es competente el juez local, para conocer del caso y de acuerdo con el artículo 10 de la Convención, el juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán,

¹²¹ ARELLANO, García, Carlos, Derecho Internacional Privado, Porrúa, México, 1995, Pág 925.

¹²² ARELLANO, García, Carlos, Op. Cita, Pág 925

de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor. La cooperación internacional en este caso consiste en la intervención de nuestras autoridades competentes a solicitud del Estado parte que requiere la restitución de un menor que se encuentra en nuestro territorio, para preservar la salud y seguridad del menor mediante medidas adecuadas que aseguren su devolución, y si esta no fuere voluntaria, poder tomar medidas más severas, según nuestras leyes, en contra de la persona que tiene al menor, sobre todo con las reformas hechas al Código Penal, y también medidas que aseguren la custodia o guarda provisional del menor y si procediera ordenar su restitución, e impedir la salida del menor del territorio.

También hablan de la cooperación que debe haber entre los Estados partes . El artículo 18, referente a la localización de menores y el 19.

Como nuestro autor dice: "La cooperación internacional se produce, cuando el órgano jurisdiccional de un Estado está impedido de actuar en el territorio de otro Estado pero, requiere de la práctica de actos procesales en el territorio de este último Estado. Solicita la cooperación del Estado con jurisdicción para llevar a cabo notificaciones, citaciones, emplazamientos o pruebas"¹²³ Y en nuestro caso tomar medidas para asegurar el bienestar en nuestro país de un menor, así como impedir que salga fuera de nuestra jurisdicción, para que después de haber cumplido con los requisitos señalados por la Convención se restituya a su país de residencia habitual.

¹²³ Obra citada, Pág 925

5. La extradición.

En la exposición de motivos al proyecto de Convención interamericana sobre la restitución internacional de menores, se concluyó en que eran tres las condiciones sociales de hecho, que han creado los presupuestos para hacer necesaria la consideración jurídica del problema de la restitución internacional de menores. El aumento de matrimonios o familias en situación conflictiva como resultado del aumento del número de divorcios en la vida familiar contemporánea. La internacionalización de la vida familiar, aumento de matrimonios entre personas de nacionalidad diferente. Y la internacionalización artificial de los problemas como una forma de evasión legal, no es raro que cuando uno de los progenitores se ve desfavorecido en un juicio de custodia de menores recurra a fugarse con el o los menores como forma de evadir las consecuencias legales.

Hubo un voto de abstención del doctor Galo Leoro Franco con respecto a la exposición de motivos: " He aprobado con mi voto afirmativo el proyecto de Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, pero me he abstenido, con respecto a su exposición de motivos, por estimar que debía haber reflejado más ampliamente el debate que sobre el tema se produjo en largas sesiones del Comité Jurídico Interamericano. Es con este escenario de fondo que debemos examinar cuáles son los recursos legales disponibles en la actualidad para poner coto o intentar resolver el problema.

La vía que parecería más obvia es la vía penal, a través de recursos como la extradición. Si bien este camino es efectivo en el caso de tratantes de blancas o de trabajos

forzados, y con un poco de imaginación podría aplicarse a las adopciones fraudulentas, no se puede aplicar al caso del traslado sin autorización a otro país por parte de uno de los propios progenitores. En los países latinoamericanos existe una abundante jurisprudencia que ha señalado que no puede haber delito de secuestro por parte de uno de los propios progenitores del menor. En estos casos se ha considerado repetidamente que el asunto permanece en la esfera civil.”¹²⁴

La observación que hace Leoro Franco, es correcta podría tomarse medidas más severas para lograr que uno de los progenitores que ha sustraído o retenido a un menor sin el consentimiento del que ejerce la patria potestad lo devuelva como es la extradición, y sobre todo que reciba un castigo, pero como él mismo señala en muchos países no se considera como secuestro la retención o sustracción que hace uno de los padres del menor, necesitaríamos que esos países modificaran sus legislaciones internas, consideramos que sí se adoptará la extradición como medida para los progenitores que sustraen o retienen a un menor fuera de su residencia habitual, además de haber recibido el menor, un innecesario maltrato emocional al haber sido víctima de una retención o sustracción por parte su progenitor, se le causaría un mayor daño emocional al ver las medidas que se toman contra su padre o madre.

Tellechea apunta: “La razón de que los textos convencionales se concentren esencialmente en las hipótesis de sustracción y retención irregular de menores por sus padres u otros familiares, se debe tanto al número creciente de estas situaciones en nuestros días, cuanto a la necesidad de dotar a

¹²⁴ Op. Cita. Pág 72-73

los tribunales de una regulación apta para atender este tipo de situaciones de difícil tipificación como delito, por su carencia de antijuricidad por no poner, en principio, en peligro al niño un traslado realizado por parientes y por la falta de espíritu de lucro; y que aún tipificadas, en tanto las conductas punibles son realizadas por familiares, las sanciones tienden a ser mínimas y no resulta en consecuencia operable la extradición. Tal lo señalado hace ya años por el maestro Jiménez de Asua, en opinión consultiva de 11 de octubre de 1928. Por otra parte el tratamiento represivo de tales situaciones se ha constatado modernamente que no constituye una respuesta apta para asegurar con eficacia el retorno del menor. Tal las conclusiones de los Ministros de Justicia de las países de la *Common wealt*, reunidos en Canadá, winnipeg, en agosto de 1977 y la posición del Ministerio francés de Justicia, que ha sostenido: "la eficacia de persecuciones penales es ilusoria en casos de retención de niños fuera de Francia, pues dichas actuaciones no dan lugar en la practica a la extradición, siendo los únicos medios verdaderamente eficaces, los judiciales civiles".¹²⁵

De la convención, se quiso eliminar toda connotación de carácter penal, tal como secuestro de menores u otros, por lo que únicamente se regulan cuestiones civiles y lo que se pretende es que exista una eficaz cooperación judicial internacional a fin de obtener una rápida restitución de menores que, hayan sido trasladados ilegalmente de un Estado a otro, se entienda que sean Estados parte de la convención, o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente.

¹²⁵ Op. Cita, Pág 112.

6. El exhorto internacional.

El doctor Arrellano García define el exhorto internacional como sigue: "Al documento que contiene peticiones del juzgador de un Estado al de otro Estado, por la vía diplomática, o directamente cuando esto sea posible por haber acuerdos internacionales o por práctica internacional, se le denomina carta rogatoria. En otros términos, es el exhorto internacional"¹²⁶

Siguiendo el razonamiento de Leoro Franco, él propone también como solución al problema de la retención o traslado que hace un padre de su menor hijo, el exhorto , pues, es una vía más rápida y de efecto inmediato. Y señala que el inconveniente es, que los tratados y legislaciones vigentes sobre el exhorto sólo permiten aplicar éstos en caso de notificaciones y de actuaciones de pruebas.

En el procedimiento para la restitución que inicia en el artículo 8 de la convención, señala que los titulares de dicho procedimiento podrán ejercerlo a través de exhorto carta rogatoria; o mediante solicitud a la autoridad central; o directamente o por la vía diplomática o consular.

¹²⁶ ARELLANO, García, Obra citada, Pág 926

El artículo 9 numeral 4, los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañen no requerirán de legalización cuando se trasmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central. Como se puede notar el exhorto es, uno de los medios por los cuales los progenitores que ven violado su derecho que ejercían sobre un menor pueden solicitar la restitución del mismo, al lugar de su residencia habitual, y da la convención mayor amplitud toda vez que no requiere de legalización, basta que se trasmitan a través de la vía diplomática o consular, o de la autoridad central.

El exhorto en la presente convención se utiliza como el medio por el cual se da a conocer a un Estado parte que existe una solicitud de restitución de un menor que se encuentra retenido o trasladado ilícitamente al el territorio de ese país, y por el cual se solicita su intervención para la localización del menor, se utilicen los medios necesarios para asegurar su pronta restitución al lugar de su residencia habitual.

Existe la posibilidad de que la autoridad requerida actúe directamente ante la solicitud de entrega voluntaria formulada por el juez extranjero, para preservar el derecho de guarda, para Laura Trigueros: “el fundamento en este caso sería la obligación de obsequiar la cooperación judicial requerida a través del exhorto; el fundamento de la restitución sería el sistema jurídico que extranjero que reconozca el derecho de guarda del menor, o la sentencia emitida al respecto.”¹²⁷

¹²⁷ Obra citada, Pág 49

CAPITULO VI
ESTUDIO PARTICULAR DE LA
CONVENCION INTERAMERICANA
SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL
DE MENORES.

1. Trabajos preparatorios.

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos resolvió el 18 de septiembre de 1983, encargó al Instituto Interamericano del Niño que llevará acabo trabajos y estudios, relacionados con los problemas planteados por la restitución internacional de menores y por las obligaciones alimentarias y convoque a una Reunión de Expertos para examinarlos.

El 23 de mayo de 1984, en la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, se acordó solicitar a la Asamblea General, dispusiera la inclusión en el temario de la CIDIP IV un punto relativo al secuestro y restitución de menores.

Durante su decimoquinto período de sesiones, cuando, por resolución AG/RES,771(XV-0-85) de fecha 9 de diciembre de 1985, se dispuso convocar a la CIDIP IV.

La recomendación formulada en 1984 por la Asamblea General de la OEA tuvo inmediata acogida en el programa de trabajos del Comité Jurídico Interamericano; y en su período de sesiones correspondiente al mes de agosto de 1985 resolvió estudiar el "secuestro y restitución de menores". Por

tanto, fue preparada y discutida la correspondiente Ponencia; y el 30 de enero de 1986, por resolución CJI-SO-IO-05/1985, se aprobó unánimemente el "Proyecto de Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores"; sus redactores fueron los profesores Manuel. A: Vieira y Roberto Mc. Lean Ugarteche. El proyecto fue acompañado por una Exposición de Motivos aprobado por ocho votos afirmativos con la abstención razonada del doctor Galo Leoro Franco y la ausencia del doctor Gonzalo Ortíz Marín.

Como señala Sánchez Rodríguez: "De manera simultánea con la anterior iniciativa del CJI y también en cumplimiento de la Resolución adoptada por la Asamblea General en noviembre de 1984, el IIN dirigió sus esfuerzos hacia la promoción de ciertos temas de derecho de familia; y en varios países del continente programó la realización de varias actividades académicas, talleres, mesas de trabajo, jornadas y seminarios, con la participación de la Facultades de Derecho, los Colegios de abogados, el poder Judicial, los Ministros de Justicia, los organismos de protección de menores y otras instituciones interesadas. La iniciativa tuvo inmediata aceptación y recibió caluroso respaldo de la Federación Interamericana de Abogados en su Decimosexta Reunión (Buenos Aires 1986) cuando fueron examinados los temas de derecho de familia referentes al secuestro de menores y a las obligaciones alimentarias."¹²⁸

También nos dice nuestro autor: "Los esfuerzos del IIN fueron muy intensos; en 1985 se realizaron dos Seminarios, uno en Guayaquil y otro en Quito; en 1986 fueron

¹²⁸ SANCHEZ, Rodríguez, Luis Ignacio, Hacia un nuevo orden internacional y Europeo, tecnos, España, 1993, Pág 1405.

celebradas sendas Jornadas de Trabajo en Santo Domingo, Buenos Aires, San José de Costa Rica y Guatemala; y la culminación de las iniciativas fue una reunión de expertos, que convocó en colaboración con el Gobierno de Costa Rica, la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio de Justicia, el Colegio de Abogados y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos”.¹²⁹

En el estudio hecho por García Moreno y Siqueiros nos dicen que. “La Secretaría de Relaciones Exteriores del Gobierno de México, bajo los auspicios de su Consultoría Jurídica, formó a principios de 1989 un grupo de trabajo integrado por especialistas de Derecho Internacional Privado, cuya tarea fue analizar los anteproyectos que se han formado en el seno del CJI y del IIN, con vista a la celebración de la CIDIP IV en Uruguay.

El grupo de trabajo encomendó al profesor Siqueiros la preparación de una ponencia en relación al tema de la restitución de menores, pidiéndole tomar en cuenta el texto de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores suscrita en La Haya, el 25 de octubre de 1980, a efecto de establecer las analogías y discrepancias que pudieran existir entre el Proyecto del CJI y la referida convención. El ponente elaboró un memorándum de 20 puntos en el que se establecen las referidas similitudes y diferencias”¹³⁰

Además nuestros autores nos dicen que: “Bajo los auspicios del Instituto Interamericano del Niño, con la cooperación técnica del CJI y de la Subsecretaría de Asuntos

¹²⁹ Op. Cita Pág 1406

¹³⁰ Op Cita, Pág 93

Jurídicos de la OEA, se convocó a una Reunión de expertos en San José Costa Rica, que se realizó del 22 al 26 de mayo de 1989. Dicha reunión, tuvo por objetivo analizar la problemática de los dos temas concernientes a menores que habían sido incluidos en la agenda de la CIDIP IV, a verificarse dos meses después en Montevideo, Uruguay.

Asistieron como invitados a dicha reunión por parte de México, el profesor Siqueiros y Ricardo Abarca Landero. Estuvieron presentes distinguidos especialistas de Argentina, Costa Rica, España, Estados Unidos de América, Panamá y Uruguay. Participaron como observadores delegados de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, del CJI, del IIN y del Servicio Social Internacional.¹³¹ Se analizaron el proyecto preparado por el CJI de 1986, el anteproyecto preparado por el Profr. Didier Opertti Badan, y el proyecto presentado por la delegación mexicana, elaborado por el Profr. José Luis Siqueiros.

Señala Sánchez Rodríguez: "Antes de iniciar los trabajos, el profesor Friedrich K. Juenger (EUA) expuso su opinión en el sentido de que difícilmente sería mejorable el tratamiento que el problema del secuestro ha recibido en el Convenio de la Haya y que quizá sería conveniente que el IIN realizase los esfuerzos oportunos para que los estados miembros de la OEA ratificasen lo antes posible el Convenio de la Haya. Sin embargo, la sugerencia no tuvo éxito; los expertos resolvieron que se trataba de una materia cuyas soluciones exigen una regulación particular en la región, tratamiento que en ningún caso sería incompatible con el del expresado

¹³¹Op. Cita, Pág.94

Convenio de La Haya, y, por consiguiente, se prosiguió el estudio del asunto.”¹³²

También señalan García Moreno y Siqueiros: “Después de cinco días de intensos trabajos se logró un consenso sobre el texto final, que vino a recoger dieciséis de los diecinueve artículos que formaban el proyecto mexicano (excluyendo las disposiciones finales que sólo se esbozaron para su aprobación final en Montevideo), por lo que podemos afirmar que salvo cambios de estilo y algunas adiciones positivas, el proyecto de la delegación mexicana fue la base del documento aprobado por la reunión de expertos”.¹³³ Además de los proyectos antes mencionados fueron preexistentes, los convenios bilaterales concluidas por Uruguay con Argentina, Chile y Perú, y la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores.

Menciona Sánchez Rodríguez: “En la sesión preliminar se aprobó el temario definitivo, fue dispuesta la creación de dos comisiones de trabajo, y se asignó a la comisión primera el examen del tema referente al secuestro y restitución internacional de menores. Sus tareas tuvieron como punto de partida los proyectos de convención preparados por el CJI y por la reunión de Expertos de San José de Costa Rica; y después de cinco sesiones de arduo trabajo la Comisión Primera aprobó un documento, sometido luego a consideración de la tercera Sesión Plenaria de la conferencia. De esta manera se concluyó el trámite necesario para probar la Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, constante de siete

¹³² Op. Cita, Pág. 1406

¹³³ Op. Cita. Pág 94

capítulos y suscrita por los representantes con plenos poderes en horas del mediodía del 15 de julio de 1989.”¹³⁴

2. Firma ad referéndum.

Seara Vázquez menciona que: “La firma tiene la doble función de reconocer por parte de los representantes de los Estados, el contenido de tratados, y fijar el fin del período de negociación, y también significa la expresión del consentimiento del estado, para obligarse por el tratado.

La firma ad referéndum implica la necesidad de someterla a aprobación definitiva por parte del Estado correspondiente, y cuando sea confirmada por el Estado, equivale a la firma definitiva”¹³⁵

“El día siete del mes de abril del año de mil novecientos noventa y dos, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente autorizado al efecto firmó, ad referéndum, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada en la ciudad de Montevideo, Uruguay, el día quince del mes de julio del año de mil novecientos ochenta y nueve, cuyo texto y forma en español constan en la copia certificada adjunta”¹³⁶

¹³⁴ Op. Cita Pág 1406

¹³⁵ SEARA, Vázquez, Modesto, Derecho Internacional Público, Porrúa, México, 1993, Pág 206

¹³⁶ Compilación de Legislación sobre menores, Op. Cita. Pág 783

3. Aprobación por el Senado.

Cámara de Senadores del Congreso de la Unión LV legislatura, Departamento de Secretaria y Comisiones, año primero, segundo período ordinario, ramo secreto, número 46, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, fojas 19 índice "U", registrado a fojas 23 del libro respectivo.

Dirección General de Gobierno, sección I, mesa 1 oficio 337, mayo 13 de 1992. Recibió y tórnese a las comisiones unidas de relaciones exteriores, segunda sección y de justicia. CC: Secretarios de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión. Con fecha 4 de mayo de 1992, la secretaria de relaciones exteriores envía un documento manifestando; que envía 2 copia certificadas de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, acompañadas de un memorándum de antecedentes, para que se de cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El 21 de junio la Comisión de Relaciones Exteriores, segunda sección y de justicia, dio lectura por primera vez a la convención, el 22 de junio del mismo año, fue la segunda lectura, sin discusión fue aprobada por 46 votos para el Ejecutivo de la Unión para los efectos constitucionales.

A las Comisiones Unidas que suscriben, les fue turnado para su estudio y elaboración del dictamen correspondiente, el texto de la Convención Interamericana sobre

Restitución Internacional de Menores, enviado a esta H: Cámara de Senadores por el Ejecutivo de la Unión, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 89 fracción X en relación con el artículo 76 fracción I de la Constitución.

Estas comisiones desean expresar que el instrumento que se dictamina esta en plena concordancia con las normas sustantivas nacionales sobre la materia y en concreta de manera clara y precisa con las disposiciones que habrá de observarse para la pronta restitución del menor en el ámbito interamericano.

Por lo antes expuesto y en virtud que la Convención que nos ocupa no contiene disposición que contravenga nuestra carta magna, ni vulnera la soberanía nacional, nos permitimos someter a la consideración de la Honorable Asamblea la aprobación del siguiente:

PROYECTO DE DECRETO.

ARTICULO UNICO.- Se aprueba la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores adoptada en Montevideo Uruguay el 15 de junio de 1989.

Sala de audiencias públicas "Presidente Sebastián Lerdo de Tejada" de la H: Cámara de Senadores México, D.F., a 21 de junio de 1994.

Comisión de Relaciones Exteriores. Segunda sección: Presidente Senador Humberto A. Lugo Gil, Secretaría

Senadora Idolina Moguel Contreras, Senador Jesús Rodríguez y Rodríguez, Senador Ernesto Luque Feregrino, Senador Hector Teran teran, Senador Angel Ventura Valle, Senador Carlos Sobrino Sierra, Senador Oscar Cantón Cetina.

Comisión de Justicia: Presidente Ernesto Luque Feregrino, Secretario Senador Angel Sergio Guerrero Mier, Senador Porfirio Muñoz Ledo, Senador Cesar Moreno Martinez de Escobar, Senador Manuel Díaz Cisneros, Senador Jorge Nerio Torres, Senador Joaquín González Castro.

Oficialía Mayor. Dirección de Proceso Legislativo, Sección de Ramo Secreto oficio 142. Dirige dicho oficio al C: Jorge Carpizo. C: Secretario de Gobernación.

Para los efectos legales constitucionales, tenemos el honor de remitir a usted el decreto de esta Cámara de Senadores expedido el día de hoy, en sesión secreta con el que aprueba la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, este envío se relaciona con el oficio 337 remitido a esta Cámara por la Dirección General de Gobierno con fecha 6 de mayo de 1992.

México, D.F., a 22 de junio de 1994. La Cámara de Senadores del H: Congreso de la Unión, en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 76 fracción I de la Constitución.

DECRETA.

ARTICULO UNICO.- Se aprueba la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores.

Presidente Senador Ricardo Monreal Avila,
Secretario Senador Israel Soberanis Nogueta, Secretario
Senador Antonio Melgar Anda.¹³⁷

4. Depósito del Instrumento de ratificación.

“El instrumento de ratificación, firmado por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos Carlos Salinas de Gortari, el veintinueve del mes de julio del año de mil novecientos noventa y cuatro, fue depositado ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, el día cinco del mes de octubre del propio año”.¹³⁸

5. Objeto de la convención.

La totalidad de los estudiosos del tema de Restitución Internacional de menores, coinciden en el objeto de la convención, que de acuerdo a su artículo primero.

Landoni Sosa menciona: “El centro de las preocupaciones de las delegaciones participantes ha sido la tutela del interés del menor y ello se concreta en los objetivos de la convención que son los siguientes:

¹³⁷ La información utilizada en el número tres del presente capítulo fue proporcionada por el Licenciado Fernando Suarez del Solar. Director general del archivo Histórico y Memoria Legislativa: Dictamen del Senado respecto de la convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores.

¹³⁸ Compilación sobre legislación de menores, Op, Cita, Pág 783.

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 trasladados legalmente hayan sido retenidos ilegalmente. Hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita y de guarda por parte de sus titulares.”¹³⁹

El motivo por el cual se creó esta convención es para garantizar al menor una seguridad de residencia en el lugar donde habitualmente vive, y al mismo tiempo proteger al padre o madre o a las personas que ejercen la patria potestad asegurándoles que el menor va a seguir bajo su guarda.

Tellechea Bergman, se refiere al objeto de la convención como sigue: “De acuerdo con el artículo primero, La convención persigue dos objetivos. El primero y fundamental, al punto de resultar epónimo del Tratado, es asegurar la pronta restitución internacional de menores que teniendo su residencia habitual en un Estado Parte hubieren sido trasladados regularmente, hubieren sido ilegalmente retenidos. Como segundo objetivo, el Tratado persigue el respeto del ejercicio de los derechos de visita y de guarda o custodia. Cuestiones que empero no son objeto de detenido desarrollo _excepto la sintética protección del derecho de visita consagrada por el artículo 21, cuya inclusión responde a similar preocupación que la que motivara en la Convención de La Haya de 1980 la inserción del literal b) del artículo 1 lograr mediante la protección de tales potestades, evitar conductas proclives a traslados y retenciones ilegales por familiares que las lleven a cabo por temor que sus derechos _de guarda o visita_ no fueren reconocidos o que peligraran en su goce.”¹⁴⁰

¹³⁹ LANDONI, Sosa, Angel, Op. Cita. Pág 149

¹⁴⁰ TELLECHEA, Bergman, Op. Cita. Pág 111

También este autor coincide en el doble objetivo de la convención aunque crítica, la manera en como regula los derechos que son protegidos. Es claro que el objetivo principal es asegurar la pronta restitución del menor a su residencia habitual, porque se busca proteger ante todo al menor, y en lo que hace a su segundo objetivo, esta a servicio del primero, a lo largo de todo el debate se procuro conciliar los criterios de carácter universal contenidos en el convenio de la Haya como son el derecho de visita de custodia o guarda, con las necesidades y características de todos y cada uno de los países americanos. Señalan García Moreno y Siqueiros que: "prevaleció el criterio de incluir también lo relativo al derecho de visita y al de custodia o guarda aunque en realidad son pocos los preceptos que se refieren a estos últimos aspectos."¹⁴¹

El objeto de esta convención es resolver el problema consistente en que la custodia o tenencia o la guarda de un menor se ha visto interrumpida por haber sido retenido ilegalmente y trasladado al exterior, o porque habiendo viajado de acuerdo con la ley, dicho menor ha sido retenido ilegalmente en otro Estado diferente al de su residencia habitual.

La convención únicamente atiende los aspectos civiles del traslado o retención de menores quedando al margen de su regulación todo lo relativo a traslados delictivos.

No puede existir una gran discusión en lo que se refiere al objetivo de la convención entre los autos, pues ella en su artículo primero señala claramente cuales son sus dos objetivos principales.

¹⁴¹ Op. Cita, Pág 95

6.- Edad de menores.

En el segundo capítulo de este trabajo al referimos al concepto de menor, incluimos definiciones que hacían referencia a la edad de un menor, por ello solo haremos un pequeño recordatorio.

Para la mayoría de los Países americanos se considera menor a la persona que no ha cumplido los dieciocho años, porque a partir de esta edad ya es mayor de edad y capaz de ejercer sus derechos y obligaciones por sí solo.

A fin de evitar discrepancias interpretativas en los Estados Parte, el artículo segundo dispuso que se considera menor *a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad*. Así nos lo dicen García Moreno y Siqueiros: "Como se observa, esta es una norma material sobre calificación de menor, sin embargo, dicha calificación no prejuzga, ni modifica el límite de mayoría de edad que en cada país pueda adaptar al respecto."¹⁴² En relación a lo anterior Tellechea nos dice: "Definición autárquica de minoridad que evita apelar a una regulación indirecta que al recurrir a la legislación del Estado de residencia habitual del incapaz, como lo habían propuesto algunos proyectos, determina que la edad límite puede cambiar en función de eventuales diferencias de las legislaciones nacionales. La solución aprobada armoniza con los fines de certeza y celeridad perseguidos por el convenio y tal como se explicara en la Comisión I, la edad legislada no modifica el límite de la mayoría previsto por las legislaciones internas de

¹⁴² Op. Cita Pág. 95

los Estados Partes, sino que únicamente fija el máximo de edad de quien puede estar sujeto a las hipótesis del tratado”.¹⁴³

El límite de 16 años resulta de la influencia de la Convención de la Haya de 1980, ya que no estaba en los precedentes convenios latinoamericanos: de Uruguay con Argentina, Perú y Chile pues en ellos prevalecía el principio de que una persona será considerada menor de acuerdo a lo establecido por el derecho del Estado de su residencia habitual.

Para Landoni Sosa: “La norma material propuesta por la convención de que es menor toda persona que no ha cumplido aún los 16 años, fue aprobada por 13 votos a favor y 4 en contra. Ante un planteamiento formulado por la delegación panameña se aclaró específicamente que la norma hacía referencia a la edad cronológica y no a la presunta edad mental.”¹⁴⁴

Según Sánchez Rodríguez: “El asunto se debatió, y la decisión adoptada por la mayoría fue objeto de expresa reserva por la Delegación de Panamá, con fundamento en varias razones; en primer término, por cuanto, según su criterio, la determinación de la mayoría debe efectuarse a través de una regla de conflicto de leyes, que seleccione la legislación aplicable, y no por una norma material que indique un determinado número de años. Además, hizo valer que las leyes de protección de menores deben extenderse lo más posible en el tiempo; que la fijación de un límite rígido de edad va en contra de las normas constitucionales y legales del derecho panameño en materia de menores; y que la inteligencia del artículo es

¹⁴³ Op. Cita. Pág 114

¹⁴⁴ Op. Cita. Pág 149

contraria a los principios fundamentales del orden publico internacional panameño”¹⁴⁵

Estamos de acuerdo con algunas de as consideraciones hechas por Panamá, en cuanto a que debería extender en el tiempo la protección pues en nuestro país se es menor hasta que no se han cumplido los dieciocho años esto pone en desventaja a los padres que se ven afectados por una retención o sustracción ilícita y que sus hijos tienen entre 16 y 18 años, la aplicación de la convención ya no es posible. Y estamos y desacuerdo en cuando a que no debiera fijarse la edad de menor en la convención ,pues si se recurriera al conflicto de leyes entre el país donde esta retenido y el país donde tiene su residencia habitual se perdería mucho tiempo y se pondría en peligro al menor y se podría dar el caso que se sustrajera nuevamente al menor a otro país.

7. Concepto de guarda del menor.

Como ya dijimos uno de los objetos de la convención es hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares. En el artículo tercero para los efectos de la convención se define lo que se considera derecho de visita y derecho de custodia o guarda como sigue:

“a. El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia.

¹⁴⁵ SUAREZ, Rodriguez, Op. Cita. Pág 1408

b. El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual”¹⁴⁶

Menciona Monroy Cabra: “Siguiendo lo previsto en el artículo 5 de la Convención de La Haya de 1980, el artículo 3 definió claramente los dos aspectos, el derecho de guarda y el derecho de visita. Estas calificaciones son únicamente para aplicar la convención y no modifican la legislación interna sobre guarda, custodia o derecho de visita. En efecto, en algunas legislaciones la guarda comprende las tutelas y curatelas y sólo es eficaz cuando se ha extinguido la patria potestad. Sin embargo, la asimilación de la guarda a la custodia amplía en beneficio del menor la convención y, desde luego, no modifica la legislación interna del Estado respectivo.”¹⁴⁷

En la convención se pretende evitar los conflictos que pudieran llegar a existir entre las normas internas de los Estados Parte, proponiendo un concepto que contenga los elementos necesarios para que se pueda ejercer la restitución de un menor.

Recordemos algunos conceptos de guarda que además de incluir el derecho del cuidado del menor y de decidir el lugar de residencia habitual del menor contiene otros derechos.

Eduardo Zannoni por ejemplo afirma que los “contenidos personales o deberes _derechos personales que la patria potestad importa_ se traducen en la guarda, asistencia y

¹⁴⁶ Compilación de Legislación de menores, Op cita, Pág. 784.

¹⁴⁷ MONROY, Cabra, Marco Gerardo, Op. Cita. Pág 527

educación de los hijos menores de edad no emancipados. La guarda no es una potestad que se reconozca a los padres en forma autónoma, sino que se les otorga en función del cumplimiento del deber de educación que es el gran deber que preside las relaciones entre padres e hijos. Continúa diciendo: el derecho_deber de guarda no es definible por sí mismo, sino a través de los elementos que caracterizan la guarda; el reconocimiento legal de la autoridad de los padres, el derecho_deber de los padres de convivir con los hijos y la correlativa obligación de estos de habitar con sus padres”¹⁴⁸

La guarda del hijo menor esta inmersa dentro de la patria potestad ella presupone que el padre tiene ciertos derechos pero también obligaciones para con el menor, sabemos que nuestros padres tienen el derecho de exigirnos ciertas cosas pero que al mismo tiempo nos protegen y nos ayudan, cuando un menor esta bajo la custodia o guarda de uno de sus padres tiene la obligación de obedecerlo y de vivir con el, más aún si ese derecho lo han otorgado judicialmente, y es aceptable que se proteja ese derecho contra las conductas del otro progenitor que aunque tiene derechos de convivir con su hijo no tiene el derecho de privar al otro progenitor de los derechos que le da la guarda del menor. Coinciden con Zannoni en que la guarda expresa el deber de custodia (el hijo debe vivir con sus padres), Chavez Asencio y Marcel Planiol.

Estamos de acuerdo en que la patria potestad ejercida por los padres tenga obligaciones y derechos, que para poder ejercer la custodia de su hijo menor le sean conferidas facultades que beneficien al menor.

¹⁴⁸ ZANNONI, Op. Cita, Pág 711

Por ello creemos que es acertada la definición que se da en el artículo 3 de la convención en cuestión, ya que permite saber que dentro de la guarda esta incluido la posibilidad de decidir la residencia habitual del menor, porque es un derecho que el hijo viva con el padre que ejerce la patria potestad, y porque se cumple con uno de los presupuestos para poder pedir una restitución de un menor, ya que se ha violado uno de los derechos del padre y se causa un daño al menor al ser trasladado a un lugar distinto y lejos de su mundo habitual.

8. El acto ilícito.

A efectos de evitar diferentes interpretaciones por las legislaciones de los distintos Estados Partes, el convenio en su artículo 4 da una definición directa de los que se considera como ilícito. “ se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor”¹⁴⁹

Monroy Cabra nos dice que. “El factor de conexión es la ley de residencia habitual del menor inmediatamente antes de su desplazamiento o de su retención. Esta norma sigue lo previsto en el artículo 3 de la Convención de La Haya y contiene una calificación autárquica. Sin embargo, el artículo 4 no define lo que se entiende por residencia habitual del menor, como sí lo hacen los citados convenios bilaterales

¹⁴⁹ Compilación de legislaciones de menores, Op. Cita, Pág 784

celebrados por Uruguay con los tres países citados, en los que se define residencia como "el centro de vida" del menor"¹⁵⁰

En nuestro derecho consideramos ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, para la presente convención el acto es ilícito, porque se viola un derecho concedido con anterioridad a uno de los progenitores por una resolución judicial que le otorga la guarda del menor, y el acto es la retención o sustracción a un lugar distinto de donde habitualmente reside el menor, que hecha por el otro progenitor que carece de ese derecho. Con la conducta realizada por el padre que sustrae o retiene a un menor viola leyes de orden público que están en vigencia precisamente para salvaguardar los valores esenciales de las personas.

Hacemos esta observación pues el mencionado artículo remite al derecho de residencia habitual del menor, una vez definido que es ilícito para nosotros, definiremos que podemos entender por residencia habitual del menor en nuestro país y con ayuda de nuestras leyes, basta aclarar que la convención en dicho artículo utiliza el termino ilegal, que podemos interpretar como algo que va contra las leyes, pero como nuestro apartado se llama el acto ilícito por ello hicimos referencia a ese término, consideramos que es ilegal conforme a nuestras leyes el traslado o retención de un menor por uno de sus padres si esta violando una disposición judicial que fue dictada conforme a nuestra legislación, pues la convención remite a ellas, y tal conducta va contra las leyes mexicanas.

¹⁵⁰ Op. Cita, Pág 528

Consideramos que en México se entiende por residencia habitual de un menor de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 29 del Código Civil, pues dice así: el domicilio de las personas físicas es el lugar donde reside habitualmente. Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en el por más de seis meses.

Y el artículo 31 fracción I del mismo ordenamiento dice: es domicilio legal del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad este sujeto”¹⁵¹

Nuestro legislador nos da una posible base para determinar que la residencia habitual de una persona es el domicilio donde permanezca en el por más de seis meses, y suponemos en base a esto que la residencia habitual de un menor es el domicilio donde permanezca junto con la persona a cuya patria potestad este sujeto de acuerdo con las leyes por un período mayor a seis meses.

Un traslado o retención se considerara ilegal de acuerdo a nuestras leyes cuando el progenitor que no tiene la patria potestad sobre el menor lo sustrae o retiene sin consentimiento del progenitor que ejerce la patria potestad del menor, y lo mantiene lejos del domicilio legal de aquel donde el menor ha vivido junto con el por más de seis meses.

En el marco de dicho instrumento se considera que el traslado o retención de un menor es ilícito cuando:

¹⁵¹ Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

Tenga lugar en violación de un derecho de custodia atribuido a una persona, institución u otro organismo separada o conjuntamente, de conformidad con la legislación del Estado en que el menor era residente habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Y en el momento del traslado o de la retención estos derechos se ejercían en forma efectiva, separada o conjuntamente, o se hubieran ejercido de este modo de no haberse producido dicho traslado o retención.

A este respecto, cabe destacar que los derechos de custodia mencionados pueden ser resultado de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado. Sin embargo, la Convención sólo se aplicara a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita, dejando de tener efecto cuando el menor alcance la edad de dieciséis años.

9. Procedimiento de Restitución.

La convención no prevé un procedimiento específico para lograr la restitución. Señala, simplemente, la obligación de obtenerla lo más rápidamente posible. Deja a los estados parte en libertad de recurrir a sus propios procedimientos, judiciales o administrativos, pero siempre insiste en que se actúe de inmediato y con urgencia.

El procedimiento se instaura con el objetivo de lograr la restitución, la discusión relativa al derecho de custodia o a la guarda del menor sólo puede ser conocida por el

tribunal de la residencia habitual del mismo, en donde se encuentran los elementos probatorios y legales necesarios para determinarlo.

Una solución sería que en la propia convención se prevea un procedimiento específico, más o menos detallado para dar cumplimiento a la obligación.

El estudio hecho por Laura Trigueros nos dice que: El procedimiento que se ha seguido para obtener la restitución es el siguiente:

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

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

Salvo en los casos en que el menor no ha sido localizado, se ha logrado la entrega voluntaria de los niños, bien sea a la autoridad central, mediante su deposito en las

instalaciones de la dirección para la protección de la Infancia, o bien a la persona que ejerce el derecho de custodia.”¹⁵² El procedimiento se ha seguido siempre a través de la autoridad central designada por el gobierno mexicano.

A)Instauración del procedimiento.

Conforme al artículo 5, están legitimados para instaurar el procedimiento de restitución las siguientes personas: a) los padres, individual o conjuntamente, por ser titulares de la patria potestad o de la autoridad familiar compartida, b) los guardadores o quienes tengan la custodia o tenencia del menor, y c) las instituciones de protección del menor, por cuanto hay legislaciones que permiten a las instituciones protectoras de menores ejercer la custodia o tenencia provisional de ellos.

La calificación de los legitimados activos debe hacerse según la ley de residencia habitual del menor. En los convenios bilaterales celebrados por Uruguay con Argentina, Chile y Perú, la legitimación activa se limita a los padres y a los tutores o guardadores.

El artículo 5 de la convención nuevamente remite a la ley nacional para que esta determina cuando una persona esta legitimada conforme a la convención para instaurar el procedimiento de restitución de un menor. En nuestro país y conforme a nuestras leyes entran dentro de este presupuesto los padres, tutores, guardadores que ejercen la patria potestad del menor, así mismo, cualquier otro organismo o institución como podría ser el DIF.

¹⁵² TRIGUEROS, G. Laura, Op. Cita. Pág 42

Dichos titulares, de acuerdo con el artículo 11, inciso a, es menester que ejerzan efectivamente sus derechos al momento del traslado o retención alegada. Como lo señala Tellechea: "Exigencia destinada a evitar que la acción de restitución, que no implica prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo de la guarda, artículo 15, resulte abusivamente empleada en calidad de vía oblicua para la obtención de ésta, por padres, etc., que no ejerciendo realmente la guarda, apelan al procedimiento sumario y más sencillo reglado por la convención a los solos efectos de devolver al menor a su centro de vida, para la obtención de aquélla."¹⁵³

b) Autoridad competente.

La convención en su artículo 6 establece la jurisdicción internacional para conocer de la solicitud de restitución de menores en forma alternativa, a opción del actor, así : a) ante las autoridades judiciales o administrativas, según lo determine la legislación interna del Estado parte en cuyo territorio el menor hubiere tenido su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o de su retención; b) ante las autoridades judiciales o administrativas previstas en la legislación interna del estado en que se encuentra o se supone se encuentra al momento de instaurarse la demanda, y c) ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado donde se hubiere producido el hecho ilegal que dio motivo a la reclamación.

Se trata de una triple competencia alternativa que hace flexible la aplicación de la convención. Es este aspecto ella se separó de los convenios bilaterales celebrados por

¹⁵³ TELLECHEA, Bergmen, Op Cita, Pág 114.

Uruguay con Argentina, Chile y Perú, que preceptúan que serán competentes los jueces del Estado de residencia habitual del menor. El proyecto del Comité Jurídico Interamericano también optó por la residencia habitual del menor. El proyecto de la Reunión de Expertos de San José adoptó la residencia habitual del menor, pero dio al actor el derecho de opción, en caso de urgencia de acudir ante las autoridades del Estado parte en cuyo territorio se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido al momento de efectuarse dicha solicitud o bien, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el acto o hecho ilícito que diere motivo a la reclamación.

En la convención existe una competencia para casos de urgencia igualmente alternativa y a opción del actor; a) la demanda se puede presentar ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare el menor al momento de hacerse la solicitud; o b) ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilegal que dio origen a la reclamación. Pero esta competencia excepcional no modifica las normas que antes se indicaron sobre la competencia internacional para tramitar la solicitud de restitución de menores. Hay una regla general que establece tres factores para determinar la competencia internacional, y una competencia excepcional en caso de urgencia. La norma habla de autoridades judiciales o administrativas, por cuanto algunos Estados no hay que tramitar un proceso judicial sino una actuación administrativa ante autoridad administrativa

En la convención se prevé como autoridad competente la de la residencia habitual del menor, pero complementa el precepto aludiendo a los casos de urgencia, con

objeto de dar mayor celeridad al procedimiento y de evitar que existan mayores problemas y dilaciones debido al desplazamiento del menor por quienes lo retienen.

En todos los casos se prevé la intervención de la autoridad central designada por los estados parte con objeto de acelerar la localización y la devolución voluntaria del menor, y sólo en caso indispensable recurrir a los procedimientos judiciales o administrativos necesarios.

En un apartado del presente trabajo ya hemos planteado que autoridad en nuestro país es competente para conocer de la restitución de un menor y de acuerdo con nuestra constitución están facultados para conocer en materia familiar los tribunales locales de cada Estado por lo tanto la autoridad competente ante la cual se debe presentar una solicitud de restitución es la autoridad judicial local de cada Estado o la administrativa según el caso, aunque siempre exista la intervención de la autoridad central que en nuestro país es la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores, concretamente la coordinación de asesoría y defensoría a mexicanos en el extranjero.

C) Solicitud de restitución.

La solicitud de restitución de un menor podrán ejercerla los titulares que menciona el artículo 4 de la convención, a través de exhorto carta rogatoria o, mediante solicitud a la autoridad central o, por la vía diplomática.

Como sabemos el exhorto internacional es un documento por el cual el juez de un país puede hacer peticiones

al juez de otro país por la vía diplomática o directamente cuando existe algún acuerdo internacional, en la presente convención se utiliza como una de las alternativas que tienen los titulares de la acción de restitución, para que el procedimiento se inicie cuanto antes y se prevenga otra posible sustracción del menor de la jurisdicción del país donde supuestamente se encuentra el menor. Cuando se solicita la restitución de un menor a través de un exhorto este es enviado por el juez exhortante a la autoridad central mexicana que a su vez la remite al juez competente según nuestras leyes. Sucede lo mismo cuando México pide una restitución a algún Estado parte.

Lo más lógico es que se acuda a la autoridad central de cada Estado pues para ello fue designada y ella se encarga de dar trámite a la solicitud de restitución para ahorrar tiempo, y lograr la devolución del menor a su lugar de residencia habitual.

También existe la posibilidad de solicitar la restitución de un menor por la vía diplomática, pues existen personas que pueden encontrarse en el extranjero cuando sufran la sustracción o retención de su menor hijo, y como se encuentran en país desconocido tal vez no sepan como actuar, y en este caso pueden acudir a los encargados de las embajadas de su país en el Estado parte para que por medio de ellos se dé trámite a la solicitud de restitución.

En los tres casos anteriores cualquiera que sea el escogido por el titular de la acción de restitución debe de cumplir con los requisitos señalados por la propia convención en su artículo 9, salvo que la autoridad competente para conocer de ella ordene que se puede prescindir de alguno de ellos o de la

presentación de los documentos, si a su juicio se justifica la restitución.

D) Autoridad Central.

La autoridad centrales uno de los mecanismos más eficientes y más comunes en el área de la cooperación internacional en la que en muchos aspectos se adscribe la convención interamericana sobre restitución internacional de menores, se encuentra establecida tanto en los instrumentos internacionales que tienen por objeto la cooperación administrativa, como en aquellos que se refieren a la cooperación judicial.

El artículo 7 prevé que cada Estado parte debe designar una autoridad central y comunicar esta designación al Secretario General de la OEA, esta autoridad se encargará de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas a los Estados parte en la presente convención.

Las principales atribuciones de la autoridad central son : a) colaborar con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los Estados parte para obtener la localización y la restitución de menor, b) llevar a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos requeridos, y c) la cooperación recíproca y el intercambio de información sobre el funcionamiento de las reglas convencionales, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores.

También puede desempeñar el papel de mediadora, para lograr la devolución voluntaria del menor, a

quien tenga derecho a su custodia, a través de la autoridad judicial competente. Al comparecer ante la autoridad judicial lo hace en su carácter de autoridad central, como representante de los intereses de quien formuló la solicitud y acreditó su derecho con fundamento en la convención. Y aclara Laura Trigueros “En esa virtud está legitimada para actuar, no apoya su gestión en un mandato, pero tampoco carece de una representación judicial formal, ostenta una especie de representación legal derivada del instrumento internacional y con base en su nombramiento específico”.¹⁵⁴ En los casos donde no se logre la entrega voluntaria del menor, tendría que actuar como demandante en un procedimiento judicial de carácter contencioso.

La autoridad central en México es la Secretaría de Relaciones Exteriores más específicamente, la Coordinación de Asesoría y Defensoría Legal de Mexicanos en el Extranjero, aunque también podría ser el DIF.

También señala Laura Trigueros que: “En el caso de la Coordinación de Asesoría y Defensoría Legal de Mexicanos en el Extranjero, que es la autoridad central designada por México, se apoya en las facultades que le otorga su estatuto legal, de prestar apoyo jurídico a los particulares o que se lo soliciten desde el extranjero, para actos o gestiones que deban realizarse en el país.”¹⁵⁵

La coordinación de las actividades de las Autoridades Centrales de los Estados Parte de la Convención fue encargada al Instituto Interamericano del Niño.

¹⁵⁴ Op. Cita Pág 48

¹⁵⁵ Op. Cita. Pág 48

La función de la autoridad central se limita a la mediación, y en todo caso a una cooperación de carácter administrativo, en virtud de que a través de la propia Secretaría de Relaciones Exteriores se tramita todo lo relativo a exhortos y cartas rogatorias provenientes de autoridades extranjeras en las que se solicita cooperación de las homónimas mexicanas.

E) Anexos a la solicitud o demanda de restitución.

Los aspectos formales de la solicitud de restitución son regulados por el artículo 9:

1. La solicitud o demanda a que se refiere la presente convención deberá contener:

a. Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención,

b. La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y

c. Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.

Tanto el DIF como la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores, tienen unas solicitudes de

asistencia hechas con anterioridad para que al momento de que una persona solicita la restitución de un menor no se pierda tiempo y se de agilidad al asunto, el solicitante anota los datos que se piden en el artículo 9 inciso a. Una vez cumplido con el anterior requisito la autoridad central, redacta un escrito donde plantea la situación y la solicitud de restitución a la autoridad central del país donde presuntamente se encuentra el menor, donde cumple con el último requisito de fundamentar en derecho la solicitud hecha por la persona correspondiente, normalmente se basan en el artículo 414, 421, 352 del Código Civil del Distrito Federal.

Esta primera parte del artículo 9 se refiere a la solicitud administrativa, la segunda parte se refiere a una demanda judicial, tomando esta como sinónimo de solicitud.

F) Documentación fundatoria.

En la segunda parte del artículo 9 se señalan ciertos documentos que deben acompañar a la solicitud de restitución, a) copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable, b) documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante, c) certificación o información expedida por la autoridad central del Estado residente habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia de dicho Estado, d) cuando sea necesario traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los

documentos a que se refiere este artículo, y e) indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.

Para Tellechea: Es justificado la exigencia de los documentos señalados en la segunda parte del artículo 9, destinada a "evitar que la acción de restitución, que no implica prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo de la guarda, resulte abusivamente empleada en calidad de vía oblicua para la obtención de ésta, por padres, que no ejerciendo realmente la guarda, apelan al procedimiento sumario y más sencillo reglado por la convención a los efectos de devolver al menor a su centro de vida, para la obtención de aquella."¹⁵⁶

No obstante las anteriores exigencias, el numeral 3 del mencionado artículo admite una excepción; y faculta expresamente a la autoridad competente para prescindir de alguno de los requisitos formales de la solicitud o de la presentación de los documentos exigidos, si a su juicio se justificara la restitución.

Por otra parte, el numeral 4 señala que el requisito de la legalización no será necesario para los exhortos, solicitudes y documentos, cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad Central.

¹⁵⁶ Op. Cita. Pág 114.

G. Sujetos que intervienen.

Una vez presentada la petición, las autoridades del Estado donde se encuentra el menor deberán adoptar las siguientes medidas de conformidad con su propio derecho y cuando sea pertinente; las adecuadas para lograr la restitución voluntaria del menor; las asegurativas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción, hasta tanto se resuelva la petición de restitución; ordenar la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya un acto delictuoso. Si la restitución no se obtuviese en forma voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por la convención y sin más trámite, tomara: conocimiento del menor; adoptará las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejen las circunstancias; y si fuere procedente, dispondrá sin demora su restitución.

Los sujetos que intervienen en este procedimiento son: los titulares de la acción pudiendo ser los padres del menor, los tutores o guardadores, o las instituciones que tenían a su cargo a menor. Una vez instaurado el procedimiento intervienen en él, la autoridad central encargada de dar trámite a la solicitud, la autoridad central del país donde presuntamente se encuentre el menor, al tener conocimiento del hecho, la autoridad competente para conocer de la restitución del lugar de residencia habitual del menor, y todas aquellas autoridades que tengan que intervenir en caso de que la restitución no sea voluntaria.

En México, podrían intervenir en el procedimiento de restitución internacional de un menor que se encuentra en nuestro país retenido o trasladado ilícitamente además de las ya mencionadas, el juez local que debe ordenar las medidas necesarias para localizar al menor, puede solicitar la intervención de la policía judicial, medidas para evitar que la persona que tiene al menor se sustraiga de la jurisdicción de nuestro país, de instituciones encargadas de proteger al menor, como puede ser el DIF donde se puede ordenar el depósito del menor mientras se resuelve de la restitución.

H.La oposición.

La autoridad requerida no esta obligada a ordenar la restitución del menor cuando, un opositor_ persona física o jurídica_ demostrare: a) que los padres, tutores, guardadores o instituciones encargadas del cuidado del menor no ejercieran efectivamente su derecho al momento del desplazamiento o retención o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad.

Para Tellechea: "La hipótesis hace referencia a situaciones que de constatare son determinantes, ya que el reclamante carezca palmariamente de legitimación procesal para solicitar la restitución , ya que no haya existido en absoluto traslado o retención ilegal, cuanto que el traslado del menor ha sido consentido"¹⁵⁷

b) que exista riesgo grave que la restitución pueda exponer al menor a un peligro físico o psíquico.

¹⁵⁷ TELLECHEA, Bergman, Op. Cita. Pág 117.

También para este autor: "El riesgo de peligro físico capaz de producir el rechazo a la devolución del menor, debe ser grave, es decir, serio y de probable acaecimiento a consecuencia de la devolución del niño a su anterior centro de vida. Comprende no sólo situaciones que planteen el riesgo cierto de que el menor contraiga una dolencia de cuidado, sino también aquellas que generen el fundado temor de que el incapaz quede expuesto a situaciones de desamparo o negligencia en su cuidado, abuso sexual, etc.

El peligro psíquico engloba todas aquellas situaciones capaces de afectar de modo importante la correcta formación emocional e intelectual del niño; tales las consecuencias que pueden derivarse de la separación de niños de corta edad de la madre con la que siempre hubieren convivido."¹⁵⁸

La última parte del artículo 11 autoriza a la autoridad a denegar la restitución, si constata que el menor requerido se opone a ello. La opinión del menor será tomada en consideración si su edad y madurez, decidan a la autoridad que interviene a considerarla, tratándose en consecuencia de una potestad del órgano que interviene.

El artículo 12 regula la oposición. La oposición deberá deducirse dentro de los ocho días hábiles a partir del momento en que la autoridad hubiera tomado conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene.

¹⁵⁸ Obra citada. Pág 118

La autoridad judicial o administrativa tiene la obligación de informarse sobre el contenido del derecho extranjero aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor; pero también se encuentra facultada para pedir asistencia a las Autoridades Centrales o a los agentes diplomáticos o consulares de los Estados Parte. La oposición debe ser decidida dentro de los sesenta días siguientes a la recepción de la oposición.

Para Monroy Cabra: "En la oposición se garantiza el derecho de defensa de quien retiene al menor. Además, la norma no prevé forma especial, de notificación, por lo cual es válida cualquier forma de hacer saber a quien retiene al menor de que se ha iniciado el procedimiento de restitución"¹⁵⁹

I) Alcance de la restitución.

Según el artículo 15 la restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda.

El procedimiento de restitución pretende única y exclusivamente volver al menor a su entorno natural del cual ha sido separado. El problema de fondo se debe tramitar ante el juez competente, y este aspecto no está regulado en la convención.

¹⁵⁹ MONROY, Cabra, Op Cita, Pág 533

El artículo 16 contempla para Monroy Cabra: "un caso de prejudicialidad necesario para que tenga efectividad el procedimiento de restitución."¹⁶⁰ Pues manifiesta que las autoridades administrativas o judiciales que conozcan de un traslado o retención ilícitas, no podrán decidir sobre el fondo del derecho hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones de la convención para un retorno del menor o hasta que un período razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación de esta convención. Este artículo faculta a las autoridades que conozcan de una restitución que en caso de que el solicitante no compruebe tener legitimación para instaurar el procedimiento o si tiene conocimiento de un traslado o retención pero no se presenta dicha solicitud, puede decidir el fondo del asunto, donde se encuentra en juego el bienestar del menor.

Así mismo Tellechea menciona: "No obstante regular la convención un prolijo procedimiento restitutorio que faculta inclusive la oponibilidad de excepciones que pueden ser determinativas de la no devolución del incapaz, el artículo 17 permite a las autoridades requeridas ordenar la entrega en cualquier momento. Facultad excepcional, que fue otorgada pensándose en casos especiales en los que no corresponde dilación alguna en la entrega; tal la hipótesis prevista en el artículo 26, traslados o retenciones delictivas. Situaciones graves en las que se entendió que la convención no debía transformarse en obstáculo para el inmediato reintegro del menor."¹⁶¹

¹⁶⁰ MONROY, Cabra Op, Cita, Pág 536

¹⁶¹ TELLECHEA, Bergman, Op. Cita, Pág 123

Estos tres artículos marcan bien el alcance que debe tener la convención, y cuya finalidad es exclusivamente la restitución del menor a su lugar de residencia habitual, y no el prejuzgamiento del fondo del asunto.

J) Destino del menor.

Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días desde que fue recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no hubiere tomado medidas las necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.

Una vez que la autoridad competente de un Estado Parte tiene conocimiento que existe en el territorio de su Estado un menor trasladado o retenido ilegalmente, y se han llenado los requisitos exigidos por la convención debe tomar las medidas necesarias a garantizar el bienestar del menor y evitar que la persona que lo retiene lo pueda sustraer de la jurisdicción de dicha autoridad. Después de ser debidamente notificado de la acción de restitución que existe en su contra, si accede a entregar al menor voluntariamente se deben hacer los trámites necesarios para que el menor vuelva con su progenitor que tiene la patria potestad de él, y mientras debe ser asegurado en una de las instituciones encargadas de la protección del menor, es el caso en México del DIF

Cuando se niega a la devolución del menor, se deben tomar medidas necesarias que garantizan que no se vaya a sustraer de la jurisdicción de la autoridad competente, y deben tomar conocimiento personal del menor, es decir, ponerlo a

salvo y lejos de la persona que lo ha trasladado o retenido ilícitamente para asegurar su salud y bienestar.

Una vez que se han comprobado los requisitos exigidos por la convención y la persona que solicita la restitución a comprobado la restitución, se comunica a la autoridad central del lugar de residencia habitual del menor que deben hacer los trámites necesarios para hacer efectivo el traslado del menor a su País de origen. Los gastos de traslado estarán a cargo del actor, en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado.

K) Localización del menor.

Los artículos 18,19, y 20 de la convención consagran un procedimiento especial para la localización de menores, que constituye medida indispensable para la efectividad del procedimiento de restitución de ellos.

El artículo 9, literal b exige, que se proporcione información relativa a la ubicación del menor. En tanto pueden deducirse situaciones en que únicamente se suponga la presencia del incapaz en otro Estado, el artículo 18 faculta a las autoridades de un Estado Parte, y a los titulares de la acción de restitución, para requerir ante los órganos competentes del país donde se presume se encuentra el incapaz, su localización.

Menciona Tellechea que: "Las autoridades requeridas que llegaren a conocer que en su jurisdicción se encuentra un menor ilegalmente fuera de su residencia habitual,

deberán adoptar con urgencia todas las medidas para preservar su salud física y moral y evitar que sea sustraído a su jurisdicción, debiendo comunicar el hecho a las autoridades del Estado requirente, artículo 19. Las medidas adoptadas respecto al menor tienen duración ilimitada, artículo 20. Si la restitución no es solicitada dentro del término de sesenta días calendario contados a partir de la comunicación de localización del menor a las autoridades del Estado requirente, tales medidas pueden ser dejadas sin efecto. Cabe precisar que las decisiones que las autoridades del Estado de localización pueden dejar sin efecto, son únicamente las asegurativas del incapaz a su jurisdicción, pero no las tuitivas de su persona, que responden, según se viera, no a un deber de auxilio frente a autoridades extranjeras, sino a la obligación de protección a todo menor que se encuentra bajo la jurisdicción del órgano actuante”¹⁶²

Sin embargo el levantamiento de las medidas no impide el ejercicio del derecho a solicitar la restitución de acuerdo con los procedimientos y plazos establecidos en la convención. Esto significa que la caducidad del procedimiento especial de localización del menor no implica la del procedimiento de restitución de éste.

Mencionaremos que de acuerdo a la convención y en el estudio de Monroy Cabra se contemplan tres procedimientos: “a) de restitución de menores cuando ha sido interrumpido el ejercicio de la patria potestad por los padres o por uno de éstos, o cuando los guardadores no han podido ejercer la guarda del menor, o cuando se ha hecho imposible ejercer su custodia o tenencia b) de localización de menores, en cuyo caso es suficiente una solicitud acompañada de los datos

¹⁶² Obra citada Pág 123

necesarios para dar con el paradero del menor, c) procedimiento para que se pueda ejercer el derecho de visita que se tramita por el procedimiento previsto para la restitución del menor.”¹⁶³

L) Disposiciones Generales.

Las disposiciones generales se encuentran reguladas en los artículos 22, 23, 24, 25, 26, y 27. Los artículos 22, 23 y 24 regulan el trámite de exhortos y solicitudes relativas a la restitución y localización de menores. La convención recoge las cuatro vías clásicas del auxilio judicial internacional: judicial, particular, diplomática o consular y autoridad central, según el artículo 22. Estas opciones son como una forma de hacer más expedita la cooperación internacional. Las solicitudes transmitidas vía diplomática y autoridad central no hacen necesaria la legalización de la documentación remitida conforme al artículo 9 de la propia convención.

La tramitación de los exhortos o solicitudes contempladas en la convención y las medidas a que diere lugar serán en principio gratuitas según el artículo 23, y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, depósito o caución cualquiera que sea su denominación. Sin embargo, al ordenar la restitución de un menor, las autoridades competentes podrán disponer, atendiendo a las circunstancias del caso, que la persona que trasladó o retuvo ilegalmente al menor pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante, los otros incurridos en la localización del menor, así como las costas y gastos inherentes a su restitución. Si la parte utiliza los servicios de un abogado debe pagarlos, advirtiéndole que no es necesario apoderado para el procedimiento.

¹⁶³ MONROY, Cabra, Obra citada, Pág 534

El objetivo primordial de la convención de asegurar la pronta restitución del menor, determina la tramitación de oficio por la autoridad exhortada de los procedimientos al logro del fin perseguido, pero las partes interesadas pueden intervenir por sí mismas o por apoderado.

La restitución podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del estado requerido y consagrados en instrumentos del carácter universal y regional de derechos humanos y del niño. De acuerdo con Monroy Cabra: "La concepción del orden público internacional prevista en la norma tiene estas características: a) la no aplicación de la convención sólo procede cuando haya violación manifiesta de los principios básicos del Estado requerido y que están contenidas en la Constitución y leyes de dicho estado, b) la violación debe ser manifiesta, notoria, grave; c) la inaplicabilidad de la convención también se presenta cuando se desconoce los derechos humanos consagrados en tratados a escala universal y regional. La razón esta en que las normas de derechos humanos son de jus cogens por haber sido aceptadas por la comunidad internacional."¹⁶⁴

Como menciona García Moreno: "Pudiera parecer que el siguiente precepto de la convención, que se limita a efectos civiles del secuestro de menores, la conferencia especializada de Montevideo consideró que no estaba por demás el artículo 26. Se considero conveniente su inclusión para desestimular y punir el escandaloso mercado de niños a nivel universal para fines de explotación, abuso sexual, comercio de órganos humanos, entre otros."¹⁶⁵

¹⁶⁴ Obra citada, Pag. 539

¹⁶⁵ GARCIA, Moreno, Carlos, Op. Cita. Pág. 270

M) Disposiciones Finales.

Las disposiciones finales están contenidas en los artículos 28 a 38, son las mismas adoptadas en convenciones anteriores suscrita en las conferencias de derecho internacional privado. Pueden resumirse así: a) la convención está abierta a todos los Estados de la OEA; b) permite la adhesión de cualquier otro Estado; c) cada Estado puede formular reservas, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas, y que no sean incompatibles con el objeto y fines de esta convención; d) permite a los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos sobre la materia, declarar que la convención se aplica a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas; e) entre Estados que fueren partes en el convenio de La Haya, rige esta convención. Pero los Estados podrán convenir en la aplicación preferente del Convenio de La Haya; f) la convención no restringe otras convenciones que en el futuro se suscriban o las prácticas más favorables que los Estados observen en esta materia; y g) la convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha del depósito del segundo instrumento de ratificación.

10. Países suscriptores y ratificantes.

En la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado participaron diecinueve países; Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América del Norte, Guatemala, Haití, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela; se

abstuvieron de concurrir: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Dominica, Granada, Jamaica, Nicaragua, República Dominicana, San Vicente y Granaditas, Saint y Nevis, Santa Lucía y Surinam.

Los países que se han suscrito a la Convención son:

Argentina 11/24/92, Bolivia 07/15/89,
 Brasil 07/15/89, Colombia 07/15/89, Ecuador 07/15/89,
 Guatemala 07/15/89, Haití 07/15/89, México, 07/07/89,
 Paraguay 07/15/89, Perú 07/15/89, Uruguay 07/15/89, Venezuela
 07/15/89.

“De acuerdo al libro publicado por la Secretaría de Relaciones Exteriores; México: Relación de Tratados en vigor, nuestro país firmó la Convención el seis de abril de mil novecientos noventa y dos, se ratificó el cinco de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, entro en vigor para México el cinco de noviembre de ese mismo año, y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de noviembre también de ese año. Y al parecer según datos tomados del mismo libro México es el único país que la ha ratificado.”¹⁶⁶

¹⁶⁶ SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, MÉXICO: Relación de Tratados en vigor, Themis, México, 1991, Pág 443

CONCLUSIONES.

1.- En las diferentes etapas de la historia el menor ha sido objeto de abusos en su persona, por parte de quienes lo rodean, entre ellos, sus propios padres, pero de la misma manera se han dado cambios favorables que permiten la protección del mismo.

2.- El menor es un miembro importante de la sociedad y, como tal, debe recibir cuidados especiales que le permitan desarrollarse adecuadamente sin sufrir daños morales o psíquicos.

3.- El menor, en virtud de su incapacidad puede convertirse en blanco de abusos procedentes de personas que le rodean. Se reconoce que también hay sujetos orientados a la protección del menor.

4.- Ante los atentados que puede sufrir el menor, consistentes en su retención ilícita o sustracción ha surgido el consenso internacional para el logro de su restitución, incluso más haya de las fronteras.

5.- Le corresponde a las autoridades gubernamentales difundir los diversos medios existentes que tiendan a la mejor tutela del menor dada su calidad de ser humano.

6.- Es loable el acrecentamiento de los esfuerzos oficiales para crear instituciones y figuras jurídicas encauzadas a favorecer la situación del menor. En particular se menciona la modificación realizada en el Código Penal para

tipificar y castigar el delito de sustracción o retención de un menor por alguno de sus padres.

7.- El tema referente a la restitución internacional de menores puede ser analizado bajo la perspectiva que corresponde a diversas ramas del derecho.

8.- Es competencia, en México, de la Consultoría jurídica y del Sistema nacional para el desarrollo de la familia ocuparse de la tramitología en los casos de restitución internacional de menores.

9.- La legislación secundaria deberá sufrir las modificaciones necesarias para actualizarse bajo la perspectiva de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

10.- Los tratados internacionales benéficos a los menores constituyen el sustento jurídico a efecto de que los derechos de los menores puedan hacerse efectivos más haya del país en el que tienen su residencia habitual.

11.- Afortunadamente se pueden invocar varias convenciones con cláusulas útiles cuyo objetivo principal es la protección del menor.

12.- Las normas internas pueden resultar insuficientes frente a la necesidad de proteger al menor, por tanto, los países deben intentar la celebración de acuerdos internacionales.

13.- La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores llena el vacío, a nivel continental, que existía en cuanto a traslados y retenciones ilícitas de menores

14.- El logro de la restitución internacional de menores se obtiene mediante el cumplimiento de la convención y a través de la cooperación internacional.

15.- El exhorto internacional es el medio idóneo para realizar el procedimiento que habrá de conseguir la restitución de menores

16.- Se ha incrementado el número de traslados y retenciones ilícitas de menores en razón de matrimonios y divorcios de personas de diferente nacionalidad.

17.- La Convención permite celeridad en la restitución de menores y también propicia el respeto al derecho de guarda o custodia y de visita.

18.- Los derechos que tutela la convención, respecto del menor tienen como meta que el menor se desarrolle en las mejores condiciones posibles y que haya seguridad en cuanto a su residencia.

19.- La retención o traslado ilícito del menor en un Estado distinto a su residencia habitual, por alguno de sus progenitores, afecta el ejercicio de la guarda o custodia que a sido otorgada por autoridad competente.

20.- Es parte de la convención respectiva el Estado mexicano por lo que requiere instaurar un procedimiento adecuado para la aplicación de la convención.

21.- Corresponde solicitar la restitución de menores a quienes ejercen la patria potestad sobre ellos o a instituciones autorizadas.

22.- La restitución de menores ha de concederse cuando el menor este a salvo de peligro grave físico o psíquico y la persona que la solicita sea la titular del derecho de guarda o custodia, o de visita.

23.- La autoridad competente respecto de la restitución de menores tiene a su cargo, en su caso la previa localización del menor y si es posible gestionar la entrega voluntaria del menor.

24.- Deberán respetarse los derechos esenciales de los menores y los derechos fundamentales del país en el que se encuentre el menor.

25.- Es recomendable que todos los países miembros de la Organización de Estados Americanos se adhieran a la ya vigente Convención Interamericana sobre restitución internacional de Menores pues, dicho instrumento protege realmente a los menores.

BIBLIOGRAFIA.

- ABOUHAMAD HOBAICA, Chibly: El menor en el mundo de su ley, Gaceta legal, Venezuela, 1980.
- ANTOLISEI, Francisco: Manual de Derecho Penal, Themis, Colombia, 1988.
- ALVAREZ COZZI, Carlos: Restitución internacional de menores, Editorial Universidad, Uruguay, 1988.
- ARAMBURO, D.Mariano: La capacidad civil, Reus, España, 1970.
- ARELLANO GARCIA, Carlos: Derecho Internacional Privado, Porrúa, México, 1995.
- BARRIOS DE ANGELIS, Dante: El proceso civil, comercial y penal de América Latina, Palma, Argentina, 1989.
- BIALOSTOSKY, Sara: Panorama del Derecho Romano, UNAM, México, 1990.
- BOGGIANO, Antonio: Derecho Internacional Privado, Tomo III, Argentina, 1991.
- BORDA, Guillermo.A: Manual de Derecho Civil, Perrot, Argentina, 1980.
- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Heliasta, Argentina, 1981.
- CARMIGNANI, Giovanni: Elementos de Derecho Criminal, Themis, Colombia, 1979.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos de Derecho Penal, Porrúa, México, 1990.
- COBO DEL ROSAL, M: Derecho Penal, Tirant la blanch, España, 1990.
- COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: Convención sobre los Derechos del Niño, CNDH, México, 1990.

- COUTURE, Eduardo J: Vocabulario Jurídico, De Palma, Argentina, 1993.
- CUELLO CALON, Eugenio: Derecho Penal, Tomo I, volumen 1 y 2, Bosch casa editorial, España, 1980.
- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F: La familia, Porrúa, México, 1992.
- DE CASSO y ROMERO, D. Ignacio: Diccionario de Derecho Privado, tomo II, Labor, España, 1950.
- DIEGO DIAZ SANTOS, María del Rosario: Los delitos contra la familia, Montecorvo, España 1973.
- DE IBARROLA, Antonio: Derecho de familia, Porrúa, México, 1993.
- DE PINA, Rafael: Diccionario de Derecho, Porrúa, México, 1978.
- DE PINA, Rafael: Elementos de Derecho Civil Mexicano, volumen 2, Porrúa, México, 1992.
- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo: Derecho Civil. Parte General, Porrúa, México, 1990.
- DE PINA, Rafael: Elementos de Derecho Civil Mexicano, Porrúa, México, 1992.
- FERNANDEZ DE LEON, Gonzalo: Diccionario de Derecho Romano, Sea, Argentina, 1962.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Código Penal comentado, Porrúa, México, 1992.
- GARCIA MORENO, Víctor Carlos (coordinador): Duodécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, UNAM, México, 1989.
- GOMEZ RIERA, Alfredo: Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XIX. Editorial bibliográfica argentina, Argentina, 1980.
- GONZALEZ PORRAS, José Manuel, La familia, el derecho y la libertad, publicaciones del monte de piedad y caja de ahorros de Córdoba, España, 1987.

- GUGLIELWI, Enrique.A: Instituciones de Derecho Civil, Editorial Universidad, Argentina, 1980.
- GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julian: ¿Qué es el derecho familiar?, Promociones Jurídicas y culturales, México, 1987.
- GUTIERREZ ALVIZ y ARMARIO, Faustino: Diccionario de Derecho Romano, Reus, España, 1982.
- HERNANDEZ ORDOÑEZ, Filiberto: La normación protectora del menor en el orden constitucional y en el sistema del derecho civil, Revista de la Facultad de Jurisprudencia, número 3, tomo I, México, 1973.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Derechos de la niñez, UNAM, México, 1990.
- LANDONI SOSA, Angel: Las Convenciones Internacionales sobre Obligaciones Alimentarias y Restitución Internacional de Menores, aprobadas en el CIDIP IV, celebrado en Montevideo Uruguay, del 9 al 15 de julio de 1989, Revista Uruguaya del derecho procesal, número 2, 1989.
- MARGADANT SOLIS, Guillermo: El Derecho Privado Romano, Esfinge, México, 1968.
- MARTINEZ LOPEZ, Antonio José, Código del menor y jurisdicción de familia, ediciones librería del profesional, Colombia, 1991.
- MARTINEZ LOPEZ, Antonio José, El menor ante la norma penal y delitos contra el menor y la familia, ediciones librería del profesional, Colombia, 1986.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, Derecho de Familia y de menores, librería jurídicas Wilches, Colombia, 1991.
- MORATÍN, L.F: Gran Enciclopedia Larousse, tomo 15,19, Planeta, España, 1988.
- ORRELLANA WIARCO, Octavio A: Manual de Criminología, Porrúa, México, 1988.

PEREZ GONZALEZ, Manuel, Hacia un nuevo orden internacional y europeo, Tecnos, España, 1993.

PLANIOL, Marcel: Tratado elemental de Derecho Civil, Tomo I 2, México, 1984.

Primer Congreso Nacional Sobre el Régimen del Menor, México, 1973.

QUINTANO RIPOLLES, A: Comentarios al Código Penal, Revista Derecho Privado, España, 1980.

RICO PEREZ, Francisco, La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil, Montecorvo, España, 1980.

SAINZ GOMEZ, José María: Derecho Romano Internacional, Noriega limusa, México, 1991.

SEARA VAZQUEZ, Modesto, Derecho Internacional Público, Porrúa, México, 1993.

SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES: México: Relación de Tratados en vigor, Themis, México, 1991.

SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA: Compilación de Legislación sobre Menores, Dirección de asistencia, México, 1996.

SOLIS QUIROGA, Hector: Sociología criminal, Porrúa, México, 1987.

SOTO PEREZ, Ricardo: Nociones de Derecho Positivo Mexicano, Esfinge, México, 1980.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo: Derecho Internacional Privado de familia y minoridad, fundación de cultura universitaria, Uruguay, 1988.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo: Las Convenciones Interamericanas sobre Restitución Internacional de Menores y Obligaciones Alimentarias de Montevideo de 1989, revista de la facultad de derecho y ciencias sociales, número 1-2, 1990.

TRIGUEROS G, Laura (coordinadora): Memoria del XIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, UAM, México, 1992.

TRIGUEROS G, Laura: Restitución Internacional de Menores. Aplicación interna de una convención. Alegatos, número 25, México, 1993.

ZANNONI, Eduardo: Derecho Civil. Derecho de Familia, Tomo 2 Astrea, Argentina, 1989.

LEGISLACION.

LEYES Y CODIGOS DE MEXICO: Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1996.

LEYES Y CODIGOS DE MEXICO: Código Penal para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1996.

LEYES Y CODIGOS DE MEXICO: Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, Porrúa, México, 1996

LEYES Y CODIGOS DE MEXICO: Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1996.

LEYES Y CODIGOS DE MEXICO: Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1996.

LEYES Y CODIGOS DE MEXICO: Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Porrúa, México, 1996.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION. TOMO DXXXI No. 21.30/12/97.