



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES

ARAGÓN

PROBLEMÁTICA PARA LA RESTITUCIÓN  
INTERNACIONAL DE MENORES EN MÉXICO

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
**P R E S E N T A :**  
MILDRED HERLINDA ESCOBAR FIGUEROA

ASESOR: LIC. LEOPOLDO GARCÍA BERNAL.

MÉXICO

2005

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.  
POR BRINDARME LA OPORTUNIDAD DE PERTENECER A  
ELLA Y FORMARME COMO PROFESIONISTA.

A LA FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN  
POR OTORGARME TODOS LOS MEDIOS NECESARIOS  
PARA LOGRAR LOS CONOCIMIENTOS.

A TODOS LOS PROFESORES QUE ENTREGARON  
PARTE DE SU SABER Y LO TRANSMITIERON EN  
MI FORMACIÓN PROFESIONAL.

A DIOS.

POR DARMÉ LA FUERZA NECESARIA  
PARA CONTINUAR EN EL CAMINO.

A MI MADRE YOLANDA FIGUEROA RAMÍREZ.  
PORQUE SIN SU APOYO NO SERÍA LO QUE SOY.

A MI PADRE JULIO ESCOBAR PINEDA.  
PORQUE ESTE LOGRO TAMBIÉN ES  
TUYO.

A MI HIJA DANIELA ALEXANDRA.  
POR SER LA RAZÓN DE MI EXISTIR.

A MIS HERMANOS NANCY E ISAÍAS.  
POR SU CARIÑO Y APOYO INCONDICIONAL.

A MI ASESOR LIC. LEOPOLDO GARCÍA BERNAL.  
POR BRINDARME SUS CONOCIMIENTOS.

A TODOS MIS AMIGOS QUE COMPARTIMOS  
NUESTRA REALIZACIÓN PROFESIONAL.

A TODOS USTEDES GRACIAS.

## INDICE.

|  | PAGINA. |
|--|---------|
| <b>INTRODUCCIÓN</b> .....  | I       |
| <br><b>CAPITULO I. "ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS DEL MENOR"</b>                                  |         |
| 1.1 ANTECEDENTES GENERALES.....  | 2       |
| 1.2 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO 1924...                                       | 7       |
| 1.3 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1959.....                                  | 11      |
| 1.4 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 1989.....                      | 18      |
| 1.5 CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES..... | 20      |
| <br><b>CAPITULO II. "MENOR DE EDAD Y ASPECTOS FILIALES"</b>                                      |         |
| 2.1 MENOR DE EDAD.....   | 24      |
| 2.1.1. Concepto.....   | 24      |
| 2.1.2. Determinación de la condición de menores.....   | 26      |
| 2.2 LA FAMILIA.....  | 28      |
| 2.2.1. Concepto de familia.....  | 29      |
| 2.2.2. Caracteres de familia.....  | 32      |

|        |   |    |
|--------|---|----|
| 2.3    | FILIACIÓN.....  | 33 |
| 2.3.1. | Concepto.....   | 33 |
| 2.3.2. | Presupuestos de filiación.....  | 35 |
| 2.3.3. | Clases de filiación.....  | 37 |
| 2.4    | PATRIA POTESTAD.....  | 41 |
| 2.4.1. | Concepto y caracteres.....  | 41 |
| 2.4.2. | Titulares del derecho y del ejercicio.....                                    | 43 |
| 2.4.3. | Extinción, pérdida de la patria potestad y<br>suspensión de su ejercicio..... | 44 |
| 2.5    | TUTELA.....   | 47 |
| 2.5.1  | Concepto y caracteres.....  | 47 |
| 2.5.2  | Clases de tutela.....   | 50 |
| 2.5.3  | Extinción de la tutela.....   | 51 |

### **CAPITULO III. "REGULACIÓN JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN"**

|        |                                       |    |
|--------|---------------------------------------|----|
| 3.1.   | LA SUSTRACCIÓN ILEGAL DE MENORES..... | 54 |
| 3.1.1. | Definición.....                       | 54 |
| 3.1.2. | Ilicitud.....                         | 56 |
| 3.1.3. | Configuración delictiva.....          | 57 |
| 3.1.4. | Retención ilegal.....                 | 59 |

|        |  |    |
|--------|--|----|
| 3.2.   | PROTECCIÓN DE MENORES.....   | 61 |
| 3.2.1. | Convención sobre los Derechos del Niño.....  | 61 |
| 3.2.2. | Interés del menor.....   | 67 |
| 3.2.3. | Derecho de custodia y visita.....  | 69 |
| 3.3.   | CONVENCIONES INTERNACIONALES.....  | 76 |
| 3.3.1. | Convención Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción<br>Internacional de Menores..... | 76 |
| 3.3.2. | Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional<br>de Menores.....                 | 80 |
| 3.3.3. | Convención Interamericana Sobre Restitucion<br>Internacional de Menores.....             | 84 |
| 3.4.   | DERECHO COMPARADO.....   | 89 |
| 3.4.1. | Uruguay.....   | 89 |
| 3.4.2. | Argentina.....   | 92 |
| 3.4.3. | España.....  | 94 |

**CAPITULO IV. "PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN  
INTERNACIONAL DE MENORES"**

|     |   |    |
|-----|---|----|
| 4.1 | CONCEPTO DE RESTITUCIÓN.....                                  | 97 |
| 4.2 | PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE<br>MENORES..... | 99 |



|                   |  |     |
|-------------------|--|-----|
| 4.3               | ÓRGANOS COMPETENTES EN EL PROCEDIMIENTO.....           | 103 |
| 4.4               | EXCEPCIONES A LA RESTITUCIÓN DEL MENOR.....            | 105 |
| 4.5               | PROBLEMÁTICA DE LA RESTITUCIÓN DE MENORES EN MÉXICO... | 107 |
| 4.6               | SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA RESTITUCIÓN EN MÉXICO.....  | 110 |
| CONCLUSIONES..... |  | 114 |
| BIBLIOGRAFIA..... |  | 117 |
| LEGISLACIÓN.....  |  | 120 |

## **INTRODUCCIÓN**

En la actualidad se ha observado el aumento de divorcios o separaciones entre los cónyuges, debido a diferentes situaciones; pero con una sola consecuencia la separación de los menores hacia uno de sus progenitores; ya sea porque no llegaron a un buen arreglo o bien por chantajes emocionales se sustrae ilícitamente al menor dejando a la otra parte indefensa.

Poco se ha escrito en México sobre la sustracción ilícita de menores, por parte de uno de sus progenitores e incluso de un miembro de la familia; y más aún se desconoce el procedimiento a llevar para su restitución, no obstante su importancia.

Por ello se considera de mayor relevancia el análisis que realizaremos bajo el título "Problemática para la Restitución Internacional de Menores en México"; en la cual trataremos de dar una visión jurídica y objetiva de dicho tema en un régimen en el que debemos reconocer la existencia lamentable de este problema llamado sustracción y/o retención ilícita de menores llevada a cabo por su padre o madre en muchas ocasiones al

presentarse las situaciones de divorcio o separación, ya sea de que se trate de sujetos con una misma nacionalidad o distinta nacionalidad.

El Procedimiento sobre la restitución internacional de menores se rige por convenios y acuerdos celebrados entre Estados de diferentes países en el mundo, cuyo objetivo es el de evitar que mediante el traslado ilícito de un menor a otro país, se vea violado el derecho de custodia y visita del menor que se tenía hasta antes de su traslado.

Tales faltas ocurren desafortunadamente en todos los sentidos, lo mismo en el caso en que este régimen ambiguo y confuso y de difícil instrumentación se convierte en apoyo para que el violador de la norma utilizando las lagunas o desconocimiento existentes mantenga su falta, como en sentido opuesto.

Los Convenios que regulan el procedimiento de restitución internacional de menores son la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y La Convención Interamericana sobre la Restitución de Menores; de

los cuales México es miembro, y por lo tanto esta obligado a lograr su objetivo.

Ambas Convenciones señalan que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se cumplan en sus respectivos territorios los objetivos de la Convención, y para ello elaborarán leyes o reformarán su legislación si es necesario para su exacta aplicación.

México no obstante de lo anterior, no cuenta con un marco jurídico en el cuál pueda apoyarse para el cumplimiento de la Convención, a pesar de las reformas que se han realizado en el derecho familiar, los términos de traslado y retención ilícita no figuran en nuestra legislación actual; mucho menos a lo que sería un procedimiento de restitución, esto resulta a consecuencia de la falta de interés y de conocimiento del mismo.

Por ende, es necesaria la creación de una Ley Federal de Restitución de Menores, para una aplicación correcta de la Convención y a la vez un cumplimiento de cooperación procesal internacional, y sobre todo evitar que un menor se encuentre en

un lugar diferente a su residencia habitual lejos de alguno de sus progenitores.

El presente trabajo de investigación consta de cuatro capítulos; en el primero tendremos un conocimiento general de la evolución de la protección de los menores hasta el contexto actual; en el segundo capítulo se contempló el estudio de los diferentes términos que se manejarán a lo largo del trabajo de estudio como son: qué es menor de edad, la patria potestad, el derecho de guarda y custodia entre otros. El tercer capítulo está integrado por el marco jurídico que en la actualidad rige las leyes mexicanas para la protección del menor y la restitución del mismo. En el último capítulo tenemos el procedimiento de la restitución de menores, los órganos competentes, las excepciones a la restitución, así como los problemas que avoca a México sobre la restitución internacional de menores y la posible solución a la misma.

## **CAPITULO I.**

### **"ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS DEL MENOR"**

- 1.1 ANTECEDENTES GENERALES.**
- 1.2 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO 1924.**
- 1.3 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1959.**
- 1.4 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 1989.**
- 1.5 CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.**

## **CAPITULO I**

### **"ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS DEL MENOR"**

#### **1.1 ANTECEDENTES GENERALES.**

La preocupación por brindar una protección a los menores, ha variado por el transcurso de los años desde la antigüedad, ya que este era inexistente y se daba sólo por el afecto que se obtenía de sus progenitores; es hasta nuestra época cuando se han creado legislaciones protectoras a los menores, acorde a las necesidades que se presentan, que van desde el ámbito local y continuando por el ámbito internacional. Por lo que es menester, realizar una pequeña referencia de los antecedentes sobre la protección de los menores para una mejor percepción de su evolución.

En la antigüedad la personalidad de los menores se encontraba inmersa en un exacerbado control, donde los adultos tenían el poder sobre éstos. En este sentido, el sometimiento era tal que los niños al nacer solían ser examinados por una comisión de ancianos, los cuales determinaban su futura condición para desempeñar el papel de soldado o incluso de ciudadano.

La familia antigua se fundamentaba en un principio político, y se caracterizaba por el rasgo dominante del régimen patriarcal, es decir, la soberanía del padre o del abuelo paterno donde los derechos eran ejercidos a través de estos.

Durante la época romana, la familia toma gran relevancia, el menor se encontraba sujeto a la soberanía del *paterfamilias*, por lo que la protección hacia este no tuvo mayor desarrollo, ya que aquel decidía todo lo concerniente a su educación, a la administración del patrimonio familiar; además de que tenía la capacidad de juzgar a sus hijos a quienes incluso podía condenar de muerte. Para poder otorgarle a un menor el ejercicio de sus derechos, en el primitivo derecho romano se tomaron como referencia, ciertos cambios físicos, los cuales se encontraban relacionados: con la edad, la expresión de palabra y el desarrollo corporal ; así lo señala María Isabel Álvarez Vélez " *Así, al que no sabía hablar se le llamo infante (infans); al que no había alcanzado el pleno desarrollo corporal, manifestado según ellos en la aptitud de la procreación, se le llamó impúber; mientras que al que había alcanzado el pleno desarrollo corporal, y con ello plena capacidad, se le llamó púber. Sin embargo, ninguna de estas etapas tenía una duración determinada, sino que dependía en cada caso del sujeto en cuestión, de tal forma*



*que se le sometía a un examen en particular para determinar la llegada a la pubertad.”<sup>1</sup>*

Esta falta de determinación trajo como consecuencia que la jurisprudencia romana de alguna forma intentara establecer límites entre uno y otro estado. En este aspecto se estableció una edad cronológica para dividirlos; teniendo entonces que la infancia se prolonga hasta los siete años de edad, porque se considera que hasta esta etapa el niño al hablar lo hace sin inteligencia, es una etapa de plena incapacidad; en la que no podía realizar ningún tipo de acto jurídico, sin tener la responsabilidad que pudiera ocasionar su actuar.

En el periodo de la impubertad se distinguían diferentes periodos, como era la distinción entre la infancia de la mayor infancia y ésta última se subclasificaba en próximos a la infancia, (*impúberes infantie proximi*) y *próximo a la pubertad*, (*impúberes pubertati proximi*). De esta forma los *impubes infantia maior*, era el impúber entre los siete y los catorce años en el hombre, y para la mujer era entre los siete y los doce años, como lo trata ALVAREZ Velez *"Justiniano adoptó límites entre la impubertad y la pubertad, los siguientes: se llamaba impúber al menor de doce años para ( la mujer) o catorce años (para el varón), y púber al mayor de esa edad.”<sup>2</sup>*, los cuales podían realizar actos o negocios siempre y cuando les

---

<sup>1</sup> ALVAREZ VELEZ, María Isabel. Los Derechos del Niño en el Marco de la Naciones Unidas y el Derecho Constitucional Español, Ed. UPCO-MADRID, 1994. Pág.3

<sup>2</sup> *Ibidem* .Pág.4

integridad, por ser la única preocupación el que realizare actos jurídicos o negocios jurídicos que les pudiera perjudicar.

El poder absoluto que ejercía el *paterfamilias*, se vería desmembrado como consecuencia de la integración de instituciones especiales de familia, completándose la protección de los menores; surgiendo entre éstas la institución de la Patria Potestad, como institución central del derecho de padres e hijos, institución que se justifica con la función del progenitor de educar a la prole, pero esta cesaba con la mayoría del hijo. Es necesario señalar que durante la época romana no se estableció una legislación que resultare protectora de menores.

Durante la época del cristianismo es donde el menor es tomado en consideración acorde a lo que señala el Nuevo Testamento, el derecho esencial que tiene su libertad, que necesita respeto y dignidad como todo sujeto.

Época en que se le reconoce al menor con un valor y significado original, donde los niños son un modelo a imitar, ya que estos eran llamados a entrar en el reino de los cielos, acorde a la postura Cristiana. Resulta importante destacar que durante el Cristianismo, se infunde como valor sagrado la libertad de toda persona humana, siendo su concepción la que el hombre es creado a imagen y semejanza de dios; entonces se da la plenitud de la dignidad de toda persona humana, como un ser individual y libre, con derechos que nada, ni nadie debe restringir.

En el siglo XVIII, el movimiento "Iluminista" reafirmó el derecho a la libertad, respetando, como consecuencia, la naturaleza y las características que son propias a la infancia, Juan Jacobo Rousseau como un importante representante de dicho movimiento, sostuvo el valor absoluto que tiene la personalidad del niño, acorde a su significado de autenticidad y autonomía, como sujeto de exigencias propias, así como su modo de vida, presentando un desarrollo propio y particular.

El ámbito jurídico se vio beneficiado por los conocimientos científicos, psicológicos, médicos y pedagógicos desarrollados durante el siglo XX, lo que demostrarán que a la falta de madurez tanto mental como física, el menor necesita de una protección y cuidados especiales; que suscita un cambio en la ideología de esos tiempos provocando que se plasmen principios jurídicos, que en un inicio se elaboraron de manera local y al convertirse en una actitud de manera universal se da la trascendencia a la convivencia internacional, lo que traerá como consecuencia una mayor protección hacia los menores.

## **1.2 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO 1924.**

La necesidad de una protección hacia el menor toma gran auge finalizada la primera Guerra Mundial, con la creación de Sociedades Unidas, antes ya se había luchado por elaborar un conjunto de principios hacia los menores. Uno de ellos fue

el "Círculo Libre de la Educación de los Niños", la cual presentó una declaración que fue sometida en la I Conferencia del Prolekult de Moscú, esta declaración constaba de diecisiete puntos, que carecían de denominación jurídica, ya que solo se limita a una serie de derechos fundamentales de los seres humanos y que se pretende aplicar a los menores.

El documento gira en relación a dos ideas: el reconocimiento del derecho a la existencia y al desarrollo de esta libertad, incluso aceptaba la participación de los menores en la elaboración de principios que le afectarían.

Aunque siendo el primer documento enfocado a los menores nunca fue aceptado, pero sí mostró la importancia hacia la protección del menor. Con posterioridad surge una segunda iniciativa, que tiene una relevancia en la comunidad internacional, y nace cuando la maestra inglesa Englatine Jebb, creó el "Fondo para Salvar a los Niños" cuyo fin era conseguir ayuda económica para los niños que vivían en las zonas devastadas por la guerra. Terminada la guerra, el 6 de enero de 1920, y amparada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, inicia en Ginebra la Unión Internacional para Salvar a los Niños y en 1922, la Unión Internacional redacta un documento, denominado "*Declaración de los Derechos del Niño*"; en el que se exponen los deberes de los pueblos de atender el desarrollo físico, moral, espiritual y social del niño; así opina González al respecto "*En este sentido los Derechos del niño son más bien prerrogativas reconocidas a los*

*que son social y jurídicamente responsables de su desarrollo .”<sup>3</sup> Esta es la base para posteriores Declaraciones.*

Otro organismo Internacional llamada la Sociedad de Naciones, en su V Asamblea del 24 de Septiembre de 1924 adoptó ,el siguiente texto basándose en el documento que redactó Englantine Jebb: “ *Por la presente Declaración de Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y las mujeres de todas las Naciones, reconociendo que la Humanidad debe conceder al niño cuanto estime mejor y más beneficioso para él, afirma como sus deberes, excluida toda consideración de raza, nacionalidad y creencia religiosa, los siguientes:*

- 1. El niño debe ser expuesto en condiciones de realizar normalmente su desarrollo físico y espiritual.*
- 2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido, el niño retrasado en su educación debe ser alentado a proseguirla; el niño desviado de la buena senda debe ser vuelto a ella; el huérfano y el abandonado deben ser corregidos y socorridos.*
- 3. El niño debe ser el primero en recibir socorros en toda ocasión de calamidad pública.*
- 4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganar la subsistencia y de ser protegido contra toda clase de explotación.*

---

<sup>3</sup> GONZALEZ,S.M. *La Protección de la Infancia en el Marco del Derecho Internacional*; Cruz Roja Española, Madrid,1991;Pág.22.

*5. El niño debe ser educado, inculcándose el sentimiento del deber que tiene de poner todas sus cualidades al servicio de sus hermanos”<sup>4</sup>*

El texto carece de los derechos que desde 1789 se vienen reconociendo, y resultan una serie de deberes básicos que asumen a la humanidad y que son un intento de evitar que los menores sufran los estragos de la guerra; teniendo como finalidad que todos los niños crecieran en un ambiente de hermandad y solidaridad con sus hermanos. *“El único objetivo que perseguían era el de establecer una síntesis de los derechos de la infancia, con total independencia de los principios ideales y de las normas metodológicas y disciplinarias, inspiradoras de la enseñanza y de la gestión educativa”<sup>5</sup>.*

En el año de 1934 la Sociedad de naciones confirmaría su aprobación, suscitándose diferentes críticas en el ámbito internacional, no en el sentido de discutir la justicia y las necesidades que la niñez tiene de ser protegida, las objeciones consistieron en la vaguedad con que fue realizada ya que no establece los deberes que tienen los sujetos de una manera precisa, sino son disposiciones que tienen por objetivo protegerlos en el caso de terminadas situaciones; al comienzo de la segunda guerra Mundial, la declaración se vería privada de todo valor, siendo tomada en consideración y vigencia hasta 1946.

---

<sup>4</sup> ALVAREZ VELEZ, Maria Isabel. Op.cit. Pág.23.

<sup>5</sup> ABOUHAMAD HOBAICA, Chibly. El menor en el mundo de su ley. Ed. Gaceta Legal-Ramírez Garay, Venezuela, Pág.33.

### **1.3 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1959.**

Es necesario aclarar que aunque no es objeto de estudio del presente trabajo el análisis de los instrumentos protectores de los Derechos Humanos, los derechos de los menores forman parte de ellos, siendo los primeros derechos con características especiales, por tal motivo se trata de una relación intrínseca y directa a tal grado que no se puede concebir el derecho de los menores independiente de los Derechos Humanos, por ser, en la actualidad el origen de aquellos.

La naturaleza jurídica de los Derechos Humanos es diferente a la que presentan otros derechos, ya que se tratan de deberes a cargo del Estado y no de los individuos, siendo éstos a favor de quién están dirigidos; por otra parte no entrañan una prestación y contraprestación, entendidas en el sentido clásico, dado que es obligación del Estado proteger un interés específico que son los Derechos Humanos, mientras que los individuos son beneficiarios, sin encontrarse obligados a nada.

Los Derechos Humanos cuentan con características particulares, como son: su existir no depende del reconocimiento jurídico, su origen es el de orden natural, más no en el derecho positivo, y expresan una misma naturaleza humana, es decir

tales derechos existen por sí, sin necesidad de su origen, son la clara necesidad de que para que sean protegidos se requiere estar en el orden jurídico, sin el cuál no cuentan con efecto legal alguno.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1948, contiene 30 artículos elementales para el ser humano; entre estos derechos se destacan los de igualdad y libertad.

En relación a nuestra investigación la Declaración Universal de los Derechos Humanos se destaca la protección dada a la familia, estableciendo para su defensa derechos de carácter cultural con destino a los menores, "*La protección a la familia, reconocida en el artículo 16.3 como el elemento natural y fundamental de la sociedad supone que los Estados y las distintas sociedades, establezcan mecanismos por los que se dote a esta institución de una especial protección y amparo de todos sus miembros, pero especialmente a los más vulnerables: los niños*".<sup>6</sup>

Aunque no recaee en forma directa en los menores, si es para quienes tienen la obligación de brindarla, en razón de que tal protección resultaría inútil si no existiera persona alguna que deba cumplirla; en razón de que los menores no

---

<sup>6</sup> ALVAREZ VELEZ, Maria Isabel. Op.cit. Pág.28.



pueden protegerse por sí mismos; éstos cuidados deben brindarse por la propia familia, y falta de ésta la misma sociedad se encargará.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece un artículo dirigido, en forma particular, a los menores, en los términos siguientes: "*La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales*"<sup>7</sup>. A pesar de la trascendencia atribuida, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, no deja de ser de un carácter general, por lo que los Estados necesitan crear normas de derecho, o declaraciones, que cuenten con una protección más específica para grupos y situaciones determinadas razón por la cual se elaboran textos para cubrir dichas necesidades.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un antecedente importante para la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, ya que finalizada la Segunda Guerra Mundial, y la desaparición de la Sociedad de Naciones como Organización de la Comunidad Internacional, privó de contenido y desarrollo la Declaración de Ginebra de 1924; que originó la preocupación hacia la protección de los menores tal como ya había sucedido con anterioridad.

---

<sup>7</sup> **HERVADA, Javier y M. ZUMAQUERO.** *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, Pág. 154.

La Liga Internacional para la Educación Nueva, elaboró en Londres en 1924, una Carta de la Infancia, con la que se pretendía salvaguardar a los niños de las repercusiones de ese nuevo desastre mundial. La trascendencia de esta Carta fue mínima en el plano internacional, pues solo se limitaba a recoger un conjunto de deberes que las naciones deben garantizar a los niños que viven en su territorio, con la finalidad de evitar que la educación se vea afectada por la situación de la guerra;. además que es una declaración que no contaba con el respaldo internacional necesario para considerarlo un texto esencial.

Para la elaboración del texto de la Declaración, se destacó la actividad del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia ( UNICEF), que para esa fecha ya contaba con diez años de haberse creado como un organismo especializado en los menores, el cuál recomendó que se volviera a adoptar la Declaración de Ginebra de 1924. Por lo que se refiere a los puntos de la nueva Declaración, se basan en la importancia que fuera tomando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que ya analizamos con anterioridad, en el sentido que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) proclamó, en esta Declaración, que toda persona tiene los mismos derechos y libertades sin distinción de raza, sexo, color, idioma entre otras libertades; así se reconoce que los menores son titulares de todos los derechos del hombre, a pesar de su edad.

La Declaración de 1959 se presenta vinculante y obligatoria a diferencia de la de 1924, por considerarse que la humanidad y los Estados deben de adoptar las

medidas necesarias para dotar a la infancia de lo mejor, con el objetivo de que sea feliz, libre y con una protección legal adecuada para su propio bien y a favor de la humanidad.

La Declaración de los Derechos del Niño de 1959, consta de diez principios y son los siguientes:

- *"El niño disfrutará de todos los Derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción ninguna, ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.*
- *El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar las leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.*
- *El niño debe tener derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.*
- *El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social, Tendrá derechos a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán*

*proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.*

- *El niño para el pleno y armoniosos desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres. Y en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material; salvo circunstancia excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar a los niños sin familia o a los que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.*
- *El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.*

- *El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.*
- *El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.*
- *El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.*
- *El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes Al servicio de sus semejantes " 8*

Esta declaración tuvo tal relevancia ya que en ella se encuentran plasmadas las necesidades reales que presenta la infancia, como lo es el derecho de un nombre y a una nacionalidad, así como a un trato, educación y atenciones especiales para aquellos niños impedidos físicamente; también se integró la protección para evitar el abandono, el trato cruel y la explotación de los menores, prohibiendo que trabajen muy pequeños o que se trate de un trabajo perjudicial para su salud. En esta Declaración se dio un gran avance al establecer, como principio rector el interés superior del niño, que con posterioridad se hará un estudio de él.

---

<sup>8</sup> ALVAREZ VELEZ, Maria Isabel. Op. Cit. Págs. 173,174.

La Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en su texto no establece la forma de protección de los derechos enunciados, es decir, no fijan como deben de ser protegidos tales derechos, trata de presupuestos de carácter general que reconocen derechos, que con posterioridad se necesitará de un organismo que defienda los mismos. Así tenemos que cuentan con una forma escasa de obligar, por la que los Estados firmantes no la incorporan a la legislación.

#### **1.4 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 1989.**

En el año de 1978 el Gobierno de Polonia presentó a la Comisión de Derechos Humanos, de la ONU, un proyecto sobre una Convención de la propia organización relativa a los Derechos de los Niños; su iniciativa originó un impulsó y brindó la oportunidad de definir con mayor claridad y de armonizar las normas relativas a los Derechos Humanos de los niños, para subsanar los vacíos de las disposiciones existentes y de inscribir los resultados en un marco internacional con fuerza coercitiva. Aunque algunos se rehusaban , en razón de que ya existía una Declaración de los Derechos del Niño, que aunque careciendo de fuerza coercitiva había sido aceptada por todos los Estados y era, aplicable de cierta manera en todos ellos, mientras que una Convención sólo podría ser invocada por los Estados que la ratificasen. Pero en 1979, la Comisión de Derechos Humanos decidió crear un grupo de trabajo con el fin de revisar y dar una nueva formulación al texto.

Después de once años de trabajo, la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, aprobó la Convención Sobre los Derechos del Niño: expresando en él su deseo de que los Estados la firmarán y ratificarán cuanto antes, quedando abierta para su firma el 26 de enero de 1990.

Así el 26 de enero de 1990 el Gobierno de México procedió a firmar el instrumento internacional, siendo sometido para su aprobación al Senado de la República, mismo que lo aprobaría el 19 de junio de 1990, según Decreto publicado en el Diario oficial de la federación el 31 de julio de 1990.

Esta Convención consta de tres grandes secciones:

- Preámbulo, que enuncia los principios básicos de la cuestión tratada por la Convención,
- Los artículos de fondo, que enumeran las obligaciones de los Estados que la ratifican a su debido tiempo y,
- Las disposiciones relativas a la aplicación, que definen como se verifica y se promueve el cumplimiento de la Convención y establece las condiciones para su entrada en vigor.

La Convención sobre los Derechos del Niño es especial porque, por primera vez en la historia del derecho internacional, los Derechos del Niño son incorporados en un tratado que tendrá fuerza coercitiva para todos aquellos Estados que ratifiquen la

Convención está contiene disposiciones generales que tienen como objetivo garantizar los derechos de todos los niños en asuntos de importancia para sus necesidades e intereses fundamentales, además que ofrece protección a los niños que se encuentran en situaciones excepcionalmente difíciles.

Una de las obligaciones de los Estados participantes consistiría en asegurar una amplia difusión de la Convención tanto a los adultos como a los niños; esto es esencial ya que el conocimiento de los propios derechos y de los derechos de los demás es un requisito fundamental para lograr el respeto de los mismos. Sin embargo como ya citamos esta no será efectiva hasta el momento que sea ratificada por el Estado.

### **1.5 CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.**

La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, signada al amparo de la Conferencia de la Haya el 25 de octubre de 1980, fue aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión y publicada en el Diario oficial de la federación el 14 de enero de 1991.

Consta de cuarenta y cinco artículos, contenidos en seis capítulos; en los cuales se contempla como principal objetivo el proteger al menor en el plano internacional de los efectos perjudiciales que pudiera ocasionarle un traslado o retención ilícita;



estableciendo que permite garantizar la restitución inmediata del menor al país en que tenía su residencia habitual.

Los seis capítulos en que se divide la Convención contempla:

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

El decreto promulgatorio de la Convención refleja las mejores intenciones de proteger el interés superior del menor en cada uno de los Estados partes de la misma. La Convención instaura un sistema de cooperación internacional que pretende garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en cualquier Estado parte, y el respeto de los derechos de custodia y visita.

Sistema que se materializa a través de la cooperación entre autoridades centrales que promoverán la colaboración entre autoridades administrativas y judiciales, competentes en sus respectivos Estados.

La Convención de la Haya sobre los aspectos Civiles sobre la Restitución Internacional de Menores; es la base para lograr la restitución de un menor a un nivel internacional; siempre y cuando esta sea ratificada por los Estados participantes.

## **CAPITULO II.**

### **"MENOR DE EDAD Y ASPECTOS FILIALES"**

#### **2.1 MENOR DE EDAD.**

2.1.1. Concepto.

2.1.2 Determinación de la condición de menores.

#### **2.2 FAMILIA.**

2.2.1. Concepto de familia.

2.2.2. Caracteres de familia.

#### **2.3 FILIACIÓN.**

2.3.1. Concepto.

2.3.2. Presupuestos de filiación.

2.3.3. Clases de filiación.

#### **2.4 PATRIA POTESTAD.**

2.4.1. Concepto y caracteres.

2.4.2. Titulares del derecho y del ejercicio.

2.4.3. Extinción, pérdida de la patria potestad y suspensión de su ejercicio.

#### **2.5 TUTELA.**

2.5.1 Concepto y caracteres.

2.5.2 Clases de tutela.

2.5.3 Extinción de la tutela.

## CAPITULO II

### "MENOR DE EDAD Y ASPECTOS FILIALES"

#### 2.1 MENOR DE EDAD.

Con anterioridad al concepto niño se utilizó otra representación social, la cual equivalía a reconocer quienes aún no llegaban a cierta edad tenían una especie de incapacidad inherente a su condición vital, es decir, el concepto de menor expresaba una concepción basada en el reconocimiento de una inmadurez biopsicosocial del ser humano, el cual disminuía en niñas y niños su capacidad de responsabilizarse de sus actos, prever sus consecuencias, elegir con base en una norma y proyectar un futuro adecuado.

##### 2.1.1. Concepto.

La palabra menor proviene de la latina *minor*, que hace referencia al ser humano para diferenciarlos de una circunstancia que de manera indubitable concurre durante la primera etapa evolutiva de su desarrollo, que aún no alcanza el pleno desenvolvimiento de su personalidad, de aquella otra que ya logró su plenitud.

De la misma manera Mendizábal Osés señala " *Se es así menor en comparación con la persona que ya es mayor y, de este modo, nos hallamos ante un adjetivo comparativo que al ser recogido por el Derecho, determina una situación concreta de la vida humana a la que se denomina minoría de edad.* " <sup>9</sup>

El hombre desde su nacimiento tiene potencialmente capacidad jurídica, pero en los primeros estadios de su existencia cuando ya desprendido del seno materno goza de vida propia en la infancia carece de capacidad para obrar con plena trascendencia jurídica y es inimputable por los actos que pudiera ejecutar por no poseer aún conciencia, libertad, inteligencia y voluntad conciente los cuales se irán desarrollando con el transcurso del tiempo, culminando a su plenitud que tiene como consecuencia la capacidad jurídica de obrar y la plena responsabilidad o imputabilidad del sujeto por los actos que ejecute ya que están relacionados con el desarrollo físico, moral, emocional, intelectual y social de su personalidad.

Frente a esta noción genérica de la minoría de edad existen otros criterios de mayor restricción sobre el significado de esta minoría; la primera determina con carácter general y de forma objetiva la edad a partir de la cual, una vez cumplida, se alcanza la mayoría, y por tanto, se adquiere la plena capacidad jurídica de obrar y el sujeto es responsable de todos sus actos, sin perjuicio de irse fijando períodos precedentes para conceder a cada persona una cierta capacidad o exigirle una

---

<sup>9</sup> MENDIZÁBAL OSES, Luis. Derecho de Menores / Teoría General Ed. Pirámide S.A., Madrid-España, 1977 Pág. 43.

responsabilidad atenuada por sus actos. La segunda es la que aprecia un matiz subjetivo su desarrollo de cada persona, para hacer depender de éste el grado de capacidad o incapacidad y, por consiguiente el de su inimputabilidad.

Para la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 lo concibe como todo ser humano menor de 18 años de edad; sin olvidar el respeto a cada ordenamiento nacional añade, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

La concepción de menores, que engloba en si misma a los niños sin hacer distinción de sexo ha sufrido una evolución constante en los diferentes instrumentos legales así como en la doctrina, pero la mayoría de estos coinciden de una manera general.

### **2.1.2. Determinación de la condición de menores.**

Es trascendental que el vocablo al cual hace referencia al menor contenga la esencia la cual brinde la protección necesaria al sector más vulnerable de la sociedad: los niños.

*"La minoridad de edad es la causa de incapacidad más amplia e importante y es comúnmente admitida en el derecho comparado. Por el contrario es muy variable*

*en los distintos ordenamientos la edad fijada para concluir la minoría y alcanzar la mayoría de edad .”<sup>10</sup>*

El margen implantado por el ordenamiento de cada estado, no se ve transgredido por el Derecho convencional Internacional, ya que los instrumentos que lo integran contemplan en sus disposiciones variantes respecto de las edades límite para que a una persona se le denomine niño o menor.

La Convención sobre los Derechos del Niño como ya se mencionó concibe al niño a todo menor de 18 años de edad sin olvidar la legislación aplicable a cada Estado. Así la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores establece que el vocablo menor debe referirse a todo ser humano cuya edad sea inferior a 18 años.

Por otra parte la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores considera menor a toda persona que no haya cumplido los 16 años de edad.

La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, se aplica a todo menor con la única condición de que tuviera su

---

<sup>10</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis et. al. Derecho Internacional Privado Vol. II Ed. Comares, Granada 1998, Pág.47.

residencia habitual en un Estado contratante, siempre y cuando no cúmplase los 16 años de edad.

La condición de menores es una instrumento que se encuentra comprendida dentro del estatuto personal del interesado; es decir, su ley nacional es la que se encarga de regular la condición de menores de edad.

Con relación a la determinación de estado de minoría, el orden jurídico que priva en México determina que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años.

## **2.2 LA FAMILIA.**

La familia como institución originalmente se constituía por exigencias biológicas de reproducción y del cuidado de la prole, mediante uniones transitorias e inestables entre los progenitores como otras razones, en especial de orden económico. En la actualidad la familia esta constituida por el conjunto de personas, que descienden de un tronco común, incluyendo a los cónyuges, a los nietos, sobrinos. La familia ha sido, sigue siendo y seguirá constituyendo la célula fundamental de la sociedad, es el núcleo primario y fundamental para proveer a la satisfacción de las necesidades básicas del hombre y sobre todo de los hijos, para su crecimiento y desarrollo.



### 2.2.1. Concepto de familia.

La palabra familia proviene de la voz latina *familia*, la cual deriva de *famulus*, en referencia al famulado, es decir a la agrupación de personas o servidumbre que habita con el señor de la casa, con una relación de derechos y deberes ordenados en función de servicios mutuos.

Desde el punto de vista biológico la familia es el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación, la cual incluye a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común generando entre sí lazos de sangre.

La perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que esta integrada por personas cuyos, vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.

En la doctrina existe un sin número de definiciones de familia para Mazeud la familia es *"la colectividad formada por las personas que, a causa de sus vínculos de parentesco o de su calidad de cónyuges, están sometidos a la misma autoridad la del cabeza de familia."*<sup>11</sup> Nos indica que esta colectividad debe provenir de un

---

<sup>11</sup> SÁNCHEZ MARQUEZ, Ricardo. Derecho Civil, Ed. Porrúa, México 2002 Pág. 230.

tronco común, la cual lo va a distinguir de las demás familias y estar bajo la autoridad de un misma persona.

Para Planiol y Ripert la familia *"es conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción."*<sup>12</sup> En su definición señalan las fuentes de la familia que son el matrimonio , el concubinato ,la filiación y la adopción.

Desde la perspectiva jurídica debemos entender por familia *" la institución natural de orden público compuestas por lazos de parentesco, matrimonio o concubinato y que surte efectos jurídicos por lo que hace a cada miembro respecto de sus parientes, en la línea recta sin limitación de grado y en la colateral hasta el cuarto grado."*<sup>13</sup>

De lo anterior se puede desprender algunas características básicas del concepto:

- La familia es una institución natural. Indica que proviene de la naturaleza del hombre y como consecuencia existe desde los orígenes de la humanidad.
- La familia es una institución de orden público . Nuestro Código Civil señala:

---

<sup>12</sup> **Id.**

<sup>13</sup> **MATA PIZANA Y GARZON JIMÉNEZ.** Derecho Familiar, Ed. Porrúa, México 2004, Pág. 10.

*Art.138 Ter. " Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros basados en el respecto a su dignidad. " <sup>14</sup>*

- La familia esta constituida por personas que se encuentran vinculadas por diversos lazos, la legislación señala:

*Articulo 138 Quarter. "Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia. " <sup>15</sup>*

*Articulo 138 Quintus. "Las relaciones jurídicos familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos matrimoniales, parentesco o concubinato. " <sup>16</sup>*

El Código Civil nos indica de una forma somera que miembros de la familia están vinculados por el matrimonio, parentesco o concubinato; sin embargo no señala línea o grado de parentesco que permita limitar la definición. De esta manera se pueden tener dos nociones de familia una en sentido amplio que corresponde a la familia sociológica y en estricto sentido jurídico, limitada a las personas que la componen en tanto los efectos que la propia ley indica.

---

<sup>14</sup> **Idem.** Pág.11.

<sup>15</sup> **Idem.** Pág. 15.

<sup>16</sup> **Id.**

### 2.2.2. Caracteres de familia.

Son necesarias ciertas condiciones para la existencia de una familia; primero deben darse las fuentes de su formación que ya señalamos, en segundo es necesario un mínimo de capacidad física, psíquica y económica en quienes la fundan y, por último, debe existir unidad, armonía y cooperación entre sus miembros, a la vez respeto y consideración.

Díaz de Guijarro dice que el estado de familia presenta unos ciertos caracteres:

- *Universalidad.* El estado de familia se aplica a todo emplazamiento familiar.
- *Unidad.* Cada persona es centro o eje de una serie de vínculos que convergen en el mismo titular.
- *Indivisibilidad.* El emplazamiento es uno para cada persona coincidente con su individualidad biológica.
- *Oponibilidad.* El emplazamiento en un estado determinado importa que el mismo debe ser aceptado o respetado por todo el grupo social, nadie tiene derecho a desconocer.
- *Estabilidad.* Procura firmeza y duración en el emplazamiento para que se mantenga y alcance plenitud presente y futuro.
- *Inalienabilidad.* Todo estado de familia es inalienable, no cabe la transacción.

## 2.3 FILIACIÓN.

La filiación debe ser considerada desde dos posiciones distintas como hecho natural y, como hecho jurídico. Es un hecho natural ya que la filiación es inherente a todos los individuos, se es siempre hijo de un padre y de una madre. Lo que no ocurre en el ámbito jurídico ya que la maternidad y la paternidad debe ser asegurada para establecer efectos jurídicos al hecho natural de la procreación.

### 2.3.1 Concepto.

En la doctrina existen distintos conceptos del término de filiación; algunos toman en cuenta la relación que guarda la palabra al interior de familia, en tanto otros se dirigen al plano jurídico.

Planiol adopta la primera posición y señala *"la filiación tomada en el sentido natural de la palabra no es otra cosa más que una descendencia en línea directa: comprende toda la serie de intermediarios que ligan a una persona determinada con algunos de sus antecesores, así sea sumamente alejado."*<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> IBARROLA, Antonio de, Derecho de Familia, 4º ed. Ed. Porrúa, México, 1993, Pág.381.

En esta misma posición se encuentra Fernando de Fueyo quién señala que: “ *el estado de filiación es la especial posición que el individuo ocupa en la familia como hijo.* ”<sup>18</sup>

Entre quienes se apoyan en el segundo principio se encuentra Manuel Peña Bernaldo al indicar “ *el estado de filiación es el estado civil de la persona determinado por la situación, que dentro de una familia , asigna el haber sido engendrada en ella, o el estar en ella en virtud de la adopción o de otro hecho legalmente suficiente al efecto.* ”<sup>19</sup>

Hay otros autores que vinculan ambas posiciones como por ejemplo Galindo Garfías quién hablar de la filiación señala: “ *la norma jurídica se apoya en el hecho biológico de la procreación (filiación consanguínea) para crear esa particular relación de derecho entre los progenitores por una parte y el hijo, por otra parte. De aquel hecho biogenético, se desprende un complejo de deberes, derechos y facultades recíprocas entre las dos partes de dicha relación.* ”<sup>20</sup>

La filiación es de suma importancia ya que provoca una afectación en el Derecho civil, es decir en el régimen de la persona y la familia.

---

<sup>18</sup> Citado por GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, Primer curso ,Parte General, 14° ed. ,Ed. Porrúa, México,1995, Pág. 638.

<sup>19</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIROS,Manuel, Derecho de Familia, Universidad de Madrid, Sección de Publicaciones, Madrid,1989, Pág. 402.

<sup>20</sup> GALINDO GARFIAS, Ob.cit. Pág. 638,

### 2.3.2. Presupuestos de filiación.

Los presupuestos que rigen a la filiación se desprenden de los tipos de filiación que existen, los cuales resultan básicos y de gran utilidad. De acuerdo con Manuel F. Chávez Asencio son los siguientes:

- *Igualdad de dignidad y derechos de los hijos.* En nuestra legislación los hijos tienen los mismos derechos e igual dignidad independientemente de su origen.
- *Protección constitucional a los hijos.* En el art. 4º de nuestra Constitución Política Mexicana, señala: "...los niños y niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral..."

Es obligación primaria la que se tiene de los padres hacia los hijos, ya que son los principales obligados como procreadores, y no pueden liberarse de tal responsabilidad. Y en forma subsidiaria las instituciones públicas deben dar el apoyo y auxiliar a los padres en su deber.

- *El bien de los hijos.* Nuestra legislación nos previene que el *bonum fili* debe ser el principio rector de todas las instituciones como son la patria potestad, la filiación, la adopción y la tutela. La protección es igual para los hijos

dentro o fuera del matrimonio y también para aquellos que no tienen relación biológica alguna como en el caso de la adopción.

- *Igualdad de efectos.* Derivado del principio de igualdad de derechos y de dignidad de todos los hijos, se encuentra el principio de igualdad de efectos jurídicos en relación a ellos.
- *Filiación de hecho y de derecho.* Dado que no todas las relaciones paterno filiales están jurídicamente documentadas, surge la filiación de hecho basada en la posesión de estado de hijo. Posesión que se basa en tres elementos: la fama, el nombre y el trato, y no puede perderse por sentencia ejecutoria. Caso contrario es la filiación de derecho, es aquella que se da cuando existe una prueba documental, que consisten en las actas de matrimonio y de nacimiento, para demostrar la filiación matrimonial; también puede originarse de un acto jurídico como el reconocimiento y la adopción.
- *Filiación indivisible o dividida.* La filiación es indivisible, es decir, la relación jurídica paterno filial corresponde a ambos progenitores. Sin embargo, puede haber casos de filiación dividida, como es el caso de los hijos habidos fuera del matrimonio cuando uno solo de los progenitores reconoce al hijo.
- *Contenido del estado de hijo.* En la relación paterno filial, el estado de hijo produce efectos de derecho independientemente de que la filiación sea matrimonial o extramatrimonial; los principales efectos jurídicos son el uso



del apellido, el ejercicio de la patria potestad, la obligación alimenticia y los derechos sucesorios.

- *Intervención de la voluntad.* En el derecho familiar existen normas imperativas y la voluntad está sensiblemente disminuida, en relación a la filiación se observa una mayor intervención de la voluntad, tanto en los padres como en los hijos, lo que es necesario para regular sus efectos.
- 

Por la naturaleza jurídica que posee la filiación es considerada como un estado civil, mismo que puede ser observado desde tres puntos de vista distintos: como un estado civil, un status familiar o un estado civil dependiente del hecho que lo origine.

### **2.3.3. Clases de filiación.**

La filiación se clasifica en matrimonial, extramatrimonial y por adopción, de igual manera se equipara a ella las relaciones jurídicas que surgen de la adopción plena. Por su parte Rojina Villegas comenta respecto del sistema adoptado por el Código Civil Vigente "*...nosotros damos, tanto a la filiación legítima como a la natural todos los efectos y consecuencias jurídicas de un verdadero estado de derecho, es decir de esa situación permanente del hijo, no sólo en relación con el padre y con*

*la madre, sino también con la familia paterna y materna y con el grupo social al cual pertenece el progenitor.”* <sup>21</sup>

La clasificación de los tipos de filiación tendrá actualmente la exclusiva importancia respecto de la prueba de la misma, y nunca más respecto de los diferentes efectos que tuviere en relación con los hijos.

- La filiación matrimonial, es aquella en que el hijo nace dentro de los plazos determinados por la ley, de tal forma que se reputa nacido dentro de la unión legítima conyugal de marido y mujer.

La filiación por lo que se refiere a la madre es la única susceptible de ser probada directamente; el hecho del parto puede quedar establecido por testigos o documentos, sin embargo la paternidad no es más que una probabilidad; *“ en tanto que respecto de la filiación matrimonial ésta se aprueba con el acta de nacimiento y con el acta de matrimonio de los padres , la filiación extramatrimonial solo puede probarse, respecto a la madre por el hecho del nacimiento y respecto del padre por acto de voluntad ( el reconocimiento) o a través de un juicio de investigación de la paternidad.”* <sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Citado por GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Op.cit. Pág.642.

<sup>22</sup> Id.

De lo que se desprende como regla en el caso de los hijos nacidos de matrimonio la presunción, en principio, que los padres estaban casados en el momento de la concepción, por lo tanto la clasificación de los hijos de matrimonio dependerá de la fecha del nacimiento del hijo, se presume fue concebido después del matrimonio de sus padres, se presumen hijos del marido salvo prueba en contrario, los que ha dado a luz la mujer casada, durante el matrimonio; lo mismo ocurre con los hijos concebidos antes de la celebración del matrimonio pero nacidos después de éste. El momento de la concepción no puede ser fijada con exactitud, por lo que la ley establece la presunción, de que se presumen hijos de los cónyuges los nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio, al igual que los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio.

La prueba fundamental de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio la conforman las actas del estado civil, acta de matrimonio de los padres y actas de nacimiento del hijo. Sin embargo puede ser probada la filiación a través de la posesión del estado, que solo procede a falta de actas del estado civil o cuando éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas.

- La filiación extramatrimonial es el vínculo jurídico que existe entre los progenitores y el hijo nacido fuera del lazo matrimonial, existe cuando el hijo nace fuera de las presunciones de hijo legítimo establecidos en el Código Civil.

Esta filiación se puede establecer por el reconocimiento del padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare. Además que nuestra legislación civil, no deja la prueba de la filiación natural exclusivamente al reconocimiento voluntario de los padres; ya que el hijo puede en cualquier momento ejercer la acción de investigación de la maternidad y con respecto a la paternidad sólo la podrá intentar en los casos contemplados por el Art. 382 del Código Civil.

- Filiación por adopción. Es la que surge por medio de la adopción , la cual se crea entre adoptante y adoptado la relación jurídica de paternidad respecto al adoptante y a la vez respecto del adoptado una relación con el adoptante.

- 

En el derecho actual, el adoptado forman parte de la familia de quienes lo adoptan, tiene los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo porque es considerado como hijo nacido de matrimonio; la filiación entre el adoptado y su familia consanguínea se extingue.

## **2.4 PATRIA POTESTAD Y CARACTERES.**

Hoy en día la Patria Potestad es una institución protectora del menor, establecida a favor de éste y para su beneficio; es ejercida primordialmente por ambos padres y a falta de éstos los abuelos. La Patria potestad es de carácter transitorio, pues solo dura hasta la mayoría de edad o la emancipación.

### **2.4.1. Concepto y caracteres.**

Patria potestad proviene del latín *patrius*, que va relacionado con el padre y *potestas*, de potestad, actualmente es mas una protección al menor, que el tener un poder sobre éste, el cuál es otorgada por ambas partes. Planiol la define como: *"el conjunto de derechos y poderes que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones de padres."*<sup>23</sup>

En nuestro Código Civil no se encuentra una definición sobre la patria potestad, solamente se habla de ella en relación a sus efectos; respecto a la persona de los hijos y, en segundo los efectos referente a bienes del hijo.

---

<sup>23</sup> CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, Ed. Porrúa, México, 2001. Pág. 265.

El Dr. Galindo Garfías señala “ *la patria potestad comprende un conjunto de poderes deberes impuestos a los ascendientes, que éstos se ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar éstos dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida que su estado de minoridad lo requiere.* ”.<sup>24</sup>

En las definiciones siempre lleva incluido los derechos y obligaciones que ejercen los padres sobre los menores, y también se señalan como una institución de asistencia y protección; con lo que con lleva que la patria potestad confiere a los padres la misión específica de asistir y formar a sus hijos.

La Patria potestad como caracteres puede destacarse:

- *Personal.* Es un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de carácter personal, que no pueden ser ejercidos a través de terceras personas.
- *Participación de ambos.* La Patria potestad debe ser ejercida por ambos, es decir por el padre y la madre, en el caso de matrimonio o concubinato, a falta de uno de ellos el que viva y a falta de éstos, los abuelos. Nuestra legislación pretende la participación de ambos para la educación de menores.
- *Obligatorio.* Es obligatoria e irrenunciable, por naturaleza propia, ya que no puede ser desligada de los padres.

---

<sup>24</sup> **Idem.**Pág.266.

- *Representación total.* En la Patria potestad se otorga representación total ya que los padres lo representan tanto en su persona, en relación a sus deberes jurídicos familiares que buscan la promoción integral del menor en todo su aspecto humano y, en cuanto a los bienes, a la administración del patrimonio del menor con sus limitaciones impuestas en la ley.
- *Temporal.* La patria potestad se termina; I) con la muerte por quién la ejerce, sí no hay otra persona en quién recaiga, II) con la emancipación derivada del matrimonio; III) por la mayoría de edad del hijo.
- *Irrenunciable.* No es renunciable pero si excusable de acuerdo al Art. 448 C.C.
- *Imprescriptible.* Es decir los deberes. Obligaciones y derechos no se extinguen por el solo transcurso del tiempo.
- *Tracto sucesivo.* Es una institución que no se agota al momento de cumplirse, sino que implica una continuidad de actos en beneficio del menor.
- *Orden público.* No solo por el interés que guarda sobre quien la ejerce, sino también por el interés que observa el Estado.

#### **2.4.2. Titulares del derecho y del ejercicio.**

Por la naturaleza propia los padres están obligados emocionalmente a procurar a sus hijos todo lo necesario para el correcto desarrollo de los mismos; nuestro

Código Civil señala las funciones que tendrá que cumplir quien la ejerza y que tendrán bajo su cuidado la guarda y educación de los menores.

La patria potestad sobre los hijos de matrimonio, la tienen los padres; a falta de uno, la ejerce el que sobreviva, si faltan o están imposibilitados ambos, la ejercen los abuelos maternos o paternos en el orden que el juez así lo decida. Se debe tomar en cuenta que aunque la ley no prohíbe expresamente que la Patria potestad fuese compartida por el abuelo paterno, con la abuela materna ó viceversa, se debe interpretar que el menor debe restringirse a un solo lado para lograr un estado físico y psicológico estable.

Tratándose de hijos fuera del matrimonio, y que los padres no viven juntos, ejercerá la patria potestad el primero que lo reconozca, salvo convenio entre las partes y si el juez de lo familiar no estima necesario modificar el convenio.

La patria potestad sobre los hijos adoptados solo la ejercen las personas que lo adopten.

#### **2.4.3. Extinción, pérdida de la patria potestad y suspensión de su ejercicio.**

Es necesario diferenciar la extinción de la Patria potestad, de la pérdida, suspensión, limitación y excusa de los que ejercen. Así que se divide en dos



perspectivas una en relación con la institución y otra en relación con las personas que la ejercen.

- *Extinción de la Patria potestad.*

El Art. 433 del Código Civil, habla de la extinción de la Patria potestad, al no existir en quién recaiga dicha obligación. "Las causas son:

- I Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;*
- II Con la emancipación derivada del matrimonio;*
- III Por la mayoría de edad;*
- IV Con la adopción del hijo, en cuyo caso la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes."*

- *Pérdida de la Patria potestad.*

Los casos de pérdida de la Patria potestad implican una sanción legal, debido a una conducta considerada ilícita por parte de los padres, ya que va en contra de los principios sustanciales de la misma.

"El Art. 444 del Código Civil, menciona las causas que dan origen a dicha situación:

- I Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho.*
- II En los casos de divorcio, teniendo en cuenta el Art. 283;*
- III En los casos de violencia familiar;*

- IV En el incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria;*
- V Por la exposición de los padres hacia los hijos;*
- VI El abandono que el padre o la madre hiciere de los hijos por más de seis meses;*
- VII Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoria;*
- VIII Cuando el que la ejerza sea condenado dos o mas veces por delito grave.”*

- *Suspensión de la Patria potestad.*

La suspensión de la Patria potestad es una medida preventiva que no implica una sanción; sino una suspensión de su ejercicio tratando de evitar que el hijo carezca de una asistencia y representación idónea.

*“El Art. 447 señala las causas de la suspensión y son:*

- I Por incapacidad declarada judicialmente;*
- II Por ausencia declarada en forma;*
- III Cuando debido a consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de sustancias ilícitas, amenacen causar algún perjuicio al menor; y*
- IV Por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión.”*

- *La Patria potestad es excusable.*

La Patria potestad no es renunciable pero si excusable cuando:

- I El que la ejerce cumpla 60 años cumplidos;
- II Cuando por su salud no pueda cumplir su desempeño.

## **2.5 TUTELA.**

La Tutela es una institución jurídica que es considerada sustituta de la Patria potestad, para todos aquellos menores no emancipados y que no tienen quien ejerza la misma; así como para los mayores incapacitados para gobernarse por sí mismos, cuyo objetivo es el cuidado y representación.

### **2.5.1. Concepto y caracteres.**

El vocablo tutela proviene del verbo latino *tueor*, que significa defender, proteger; ese es el fin que persigue la tutela, es decir dar la protección a los incapaces cuando falta la patria potestad. Es el deber que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, como un cargo de interés público.

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

Henri Capitant la señala como “ *una institución creada por la ley para protección de los menores e interdictos* .”<sup>25</sup>

Marcel Planiol la define como “ *una función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en el cuidado de la persona de un incapaz y en administrar sus bienes*”<sup>26</sup>

Estas definiciones muestran el carácter protector intrínseco de la tutela, que además actúa de manera supletoria ante la falta de la institución de la patria potestad; la tutela es subsidiaria de la patria potestad.

A esta institución protectora quedan sujetos los menores y los incapaces; los primeros están sujetos a ella cuando no sean emancipados y no se encuentren bajo el amparo de la patria potestad, sea porque nunca estuvieron sujetos a ella, o porque los padres no pueden ejercerla (por muerte, ausencia, incapacidad o privación de la patria potestad) o bien porque los menores se encuentren en desamparo.

Por lo que hace a los incapacitados, es el Código Civil el encargado de enunciar quienes se sujetarán a la tutela, tal es el caso de los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, los que padezcan alguna afección originada por

---

<sup>25</sup> **MAGALLON IBARRA**, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo III, Ed. Porrúa, México 1988, Pág.539.

<sup>26</sup> **Idem**. Pág. 546.

enfermedad o deficiencia, siempre que no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Sin embargo, la tutela no es del todo una verdadera potestad, pues el tutor no tiene ni derecho de corrección, ni autoridad sobre la persona del pupilo; además de que es auxiliado de un sistema que le complementa la cual es la curatela.

La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima; de ella se desprende los principales caracteres de la tutela:

- *Naturaleza pública de oficio.* Su ejercicio es un mandato legal, una investidura civil, un cargo que la ley impone, que constituye un orden principal de derecho por encima de las voluntades.
- *Obligatoriedad de la función.* No puede rehusar del cargo sin causa legal; pueden excusarse de ser tutores las personas designadas que sean empleados o funcionarios públicos, militares en servicio activo, porque tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes, por su extrema pobreza o mal estado habitual de salud, por su edad de 60 años, por su inexperiencia en los negocios o por tener a su cargo otra tutela o curaduría.
- *Generalidad del poder conferido al tutor.* Esto debido a que la tutela comprende el cuidado de la persona del menor, sustento, educación, protección, representación y administración de sus bienes.
- *Indivisibilidad y unidad del poder tutelar.* Porque éste es atribuido a una sola persona, y no puede fraccionarse entre varios tutores.

### 2.5.2. Clases de tutela.

La tutela puede clasificarse en tres especies: testamentaria, legítima y dativa.

- *Tutela testamentaria.* Es la que se confiere en testamento, en nuestra legislación vigente ya no se refiere genéricamente a los que ejercen la patria potestad, sino únicamente al ascendiente que sobreviva de los dos que en grado deben ejercer la patria potestad.
- *Tutela legítima.* Tiene lugar cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario, y cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio. Son llamadas por ley, determinadas personas para que representen al incapaz. Refiriéndose a menores la ley, llama primero, a los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas, y por falta o incapacidad de los hermanos a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive.
- *Tutela dativa.* Opera cuando no exista ninguna de las dos anteriores y el juez establece al tutor.

### **2.5.3. Extinción de la tutela.**

En nuestra legislación " la tutela se extingue :

*I Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad;*

*II Cuando el incapacitado sujeto a tutela entre a la patria potestad, por reconocimiento o por adopción".*

Después de haber realizado un breve estudio sobre el menor y las instituciones de parentesco; entendemos que el menor es toda persona incapaz de ejercer sus derechos por sí mismos ya que no se tiene por naturaleza propia de su edad una capacidad plena de madurez por lo que no es capaz de responder de una forma total de sus actos. En México es considerado menor de edad a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años de edad.

Una Institución que fue objeto de estudio de nuestra investigación es la Familia, la cual consideró que es un conjunto de individuos los cuáles se encuentran vinculados por lazos de parentesco, el matrimonio o el concubinato y que se rige bajo una serie de derechos y obligaciones estipulados en la ley; la familia es importante en nuestro tema porque es aquí donde el menor va a lograr el desarrollo físico y mental estable que necesita para su madurez plena.

La filiación es otra Institución importante para nuestro estudio, ya que de aquí surge la relación de parentesco que existe entre los padres hacia los hijos, independientemente de la situación en la que se hayan concebido y que a la vez surgen una serie de derechos y obligaciones recíprocos.

Aunada a ésta institución se habla de la Patria Potestad, que es el poder que tiene los ascendientes hacia sus descendientes menores de edad para su cuidado y protección, es la capacidad de decidir sobre lo que es más favorable al menor para su mejor desarrollo; por lo tanto se convierte más que un derecho una protección del menor frente a su incapacidad.

La tutela es otra Institución equiparada a la patria potestad, tiene como objetivo el cuidado y la protección del menor de edad sino existe quién la ejerza o bien de un mayor de edad incapaz de gobernarse por si mismo, aunque existen diversas formas de tutela su objetivo es el mismo.

Es importante el estudio de las anteriores Instituciones pues son base para el presente trabajo de investigación y conocer la importancia del menor en las mencionadas Instituciones.



## **CAPITULO III.**

### **"REGULACIÓN JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN"**

#### **3.1. LA SUSTRACCIÓN ILEGAL DE MENORES.**

- 3.1.1. Definición.
- 3.1.2. Ilícitud.
- 3.1.3. Configuración delictiva.
- 3.1.4. Retención ilegal.

#### **3.2. PROTECCIÓN DE MENORES.**

- 3.2.1. Convención sobre los Derechos del Niño.
- 3.2.2. Interés del menor.
- 3.2.3. Derecho de custodia y visita.

#### **3.3. CONVENCIONES INTERNACIONALES.**

- 3.3.1. Convención Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
- 3.3.2. Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores.
- 3.3.3. Convención Interamericana Sobre Restitucion Internacional de Menores.

#### **3.4. DERECHO COMPARADO.**

- 3.4.1. Uruguay.
- 3.4.2. Argentina.
- 3.4.3. España.

## **CAPITULO III**

### **“REGULACIÓN JURIDICA DEL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN”**

#### **3.1 LA SUSTRACCIÓN ILEGAL DE MENORES.**

Estas palabras nos indican el atropello que se comete en contra de los menores al ser arrancados del seno familiar o al ser separados e impedidos de la convivencia con aquellas personas allegadas a los mismos, con las cuales mantiene ese contacto básico para su integral desarrollo.

##### **3.1.1. Definición.**

Fernández Rozas (sic.), los indica que el fenómeno de la sustracción internacional de menores, o desplazamiento internacional por los progenitores, se vincula frecuentemente a los conflictos de civilizaciones; esto se debe a las decisiones adoptadas por los tribunales acerca de la custodia de los hijos en supuestos de crisis matrimoniales tienen a favorecer al nacional del foro, y propician que el nacional extranjero “secuestre” a su hijo desplazándolo a su país de origen.

En este tipo de situaciones es cuando debe de prevalecer por parte de los Estados el interés del menor que más adelante estudiaremos.

La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980, es la encargada de explicar en qué consiste la sustracción ilegal del menor; misma que no establece una definición en concreto pero si menciona los elementos que la integran y la describe como el traslado ilícito de un menor producido con infracción de un derecho de custodia atribuido a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, separada o conjuntamente, por el derecho del Estado en el cual el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado, o hubiera sido ejercido sino fuera por el desplazamiento.

Puede decirse que la sustracción internacional de menores consiste en la acción de trasladar ilícitamente un menor que se encuentra bajo la legal custodia de una persona o institución, fuera del Estado en el que el menor tuviera su residencia inmediata.

### 3.1.2. Ilícitud.

Se considera que el traslado es ilícito cuando el desplazamiento lleva consigo un derecho de custodia establecido, de hecho o de derecho, en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado.

Calvo Caravaca expone *"el traslado se considera ilícito cuando infringe el derecho de custodia atribuido a una persona, institución o cualquier otro organismo por el ordenamiento jurídico del estado en el que el menor residía habitualmente inmediatamente antes de su traslado."*<sup>27</sup>

La Convención referente a la Sustracción internacional de menores, señala los elementos que determinan la ilicitud de un traslado:

*"Art. 3º. El traslado... de un menor se considera ilícito:*

- a) cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado..., y*
- b) cuando este derecho se ejercía en forma efectiva... en el momento del traslado....., o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado..."*

El carácter de ilicitud que la sustracción posee es determinado por el hecho de vulnerar el derecho de guarda y custodia que ha sido otorgado a una persona física o moral.

---

<sup>27</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis et. al. Op.cit. Pág.195.

### **3.1.3. Configuración delictiva.**

La infancia es la etapa de la vida en la que una persona corre el mayor peligro debido a su falta de madurez, tanto física como intelectual, lo que provoca que los menores se encuentren en esta posición. La mayoría de los traslados y retenciones ilícitas se dan en el contexto familiar, y usualmente es uno de los padres quien lo comete cuando quiere eludir el contacto con el otro de ellos. Pero existen casos en que las conductas son cometidas por otros familiares de los menores o por personas extrañas.

El Código Penal para el Distrito Federal dentro de su cuerpo legal contiene preceptos destinados a proteger las garantías individuales de que gozan los menores. De esta manera fue denominado el Capítulo VI como de la Retención y Sustracción de Menores e Incapaces, y a lo largo de tres artículos regula y sanciona de la siguiente manera, la figura delictiva:

*"ARTÍCULO 171. Al que sin tener relación familiar o de tutela con un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrán prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días de multa.*

*A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior lo sustraiga de su custodia legítima o su guarda, se le impondrá de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa.”*

*“ARTICULO 172. Al que sustraiga de su vínculo familiar a una persona menor de doce años de edad, las penas previstas en el artículo anterior se incrementarán en una mitad.*

*Si la sustracción tiene como propósito incorporar a la persona a círculos de corrupción de menores o traficar con sus órganos, las penas se aumentarán en un tanto.”*

*“ ARTICULO 173. Si el agente es familiar del menor o del incapaz, pero no ejerce la patria potestad o la tutela sobre éste o mediante resolución judicial no ejerce la guarda o custodia, se le impondrá la mitad de las penas previstas en los artículos anteriores.*

*Cuando el sujeto devuelva espontáneamente al menor o al incapaz, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, se le impondrá una tercera parte de las sanciones antes señaladas.”*

Su verdadero mérito radica en la importancia que tales hechos revisten con tal fuerza que amerita una mención particular dentro del ordenamiento jurídico que les sancionase.

#### **3.1.4. Retención ilegal.**

La retención del menor es un acto jurídico (ilícito), instantáneo y no necesariamente un estado duradero, que para ser apreciado, debe prolongarse durante un periodo de tiempo.

La retención ilegal de un menor se encuentra regulada, al igual que la sustracción, por parte del derecho Internacional Privado a través de instrumentos Convencionales como aquellos a los cuales se ha hecho referencia: la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores de 1980 y la Convención Interamericana sobre restitución Internacional de menores de Montevideo Uruguay en 1989.

La Convención Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores expone cuando se ha de considerar ilícita una retención:

*Art. 3º "...la retención de un menor se considerará ilícita:*

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

*b) cuando éste derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento de la retención, o se habría ejercido de no haberes producido dicha retención"*

*c)*

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, hace su explicación de la ilicitud que rodea a una retención de menores de la siguiente forma:

*"Art. 4º. Se considerará ilegal 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."*

Pereznieto Castro señala que *" la retención de menores hace referencia al menor que está en un país al que fue trasladado de manera legal, pero es retenido ilegalmente".*<sup>28</sup> Esto indica que se puede dar el caso de que el menor deja el lugar de residencia habitual con el consentimiento de quien ejerce su custodia para ir a otro Estado por un periodo de tiempo determinado para permanecer con una segunda persona, y esta segunda persona va más lejos del consentimiento dado por el encargado de la custodia del menor y decide retenerlo por un tiempo mayor del autorizado.

---

<sup>28</sup> PEREZNIETO CASTRO, Leonel y Jorge Alberto Silva, Derecho Internacional Privado, Ed. Oxford University Press, México, 1998, Pág.188.



## **3.2 PROTECCIÓN DE MENORES.**

La serie derechos relacionados con los menores ha tenido una evolución hacia su perfeccionamiento como ya lo hemos estudiado en el primer capítulo; fue hasta el año de 1924 en el que se suscribe la primera Declaración sobre los Derechos del Niño en Ginebra, de esa fecha hasta nuestros días se ha avanzado sobre todo en el año Internacional del Niño (1979), donde fue aprobada la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

### **3.2.1. Convención sobre los Derechos del Niño.**

Los derechos del niño son parte integrante de los derechos humanos y tienen como referencia el texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ya que este instrumento proclama el derecho que tiene la infancia a los cuidados y la asistencia.

*" Esta convención establece normas para la protección de la infancia acordadas universalmente, a la par que promueve un marco inestimable para la defensa de*

*los niños y de sus familias, así como para la elaboración de políticas y programas destinados a garantizar un porvenir sano y seguro para la infancia mundial”.*<sup>29</sup>

El contenido de la Convención da comienzo al establecer que debe entenderse por niño:

Artículo 1 “...se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que se le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Es importante señalar que si algún régimen establece una edad distinta a la que señala la Convención, se estará a lo que disponga la ley local de que se trate, pues lo que expresa la Convención es una regla general.

Esta Convención recoge un auténtico catálogo o declaración de derechos fundamentales del niño:

- A la vida,
- A la protección,
- Al nombre,
- A la nacionalidad,
- A conocer a sus padres y ser cuidados por ellos,
- A la identidad,
- A mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres,

---

<sup>29</sup> **LOPEZ ECHEVERRI**, Ovidio. Situación, naturaleza y perspectiva del proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño, Derechos de la Niñez. Ed. Instituto de investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1990.

- A salir de cualquier país,
- A expresar libremente su opinión,
- A la libertad de asociación,
- Al respeto a la vida privada,
- A ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo,
- A la libertad de pensamiento,
- A ser asistido por el Estado en instituciones adecuadas,
- A un trato digno tratándose de menores infractores,
- A ser adoptado,
- A obtener estatuto de refugiado,
- A la salud,
- A la educación,
- A la seguridad social,
- A un nivel de vida adecuado y a pensión alimenticia,
- Al descanso, el esparcimiento, al juego y actividades recreativas.

Asimismo establece la obligación de los Estados parte en orden a la protección del menor a ser protegidos contra:

- Peligros físicos o mentales,
- El descuido,
- El abuso sexual,
- La explotación,

- El uso de drogas y enervantes,
- El secuestro, la venta o trata de niños.

*“Estos derechos consagrados a lo largo de la Convención pueden ser agrupados, de manera general, en once grandes grupos que potencien las acciones de diversos agentes, y eviten que los esfuerzos pierdan profundidad, esos grupos son:*

- 1) Derecho a la vida y a un sano desarrollo psicofísico.*
- 2) Derecho a vivir en familia, y a recibir cuidados alternativos en caso de desamparo.*
- 3) Derecho a una identidad, que incluye el derecho a un nombre y a una nacionalidad.*
- 4) Derecho a la libertad de expresión, a dar opinión y a ser tomados en cuenta.*
- 5) Derecho a la no discriminación.*
- 6) Derecho a recibir una atención especial que considere a sus intereses en toda instancia.*
- 7) Derecho a la protección ante riesgos físicos y mentales, abusos, explotación y descuidos.*
- 8) Derecho a disfrutar del más alto nivel de salud.*
- 9) Derecho a la enseñanza y a recibir una educación que respete su dignidad y les prepare para la vida en un espíritu de comprensión, paz y tolerancia.*

*10) Derecho al descanso, al juego y a las actividades culturales y artísticas.*

*11) Derecho a disfrutar libremente de la cultura, la religión y el idioma propios.”<sup>30</sup>*

Derechos que serán respetados por los Estados parte, mismos que se comprometen a asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o tutores.

La Convención contiene directrices generales sobre el valor supremo del interés del menor en los procedimientos de adopción y secuestro internacional. Al respecto establece:

*"Artículo 11*

*Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.”*

---

<sup>30</sup> FUENTES, Mario Luis, *Los Derechos del Niño. 50 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Ed. Instituto Matías Romero- SER México, 1998, Pág. 131.

*"Artículo 21*

*Los Estados que reconocen y/o admiten el sistema de adopción, cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial..."*

*"Artículo 35*

*Los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma."*

Para dar efectividad a los derechos acogidos por la Convención los Estados partes se comprometen a tomar medidas administrativas, Legislativas o de cualquier otra índole que consideren pertinentes.

México se comprometió al suscribirla, a legislar a favor de los niños y niñas mexicanos; obligación que se estipula en nuestra Constitución, por lo tanto constituye una medida de orden técnico-jurídico necesaria para que la norma internacional se aplique en el orden jurídico.

### **3.2.2. Interés del menor.**

El concepto de interés superior del menor, es también conocido como interés superior del niño, surge en régimen de la cultura de los Derechos Humanos. Este principio indica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones, relacionadas con el periodo de vida del menor tendrán que realizarse de tal manera, que se busque el beneficio directo de menor a quienes van dirigidas.

Las legislaciones en materia familiar y de protección de los hijos, demuestran un constante acercamiento a estos al tomar como base para la elaboración de la leyes de la materia el interés superior del menor, y deja atrás la tendencia a favorecer e los intereses de los padres.

El pronunciamiento del concepto interés superior del menor poco a poco consigue enraizarse dentro de la doctrina jurídica, el hacerlo le permite esclarecerle y consolidar más y más el deber de los progenitores de cuidar y atender a los niños y niñas sujetos a su patria potestad, a la vez que procura con su ejercicio conceder el mayor beneficio posible para ellos, los niños, pues así lo manda la sociedad; lo que lleva a contemplar el ejercicio de la patria potestad como función social de orden público e interés social.

Bonnard sostiene que *“el interés del menor puede ser visto desde un concepto tradicional, que lo considera como una persona protegida, o desde un punto de*

*vista moderno, a través del cual se le visualiza como una persona autónoma. La primera forma es difícilmente conciliable con las necesidades de autonomía del adolescente cuyo interés es de ser ayudado a adquirir, paso a paso, su identidad como persona adulta autónoma, reconociéndole derechos y libertades que pueda ejercer por sí mismo".<sup>31</sup>*

La Convención sobre los Derechos de los Niños, pone de manifiesto este interés en la primera parte del artículo 3º:

*"Artículo 3*

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

La legislación mexicana compuesta por los códigos civiles de toda la República como las convenciones internacionales tienden a establecer principios como: el respeto a los derechos fundamentales del niño, el control de formalidades, la intervención de autoridades competentes, la certeza respecto de la situación legal

---

<sup>31</sup> Citado por COMISION DE DERECHOS HUMANOS DEL ESTADO DE MÉXICO, Memoria del Tercer Congreso Nacional de la Federación Mexicana de Organismos Públicos de Protección y Defensa de los derechos Humanos. Toluca México 1995. Pág. 104.



del menor; todos estos principios llevan el principio reconocido por la comunidad internacional, el mayor interés del menor.

### **3.2.3. Derecho de custodia y visita.**

El vocablo custodia proviene del latín *custos* que significa guarda o guardián y ésta a su vez deriva de *curtos*, forma del verbo *curare* que quiere decir cuidado. Es por lo tanto la acción y el efecto de custodiar o sea guardar con cuidado una cosa.

En una acepción genérica de guarda se comprende una custodia que en gran parte incluye las facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen las funciones de patria potestad o tutela. Derecho-deber que es salvaguardado y reconocido por la legislación, al señalar que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, y para su cumplimiento se establece como deber y facultad de los padres velar por los hijos y tenerlos en su compañía; en el entendido de que el concepto de compañía presupone no solamente una inmediación física y en el mismo techo, sino una comunicación de afecto y cariño unido al deber de velar por los hijos, en su sentido más amplio. La doctrina reconoce a la custodia como parte integrante del derecho de guarda, custodia que en otros Estados recibe el nombre incorrecto de tenencia.

El derecho de visita, por otro parte versa sobre el conjunto de facultades o posibilidades, protegidas por el ordenamiento legal, de relacionarse entre sí ciertas

personas unidas por lazos familiares o afectivos en nuestro caso padres e hijos, en situaciones marginales de la familia, aquí por la crisis matrimonial, cuando no puedan desarrollarse de forma normal tales visitas por culpa de la imposibilidad de convivencia entre los progenitores. Así mediante el régimen de visitas se pretende atenuar en cierta manera la necesidad de convivencia de los hijos con sus padres, cuando éstos han sido colocados bajo la guarda del otro cónyuge.

El *ius visitando* o como lo señala Zanón "*derecho de visita constituye un derecho –deber de relación de padres e hijos, en interés de los propios hijos, siendo un derecho personalísimo de cada padre, inalienable e imprescriptible. El derecho de visita persigue la finalidad de que exista una comunicación entre padres e hijos... lleva implícita la compañía entre el progenitor y, al mismo tiempo el denominado derecho de albergue o alojamiento*".<sup>32</sup>

La naturaleza jurídica del derecho de visita lleva a considerarlo como un complejo de derecho-deber, que tiene por finalidad esencial cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos para lograr un desarrollo equilibrado de los mismos, y gocen de la compañía del padre y la madre tan imprescindible para los hijos. Derecho que únicamente se puede ilimitar o suspender cuando lo aconsejen circunstancias de carácter grave o se incumplieren reiteradamente los deberes

---

<sup>32</sup> ZANON MASDEU, Luis. Guarda y Custodia de los Hijos. Bosh Casa Editorial, Barcelona, 1996, Pág. 87.

impuestos en la resolución judicial, por otro lado, el régimen de visitas puede ser aplicado o restringido cuando las circunstancias lo aconsejen.

Calvo Caravaca señala: “ *el progenitor que no tiene la guarda y custodia del menor tiene , en cambio, el derecho de visita: el derecho a verle y tenerlo consigo períodos muy limitados de tiempo como cierto días, fines de semana o parte de las vacaciones. En ocasiones, se aprovecha el derecho de visita para atraer hacia sí al hijo y alejarlo de quien lo tiene bajo su guarda y custodia, e incluso, para trasladar al menor lejos de su país de residencia o para retenerlo en otro país.*”<sup>33</sup>

Los conceptos de custodia y visita son reconocidos y tratados en la doctrina mexicana, a la par que se contemplan y protegen en la legislación nacional, dan una seguridad jurídica a los sujetos integrantes de toda relación paterno filial, al actuar en pro de la institución de patria potestad y tener como eje fundamental el interés superior del menor.

Nuestro Código Civil Federal nos hace referencia a la custodia y al derecho de convivencia a continuación mencionaremos los aspectos más importantes.

---

<sup>33</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis et al. Derecho Internacional Privado. Vol II; Ed. Comares, Granada, 1988, Pág. 187.

*Art. 273. Requiere a los divorciantes voluntarios para que presenten al juzgado un convenio en que designan persona a quien sean confiados los hijos.*

*Art. 283. La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos...en especial todo lo relativo a la custodia y al cuidado de los hijos... considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.*

*Art. 378. Faculta a la mujer que cuida o ha lactado a un niño que ha satisfecho posesión de estado, para no entregar al niño a su cuidado sino a través de sentencia ejecutoriada.*

*Art. 380. Faculta a la autoridad judicial para resolver sobre la custodia del hijo en caso de que los padres que vivan separados, no se pongan de acuerdo al respecto, y siempre que ambos progenitores hubieren reconocido al hijo al mismo tiempo.*

*Art. 381. Otorga la custodia del hijo, al padre que primero hubiere efectuado el reconocimiento del mismo. Siempre que no vivan junto los progenitores.*

*Art. 416. Indica que en caso de separación de los progenitores y con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de*

*ellos, mientras que el otro conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor.*

*Art. 417. Determina que aún cuando los que ejercen la patria potestad no tengan la custodia, tiene el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos. Y sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia.*

Del precepto anterior se deriva la defensa brindada a los menores en caso de que corran peligro alguno con el ejercicio de derecho de guardia y custodia o del derecho de visita; y de ahí resulta que el Código Civil tome en cuenta este peligro como causa suficiente para no sólo privar a los padres del derecho de visita, sino incluso el de la patria potestad.

De la misma manera la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, en el Título Segundo, Capítulo II de los Derechos, artículo 5 inciso B), fracción IV , señala:

*"Artículo 5. De manera enunciativa, más no limitativa, ... las Niñas y niños en el Distrito federal tienen los siguientes derechos:*

*B) A la identidad, Certeza Jurídica y Familia:*

*IV. A vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aún en el caso de estar separados, salvo si ello es contrario al interés superior de la niña y niño,..”*

En la ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes es en el Título Segundo Capítulo IV de los Derechos a vivir en condiciones de bienestar y aun sano desarrollo psicofísico, el artículo 19 se encarga de manifestar el mismo derecho de los menores enunciado por la primera ley en comento:

*“Artículo 19. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en condiciones que permitan su crecimiento sano y armonioso, tanto físico como mental, material, espiritual, moral y social.”*

En el ámbito internacional los conceptos de derecho de custodia y derecho de visita se encuentran definidos en diversos instrumentos como la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en su artículo 5º señala que:

*"Art. 5º A los efectos de la presente Convención:*

- a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; y*
- b) el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente de aquel en que tiene su residencia habitual."*

De manera muy semejante, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores define ambos derechos en su artículo 3º, el cual nos indica:

*"Art. 3º Para los efectos de esta Convención:*

- 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, y*
- b) El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un periodo limitado a un lugar diferente del de su residencia habitual."*

### **3.3 CONVENCIONES INTERNACIONALES.**

El régimen de Derecho relativo a la protección de menores se encuentra condicionado por la vigencia, en algunos Estados, de diversos textos convencionales multilaterales.

#### **3.3.1. Convención Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.**

La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, signada al amparo de la Conferencia de la Haya el 25 de octubre de 1980, fue aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1991.

La Convención protege el interés superior del menor por cada uno de los Estados y señala:

*“Los Estados signatarios de la presente Convención, profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a la custodia.*

*Deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permiten garantizar la restitución inmediata del*



*menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita, han acordado concluir una Convención a estos efectos...”*

Esta Convención persigue asegurar el retorno inmediato de los niños desplazados o retenidos ilícitamente en un Estado contratante y hacer respetar efectivamente en los otros Estados contratantes los derechos de guarda y de visita existentes en uno de ellos.

De conformidad con ello, la convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores, puntualiza cuando serán considerados ilícitos los traslados y retenciones de menores, y expone que lo serán cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido de conformidad con el derecho vigente del Estado de residencia habitual del menor, así como cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, en el momento del traslado o de la retención o se habría ejercido de no haberse producido estos.

De la misma forma define los derechos de custodia y visita; el derecho de custodia comprenderá lo relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular el derecho de decidir sobre su lugar de residencia; en tanto que el derecho de visita comprende el derecho de llevar al menor, por un período de

tiempo limitado, a otro lugar diferente de aquel en que tiene su residencia habitual.

La aplicación de este Convenio se limita a los menores de dieciséis años que hayan tenido su residencia habitual en un Estado signatario inmediatamente antes de la trasgresión de los derechos de custodia o de visita.

Cada Estado contratante se compromete a designar una autoridad central, que se encargara de hacer cumplir de una forma efectiva lo dispuesto en la Convención; sistema que se realiza a través de la cooperación entre autoridades centrales que promoverán la colaboración entre autoridades administrativas y judiciales, competentes en sus respectivos Estados.

La Convención introduce obligaciones específicas para las autoridades judiciales o administrativas de los estados parte, encargadas de decidir la restitución del menor u organizar o garantizar el ejercicio efectivo de un derecho de visita.

La solicitud de restitución debe de cumplir con una serie de requisitos para que proceda su tramitación, entre estos requisitos se encuentran los siguientes:

- Información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que lo haya sustraído o retenido,
- Fecha de nacimiento,
- Motivos en que se basa la solicitud de restitución y;

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

La restitución se torna obligatoria si ha transcurrido menos de un año desde el traslado del menor hasta la iniciación del procedimiento; tras la expiración de este plazo, la restitución no procede si queda demostrado que el menor ha quedado integrado a su nuevo medio.

La restitución se haya condicionada a la propia voluntad del menor, si constata que éste se opone al retorno y ha alcanzado una edad y un grado de madurez tales que tornan apropiado tener en cuenta al menor. La Convención no incluye en sus disposiciones normas de competencia judicial, ni de Derecho aplicable, ni de reconocimiento.

La Convención establece que el solo hecho de que una decisión relativa a la custodia haya sido dictada o sea susceptible de ser reconocida en el Estado requerido, no podrá justificar la negativa para restituir a un menor. La Convención no exige ninguna formalidad para la solicitud de la restitución.

Cada autoridad central sufragará sus propios gastos, y no impondrá cargo alguno en relación con las solicitudes presentadas, ni exigirán al solicitante ningún pago por las costas y gastos del proceso; pero sí las autoridades competentes podrán

ordenar a la persona que traslado o retuvo al menor que cubra los gastos y costas generados por la localización y restitución del menor.

### **3.3.2. Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores.**

La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores tiene como objetivo prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores y regular los aspectos civiles y penales del mismo. Para su cumplimiento, la Convención prevé que los Estados partes se obliguen a:

- Asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior,
- Instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados parte para la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, y
- Asegurar la pronta restitución del menor al Estado de su residencia habitual.
- 

La Convención señala que el tráfico internacional de menores significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos.

- Propósitos ilícitos: incluyen entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito.

- Medios ilícitos: se entiende el secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se haya el menor entre otros.

La sustracción ilícita del menor, según lo define la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores, existen los medios ilícitos ( la infracción a un derecho de custodia), carece de los propósitos ilícitos mencionados en la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores; toda vez que el sustractor solo busca retener, ilícitamente, al menor a fin de poder ejercer sobre él una custodia efectiva. Por lo tanto, la diferencia entre el tráfico y la sustracción radica en la presencia o ausencia de los propósitos ilícitos en la sustracción.

Dentro de los aspectos penales regulados por la Convención radica que los estados partes se comprometen en la medida de sus posibilidades a cooperar en la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, a través de las medidas eficaces, conforme a su derecho interno.

También establece ciertos deberes a los estados partes para la prevención y sanción del tráfico internacional de menores como son:

- El prestar asistencia pronta y expedita entre Autoridades centrales para la realización de diligencias judiciales y administrativas,
- La obtención de pruebas y demás actos necesarios para el cumplimiento de los objetivos del tratado,
- Establecer mecanismos de intercambio de información, y
- Disponer las medidas necesarias para superar los obstáculos que puedan afectar la aplicación de la Convención.

De la misma forma se determina la competencia para conocer de los delitos de tráfico internacional de menores, y se señala que se preferirá a la autoridades que hubieren prevenido en el conocimiento del hecho ilícito; las autoridades que resulten competentes para conocer del hecho son las determinadas por los siguientes criterios:

- Las del lugar donde tuvo verificativo la conducta ilícita,
- Las de la residencia habitual del menor,
- Las del lugar donde se halle el presunto delincuente, y ( si no ha sido extraditado)
- Las del lugar donde se halla el menor víctima del tráfico.

La solicitud de localización y restitución del menor será tramitada dentro de los 120 días de conocida la sustracción, traslado o retención ilícita, si es promovida por particulares; o dentro de 180 días si es promovida por los estados, después de

conocida la sustracción, sin perjuicio del derecho del estado donde se encuentra retenido el menor para ordenar su restitución en cualquier momento, conforme al interés superior del menor.

Las solicitudes deben seguir las formalidades indicadas por la Convención son necesaria su legalización y traducción al idioma oficial del estado al que se dirija. Estas deben ser legalizadas, excepto que su transmisión se realice por medio de la autoridad central, por vía diplomática o consular o en su caso de que los tribunales sean fronterizos y se cooperen directamente.

Los Estados parte de la Convención se comprometen a adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de un menor víctima del tráfico cuando se constate que éste se encuentre en su territorio, e impedir su traslado indebido a otro lugar.

Cada Estado debe de tomar las medidas necesarias para lograr la gratuidad de los procedimientos, y las autoridades competentes pueden ordenar a las personas responsables del tráfico que cubran los gastos y costas de la localización y restitución.

### **3.3.3. Convención Interamericana Sobre la Restitución Internacional de Menores.**

*“La finalidad de esta Convención sobre la Restitución Interamericana de Menores consiste en la regulación de una problemática de naturaleza meramente civil, pese a que toca un pequeño aspecto del tráfico ilegal de menores, excluye toda connotación de carácter penal, como el secuestro de menores, y se limita a normar la posibilidad de que algunos de los padres, o personas e instituciones, sin autorización de otro con igual derecho traslade a un menor a un Estado parte diferente, con la intención de privarlo de su derecho de guarda y custodia.”*

El objetivo de la Convención consiste en una adecuada cooperación judicial internacional, que agilice la restitución de menores cuya residencia habitual sea un Estado parte y haya sido trasladado ilegalmente a otro Estado, o si su traslado fuere legal se le haya retenido ilegalmente. Así como también hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

La Convención contiene disposiciones que proporcionan conceptos básicos que giran en torno a la misma:

- Derecho de custodia o guarda. Comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial el de decidir su lugar de residencia.
- Derecho de visita. Entendido como la facultad de llevar al menor por un periodo limitado a un lugar diferente del de su residencia habitual.



- Traslado o retención ilegal. Ambos ilícitos acontecen cuando se producen en violación de los derechos que se 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.

La Convención establece un procedimiento para la restitución de menores, que podrá ser instaurado por aquellas personas o instituciones que ejerzan la patria potestad, tutela, guarda o custodia del menor, conforme al Derecho vigente del Estado donde residía habitualmente éste.

Se da competencia para conocer de la solicitud de restitución a las autoridades judiciales o administrativas del estado parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos. Además del derecho que tiene el actor de presentar, en situaciones de urgencia, la solicitud directamente a las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se encuentre ilegalmente el traslado o retenido o donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación; pese a éstas alternativas únicamente compete al Juez de la residencia habitual emitir la resolución definitiva. Aquí también se instituye una autoridad central, pieza básica dentro del procedimiento, cuya finalidad es garantizar la restitución inmediata de los menores.

Son requisitos que debe contener la solicitud de restitución:

- Antecedentes o hechos relativos al traslado o retención ilegal,
- Información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que lo traslado o retuvo ilegalmente,
- Fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor,
- Copia íntegra de cualquier resolución judicial o administrativa si vistiera, o del acuerdo que lo motive,
- Documentación que acredite la legitimación procesal del solicitante,
- Certificación o información emitida por la autoridad central u otra autoridad competente del Estado de residencia habitual del menor relativa al Derecho vigente en él,
- De ser necesario traducción al idioma oficial del estado requerido de los documentos referidos,
- Indicación de las medidas necesarias para hacer efectivo el retorno.

De no ser posible la restitución por vía voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, sin más trámite, tomarán conocimiento personal del menor, adoptarán, las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones más idóneas y, si fuere procedente, dispondrá sin demora de su restitución. En uno u otro caso el Estado requerido adoptará las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción.

Ante una petición de restitución, el Estado requerido no está obligado a ordenarla si la persona o institución se opone y demuestre:

- Que los actores no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o dieron su consentimiento al momento o con posterioridad al traslado o retención,
- Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerlo a un peligro físico o mental.
- Si el menor se opone a regresar al domicilio, cuando a juicio de la autoridad tiene la edad y madurez necesarias para que su opinión sea tomada en cuenta, y
- Cuando sea manifiestamente violatoria a los principios fundamentales del Estado requerido sobre derechos humanos y del niño.

Una vez que el Estado requirente recibe la copia de la resolución que ordena el retorno del menor, tiene 45 días naturales para llevar a cabo las medidas necesarias para efectuar el traslado, de no hacerlo así, las providencias adoptadas lo mismo que la restitución ordenada quedará sin efecto.

La Convención sobre Restitución de Menores señala que los gastos ocasionados por el traslado correrán a cargo del actor, excepto en el caso de que sin perjuicio de que pueda repercutirlos contra el responsable del desplazamiento o retención ilegal.

El procedimiento deberá ser invocado dentro de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor fue trasladado o retenido ilegalmente. sin embargo en el caso de desconocer el paradero del menor, el lazo se computa a partir del momento en fuere precisada su localización.

Aún vencido el plazo de un año, el Estado requerido podrá disponer la restitución del menor si las circunstancias lo justifican, excepto en el caso de que existiera una enorme adaptación del menor a su nuevo entorno, pues se le podría causar un terrible daño psicológico.

Es obligación de los Estados partes de la Convención colaborar en la localización de menores que tengan su residencia habitual en uno de ellos y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en otro Estado miembro.

El último procedimiento que establece la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, es utilizado para hacer efectivo internacionalmente el derecho de visita a menores; se dispone que la solicitud que tenga por objeto hacer respetar el ejercicio del derecho de visita por parte de sus titulares podrá ser dirigida a las autoridades competentes de cualquier Estado parte, pero el procedimiento se regulará de acuerdo a lo dispuesto por la ley donde se pretende ejercitarlo.

### **3.4 DERECHO COMPARADO.**

La aceptación de los instrumentos protectores de los menores, que ya hemos estudiado tiene diversos impactos sobre los Estados que forman parte de las mismas, ya que algunos países han adecuado sus legislaciones a lo dispuesto en las Convenciones e incluso cuentan con mejores y más eficaces ordenamientos para evitar tales problemas.

#### **3.4.1. Uruguay.**

Uruguay es uno de los países que ha demostrado una gran importancia sobre la protección de la niñez y sobre todo, en lo concerniente a la sustracción de menores, pues tiene una gran participación en foros internacionales, así como en Convenciones y la celebración de tratados bilaterales como multilaterales.

*“ La decidida acción por este país nos muestra un amplio abanico que se acrecienta más en razón, del incremento que presenta la sustracción y el tráfico internacional de menores, y como muestra del mismo existen los siguientes instrumentos convencionales”<sup>34</sup>*

---

<sup>34</sup> **ALVAREZ COZZI**, Carlos.- Restitución Internacional de Menores. Ed. Universidad de Montevideo, Uruguay, 1988, pag. 43.

- Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, suscrito en la Ciudad de Montevideo el 31 de julio de 1981.
- Convenio de Restitución Internacional de Menores celebrado entre la República Oriental Uruguay y la República de Chile, el 15 de Octubre en la ciudad de Chile.
- Convenio sobre Restitución Internacional de Menores entre la República del Perú y la República Oriental Uruguay, celebrado el 7 de febrero de 1985, sin ser ratificado aun.

Adelantándose a la Convención sobre Restitución de Menores, realiza el proyecto de Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores en abril de 1988, es decir un año antes de que la Quinta Conferencia Especializada formulara su Convención.

Uruguay señala tres condiciones sociales de hecho que dan origen a la problemática:

1. El aumento de matrimonios o de familias en situación conflictiva del resultado de numerosos divorcios en la vida familiar contemporánea.
2. La internacionalización de la vida familiar, ya sea por el constante aumento de cónyuges de nacionalidad diferente, como por la movilidad geográfica de una misma nacionalidad a países distintos del de su origen.

3. La internacionalización artificial de los problemas como forma de evasión legal.

Estos son factores que conducen a situaciones indeseables y que el Derecho Internacional Privado Uruguayo pretende evitar, y para lo mismo plantea cuatro posibles soluciones:

- La vía penal, a través del recurso como la extradición; el cual funcionaria en los casos de tráfico de menores o hasta de adopciones fraudulentas; pero sería inoperante cuando se tratase de los progenitores, ya que se ha considerado que en los casos de secuestro por parte de uno de los progenitores del menor permanezca en la esfera civil.
- La ejecución internacional de sentencias extranjeras que otorga la custodia del menor; situación que implica la existencia de un juicio previo cuya sentencia emitida permita iniciar en el país extranjero donde se encuentre el menor, el trámite exequatur para hacer efectiva la sentencia de devolución del menor; circunstancias que la hacen tardía.
- La jurisdicción de emergencia para asumir el conocimiento de asuntos relacionados con la protección de menores que están en el territorio de un país; sin embargo esta no es aplicable en situaciones de abandono físico o moral, maltrato

físico a menores y el juez no estaría autorizado para resolver cuestiones de fondo.

- La vía del exhorto que es mas rápida y de efecto inmediato; el inconveniente sería los tratados y legislaciones vigentes sobre exhortos solo permiten aplicar estos en casos de notificaciones y de actuación de pruebas.

### **3.4.2. Argentina.**

Argentina es uno de los países que mantiene una excelente adecuación entre sus ordenamientos jurídicos y los instrumentos convencionales que ha suscrito en materia de protección de menores. La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores muestra una armonización entre lo que contempla su texto y las soluciones adoptadas por la jurisdicción Argentina.

Una jurisprudencia argentina somete la tenencia de los hijos a la efectiva residencia del menor, así lo ha resuelto la sentencia del Juez en lo civil y comercial de la 5 nominación de Córdoba, Doctor Pedro Baquero Lascano, el 20 de Noviembre de 1980.

|

La jurisprudencia al hablar de la competencia otorgada al juez de efectiva residencia del menor, se encuentra acorde a las disposiciones contempladas en la



Convención sobre Sustracción Internacional de Menores, que establece que las cuestiones de fondo podrán ser resueltas exclusivamente por la autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

El Convenio celebrado entre la República de Argentina y la República de Uruguay, denominado Convenio sobre Protección Internacional de Menores, suscrito en Montevideo el 31 de julio de 1981; busca asegurar la pronta restitución de menores que se encuentren indebidamente fuera del Estado de su residencial habitual en el territorio del Estado parte; situación que sería reconocida más tarde por la Quinta Conferencia Especializada Interamericana.

El Convenio Argentino-Uruguayo, no dista mucho de lo dispuesto en Convención sobre Sustracción de Menores, y entre lo establecido señala:

- La presencia de un menor en el territorio de otro Estado parte será considerada indebida cuando se produzca en violación de la tenencia, guarda o derecho que ejerzan, sobre el, respecto de sus padres, tutores o guardadores.
- Se entiende por residencia habitual, el centro de vida.
- Los jueces del Estado de la residencia habitual del menor son competentes para conocer en la acción de la restitución de menores.
- Se establecen procedimientos de cooperación binacional con la finalidad de hacer efectiva la restitución.

### 4.3. España.

paña cuenta con el Convenio Europeo de Luxemburgo suscrito el 20 de mayo 1980, relacionado al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores; así como el restablecimiento de dicha custodia.

En así se firmó y ratificó el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Restitución Internacional de Menores, ya que representó la cooperación de todos los Estados miembros de la misma en pro del mayor beneficio de la niñez; y que no había logrado superar.

Entre ambos convenios existen similitudes:

- La existencia de autoridades centrales
- La remisión al Derecho Interno para fijar la autoridad competente.
- La gratuidad del procedimiento.
- 

El sistema del Convenio de Luxemburgo, implica que el progenitor que reclama el restablecimiento de su custodia sobre el menor ilícitamente trasladado a otro país, dispone de un procedimiento veloz para lograr, en dicho país, el reconocimiento de dicha decisión de modo que se ordene el retorno del menor, al país de donde fue ilícitamente sustraído.

A diferencia de la Convención sobre los Aspectos Civiles sobre la Restitución Internacional de Menores, que no entra en el fondo jurídico de la cuestión, es decir, de la titularidad de los derechos de guarda y visita, la atribución o privación de la patria potestad; sino que busca exclusivamente el retorno del menor a donde era su residencia habitual.

Estos son algunos de los países que han adecuado sus ordenamientos, para evitar morosidades en el procedimiento. Y que nuestro país debe tomar como ejemplo para obtener mejores resultados durante el procedimiento.

## **CAPITULO IV.**

### **"PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES"**

- 4.1 CONCEPTO DE RESTITUCIÓN.**
- 4.2 PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.**
- 4.3 ÓRGANOS COMPETENTES EN EL PROCEDIMIENTO.**
- 4.4 EXCEPCIONES A LA RESTITUCIÓN DEL MENOR.**
- 4.5 PROBLEMÁTICA DE LA RESTITUCIÓN DE MENORES EN MÉXICO.**
- 4.6 SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA RESTITUCIÓN EN MÉXICO.**

## CAPITULO IV

### "PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE MENORES"

#### 4.1 CONCEPTO DE RESTITUCIÓN.

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

*Del latín restitutio nis, de igual significado, nomen actionis del verbo restitutio vere, restituir literalmente; volver a establecer; compuesto de statuo vere, establecer, estatuir, forma causativa de esto, stare, estar de pie."*<sup>35</sup>

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."*<sup>36</sup>

La definición es muy sencilla pero no podemos hablar de la devolución de una cosa robada, pues en la restitución, el menor no ha sido robado, sino trasladado o retenido ilícitamente.

---

<sup>35</sup> COUTURE, Eduardo J. Vocabulario Jurídico, Ed. Depalma, Buenos Aires 1993, Págs. 525,526.

<sup>36</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Ed. Heliasta, Argentina, 1981, Pág.525.

Para De Pina la restitución es *“ la acción o efecto de restituir. Y restituir es volver una cosa a quién la tenía anteriormente, Poner una cosa en el estado que antes tenía. ”*<sup>37</sup>

No existen demasiadas diferencias entre las definiciones antes citadas, todos los autores coinciden en que consiste en la acción de devolver una cosa para que pueda darse la restitución.

Si al término de restitución le agregamos, internacional; no es muy diferente a lo antes mencionado; mas sin embargo la connotación va más allá, pues aunque no existe un concepto de restitución internacional algunos tratadistas lo enfocan al estudio de la Convención.

Tellechea nos habla de lo que puede acercar a una definición, aunque no directamente pero que si interviene 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 dado ciertos requisitos básicos, establecidos en el*

---

<sup>37</sup> DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México, 1978, Pág. 277.

*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 esta.*<sup>38</sup>

Las definiciones y comentarios de los expertos nos dan un enfoque amplio de lo que se debe entender por restitución internacional, aunque no lo definan directamente.

#### **4.2 PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.**

La Convención Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, es la base fundamental, donde México lleva a cabo el procedimiento de restitución, pues la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores, solo ha sido ratificada por unos cuantos Estados miembros de la comunidad americana, de ahí el porque es tan importante aquella Convención para nuestro país.

La Convención Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, señala que cuando una persona o institución que considere que un menor ha sido trasladado o retenido en violación de su derecho de guarda y custodia, podrá dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor.

---

<sup>38</sup> **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**, N°1-2, Enero-Junio, Uruguay, Pág.112.

En nuestro país es designada como Autoridad Central, de acuerdo a la Convención, a la Secretaría de Relaciones Exteriores, por medio de la Consultoría Jurídica. Es indispensable señalar que la Secretaría de Relaciones Exteriores, por conducto de la Consultora Jurídica, específicamente en el Departamento de Derecho de Familia canaliza las solicitudes de restitución, tanto en el procedimiento pasivo como activo.

Si la solicitud procediera del extranjero, la Secretaría de Relaciones Exteriores hará de conocimiento a la Procuraduría de la Defensa del Menor del Estado que corresponda. Si se tratara de una restitución activa, las Procuradurías de la Defensa del Menor de cada entidad, remite a la Secretaría de Relaciones Exteriores las peticiones de restitución sobre las que tenga conocimiento, es probable que se de aviso a la autoridad judicial, recibida la solicitud corresponde a la Secretaría de Relaciones Exteriores comunicarla a la Autoridad Central extranjera para formalizarla.

El procedimiento de restitución da inicio con la recepción de la solicitud que se recibe en la Secretaría, son revisadas las solicitudes para estimar si se han realizado correctamente, es decir, que proporcionen los datos necesarios para la identificación del solicitante, del menor y de la persona que lo ha desplazado o retenido ilegalmente, los motivos en que se basa la reclamación de la restitución,



así como la información de localización del menor. Se verifica también que las solicitudes y los documentos realizados en otros idiomas distintos al español, se acompañen de sus respectivas traducciones oficiales, y que los documentos que así lo requieran se encuentren debidamente apostillados.

En caso de que las solicitudes no cumplieren con los requisitos exigidos, serán subsanadas para poder dar seguimiento a la petición. Cuando cumplen con todos los requisitos se da trámite, para su clasificación.

Las solicitudes se dividen en dos, las de localización y las solicitudes de seguimiento. Las solicitudes de localización son aquellas en las cuales no se tiene localizado al menor, y para ello la Secretaría de Relaciones Exteriores coordina esfuerzos con la INTERPOL para lograr su localización, y una vez localizado se turna la solicitud de seguimiento.

Las solicitudes de seguimiento son aquellas que se encuentran integradas, y que son turnadas por la Cancillería al Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal o bien a las entidades federativas según corresponda, quién formulado el expediente lo turnará a los distintos jueces de lo familiar.

Los jueces de lo familiar son los encargados de realizar el análisis de las solicitudes de restitución, de los hechos previos al desplazamiento o retención ilegal, de los

alegatos que formule el solicitante, así como de las decisiones judiciales o administrativas de la que se derive el derecho de custodia infringido o violentado.

El juez está facultado para tomar las medidas cautelares tendientes a proteger al menor, asegurar su cuidado, su custodia o guarda provisional, para ello toma las medidas necesarias a cada caso concreto, medidas como arraigo domiciliario o bien el depósito del menor en alguna casa de asistencia o albergue del sistema del DIF, con el propósito de evitar un nuevo traslado del menor a un Estado distinto de aquel donde se localizó.

La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tomará en cuenta el derecho y las decisiones judiciales o administrativas reconocidas en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a los procedimientos específicos de pruebas de tal derecho o jurisprudencia. Sin embargo, todas las disposiciones que reglamentan con detalle el procedimiento a seguir por las autoridades centrales no limita el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar el retorno del menor en cualquier momento. El juez encargado de la restitución tiene estrictamente prohibido resolver la cuestión de los derechos de custodia, ya que estas cuestiones de fondo deberán ser ventiladas ante el juez del lugar de residencia habitual del menor, una vez que el juez ordena la restitución.

Una vez aceptada o denegada la restitución del menor se le comunica a la Secretaría de Relaciones Exteriores para hacerlo del conocimiento al solicitante, en caso de ser aceptada el regreso del menor, el juez dictará las medias necesarias.

El DIF, es el órgano encargado de recibir a los menores restituidos, en tanto son colocados bajo la protección de la persona o institución que tenga a cargo su guarda o custodia.

### **4.3 ÓRGANOS COMPETENTES EN EL PROCEDIMIENTO.**

De acuerdo a lo establecido en la Convención sobre Sustracción de Menores, cada Estado contratante debe designar a una autoridad central, para dar cumplimiento a dicho procedimiento y, en nuestro país se le designó a la Secretaria de Relaciones Exteriores y al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia.

La función de las autoridades centrales es de cooperar entre sí para adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la Convención y promover la colaboración entre las autoridades competentes para lograr el objetivo de garantizar la restitución inmediata del menor.

La Secretaria de Relaciones Exteriores es el órgano encargado de conocer y llevar a cabo todo procedimiento de restitución de menores, pues es donde comienza a

funcionar el mecanismo del retorno de un menor al Estado de su residencia habitual.

Dentro de la cancillería mexicana, el Departamento de Derecho Familiar es el encargado de recibir las solicitudes y los documentos necesarios para el inicio de la tramitación del retorno del menor, de la búsqueda y localización del menor en su caso, además distribuye las acciones tendientes a la continuidad del procedimiento entre las autoridades correspondientes.

El Sistema de Desarrollo Integral de la Familia constituye la otra autoridad central en México, es el encargado de coordinar internamente sus acciones con los sistemas DIF estatales y con sus procuradurías, coordinación que se significa una capacitación en torno a la aplicación de la Convención , para la adecuada canalización de los solicitantes de restitución de menores a las autoridades competentes, asimismo que permita llevar acabo todas las medidas necesarias para la protección del menor y agilizar los procedimientos de ubicación de los menores retornados en albergues o casa de asistencia del DIF en las entidades federativas.

Otras partes importantes en el procedimiento son los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia así como los jueces de lo familiar. Los primeros mantienen

una relación más directa con la cancillería con lo que respecta a las solicitudes que se presentan, y el reparto que hacen de las mismas a los jueces de lo familiar.

Los jueces de lo familiar son quienes dan seguimiento a la solicitud, analizan las decisiones que se fundan en ella, toma las medidas cautelares que se consideren necesarias, y la más importante estudia los pro y los contra de la restitución del menor a su residencia habitual. Es el quien determina si procede o no la restitución del menor.

#### **4.4 EXCEPCIONES A LA RESTITUCIÓN DEL MENOR.**

De acuerdo al artículo 13 de la Convención, la autoridad central o administrativa del Estado requerido no esta obligado a ordenar la restitución del menor, si la persona o institución que se opone a la restitución demuestra la procedencia de alguna de las excepciones hechas valer.

Entre ellas tenemos:

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

El solicitante de la restitución debe destacar que se ha violado su derecho de guarda, más quién oponga la excepción, debe acreditar ante la autoridad que aquél no ejercía en ese momento el derecho de custodia. Por lo que se refiere al consentimiento del traslado, se debe acreditar que quién solicita la restitución otorgó su consentimiento para el traslado del menor o retención y en ese sentido, se determinaría que no hubo traslado o retención ilícita. Como se observa la carga de la prueba es para quién opone la excepción.

- La restitución del menor pone en riesgo o peligro su salud física o psicológica, o de otra manera se le ocasione un daño.

En cuanto se refiere al peligro físico, podría consistir en la exposición del menor a una enfermedad existente en la residencia habitual, en la imposibilidad de llevar acabo un tratamiento en el Estado donde se encuentra o cualquier otra situación que perjudique al menor en su salud. Con lo que se refiere al aspecto psicológico se puede comprender todo daño emocional ocasionado por la separación de sus padres.

- Si el menor ha alcanzado una edad y un grado de madurez apropiado para tener en cuenta sus opiniones, la autoridad judicial o administrativa podrá negarse a la restitución si comprueba que el menor se opone a ella.

En este caso no se puede determinar en que momento se alcanza la madurez, por ello la autoridad judicial determinará si el menor cumple los requisitos necesarios para su intervención.

A su vez el artículo 20 de la Convención señala:

- Cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Para acreditar la excepción, es necesario que los principios fundamentales en la materia adoptados por el Estado requerido no lo admitan en ningún sentido.

- Cuando quede demostrado que el menor ha quedado totalmente integrado a su nuevo medio.

Sin la existencia de alguno de estos motivos, el juez de lo familiar no podrá oponerse a la restitución del menor.

#### **4.5 PROBLEMÁTICA DE LA RESTITUCIÓN DE MENORES EN MÉXICO.**

No resulta extraño que debido a desavenencias familiares, de divorcios o manipuleos sentimentales por parte de un miembro de la familia traslade o retenga ilícitamente a un menor en el extranjero. Situaciones como éstas son las

que han puesto a trabajar a la comunidad internacional a favor de la infancia, ya que es una problemática que día a día va en aumento.

Frente a esta situación México no es la excepción, ya que ha aumentado el número de menores trasladados o retenidos en el extranjero, y de cualquier clase social. Por ello México ha aprobado y ratificado instrumentos de Derecho Convencional e incluso ha participado en el seguimiento de los mismos y ha sido promotor de iniciativas que han servido en pro de la infancia.

México participo en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, donde realizó un gran esfuerzo; pero en la actualidad ha mostrado un gran desinterés en el tema de la sustracción y restitución de menores a su residencia habitual.

El procedimiento tendiente a la restitución de menores en México, se ve regulado solamente por la disposiciones de la Convención, y se apoya en ellas para decidir sobre su restitución, retraso, rechazo o negación; del mismo modo son las autoridades centrales, administrativas y judiciales, las que deben decidir sobre su actuar en el procedimiento, ajustándose a lo estipulado en la Convención. En este aspecto México no ha reglamentado el procedimiento para lograr la restitución de menores; por lo que resulta irónico que un país donde propone y apoya a los



instrumentos para erradicar el problema, cae en la desidia de reformar sus ordenamientos vigentes para cumplir con tal objetivo.

Aunado ha esto aunque nuestra legislación civil, protege actualmente a los menores, cuando se pretende hacerse de una manera efectiva nos encontramos con la evidencia de las deficiencias de la legislación, frente a los derechos de los niños; planteados en la Convención.

Otro hecho que afecta a nuestro país, es que cuando se habla de restitución internacional de menores, rebasa muchas veces los límites de la circunscripción y de jurisdicción de una entidad federativa, es en estas ocasiones cuando la Federación debe tener la obligación de tomar en sus manos estos problemas y darles una solución a corto plazo.

Algunos Estados de la República como lo son Chihuahua y Nuevo León han instaurado ordenamientos locales contra en tráfico y la sustracción internacional, como el Código de Protección y Defensa del Menor y, de la Ley de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia.

El Foro Internacional sobre Secuestro Familiar de Menores señala aspectos que obstaculizan el cumplimiento de la Convención:

- Falta de conocimiento público de la Convención de la Haya;

- Falta de apoyo a las familias víctimas;
- Dificultad para ubicar a los menores en el extranjero;
- Demora en la solución de los casos;
- Falta de uniformidad en la interpretación de la Convención de la Haya;

Es necesario que en nuestro país se lleve a cabo las reformas necesarias en nuestra legislación para una efectiva aplicación de la Convención de la Haya, y así lograr la pronta restitución del menor a su residencia habitual.

#### **4.6 SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA RESTITUCIÓN EN MÉXICO.**

Los Estados partícipes de la Convención sobre los Aspectos Civiles para la Sustracción Internacional de Menores; se obligaron al adherirse a ella, a tomar las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento de la Convención, que es la restitución del menor que ha sido trasladado o retenido ilícitamente. Por ende cada Estado deberá adecuar su legislación, ya sea creando leyes o bien reformando su legislación.

La solución que se propone en el presente trabajo de investigación es la creación de una Ley Federal sobre la Restitución de Menores; para que nuestro país cuente con un marco jurídico en el cual pueda ser implementado no solo a nivel internacional sino nacional inclusive, cuya finalidad sea proteger al menor de las

insecuencias de un traslado o retención ilícito; y su restitución inmediata a su residencia habitual.

Esta Ley deberá contener y adecuarse a lo estipulado en la Convención de la Haya, para así dar cumplimiento efectivo a la misma y no infringir en los Derechos del menor.

Se propone que la Ley Federal sobre Restitución de menores contenga:

- Conceptos
- Ámbitos de aplicación
- Autoridades Competentes
- Procedimiento de la Restitución
- Medidas de seguridad para la protección de los menores a restituir
- Excepciones a la restitución
- Entrega del Menor

En la parte conceptual se trataría de unificar las definiciones de los términos que la Convención señala, para evitar diferentes razonamientos de los mismos. En el ámbito de aplicación se establecería que la presente Ley es estrictamente de materia civil, ya que la Convención tiene un enfoque civil; además en ella incluiría que presupuestos puede ser efectiva la misma y a quién protege directamente.

Con lo referente a las autoridades competentes se establece, las autoridades centrales a que se refiere la Convención, estableciendo quienes van a hacer las autoridades que van a dar cumplimiento al procedimiento, con todos y aquellas que van a funcionar como auxiliares.

En el capítulo de el procedimiento de restitución se darían los lineamientos a seguir de acuerdo a lo establecido a la Convención; desde la presentación de la solicitud hasta la entrega del menor restituido.

En las medidas de seguridad para la protección de los menores a restituir, se señalaría las medidas a las que las autoridades están facultadas, para evitar durante el procedimiento un nuevo traslado del menor.

En las excepciones se señalarían las excepciones a oponer a la restitución y el tiempo en el que se tendrán que oponer, después de conocido el procedimiento de restitución.

En el capítulo de entrega, se establecería las autoridades responsables de la entrega del menor a su residencia habitual del menor.

Además se aplicaría de manera supletoria el Código de Procedimientos Civiles.

El objetivo de la presente es:

- La restitución del menor a su residencia habitual, hasta antes del traslado o retención ilícita.
- Reconocer el derecho de custodia o de visita que se tenía, hasta antes del traslado del menor, del quién solicita la restitución.
- Evitar que se deje en estado de indefensión, a quién se le ha trasgredido o violentado su derecho de custodia o visita.
- Que México tenga un marco jurídico, en apoyo a la Convención de la Haya
- Que los términos de sustracción, y retención ilícitas; además de restitución sean reconocidas en nuestra legislación.
- Mediante esta ley México como Estado parte de la Convención cumpliría los compromisos internacionales que ha contraído sobre este tema, en pro de la niñez.

## **CONCLUSIONES.**

**PRIMERA.-** La Declaración de Ginebra, debe considerarse como el primer instrumento jurídico, que pretendía la protección de los menores, pese a la vaguedad con la que se realizó, pues solo enmarca la necesidad de dicha protección en determinadas situaciones.

**SEGUNDA.-** La Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, estipuló la necesidad del que el menor tiene el derecho de crecer y desarrollarse al amparo y responsabilidad de ambos padres.

**TERCERA.-** México siempre ha sido un gran impulsor respecto a la protección del menor, por ende ha ratificado varios instrumentos de Derecho Convencional como es la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

**CUARTA.-** Debe entenderse como menor de edad, a toda persona que no haya cumplido los dieciocho años, pues durante esta etapa no se tiene un desarrollo pleno de conciencia, libertad, inteligencia y voluntad sobre sus actos; lo que provoca que sea vulnerable.

**QUINTA.-** La Familia se debe definir como el conjunto de individuos con derechos y obligaciones, derivados del matrimonio, parentesco o concubinato, y es donde el menor va a lograr su pleno desarrollo biopsicosocial.

**SEXTA.-** Dos Instituciones que tienen por objetivo la protección de la persona y de los bienes del menor; debido a su inmadurez son la Patria Potestad y la Tutela.

**SEPTIMA.-** En la sustracción de un menor se deben integrar dos elementos: a) el menor debe ser trasladado a un lugar diferente al de su residencia habitual y b) dicho traslado haya producido una infracción de un derecho de custodia atribuido a una persona o institución; o que se hubiere ejercido sin no ocurriese el traslado.

**OCTAVA.-** Los términos de sustracción y retención en algún momento pudiesen llegar a equipararse, pues es necesario que se integren los elementos antes mencionados para ambos conceptos, pero se da el caso en que la retención se presente el consentimiento de la persona que tiene el derecho de custodia.

**NOVENA.-** La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores, son los instrumentos que regulan el procedimiento de la restitución de menores desde el punto de vista meramente civil.

**DECIMA.-** La Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores regula a la sustracción de menores desde un punto de vista penal y civil.

**DECIMO PRIMERA.-** No existe concepto de restitución del menor, pero debemos entenderlo como la restitución o retorno del menor al lugar de su residencia habitual hasta antes de su traslado.

**DECIMO SEGUNDA.-** México a pesar que ha ratificado varios instrumentos internacionales sobre la sustracción de menores aún no cuenta con los ordenamientos necesarios para la exacta aplicación del Convenio.

**DECIMO TERCERA.-** A parte de la falta de ordenamientos vigentes en México sobre la sustracción y restitución de menores; no se tiene un conocimiento amplio sobre las Convenciones que nuestro país ha ratificado. No es suficiente que se formen parte de ellas sino se les da la publicidad necesaria.

**DECIMO CUARTA.-** Es indispensable que nuestro país elabore una Ley Federal sobre la Restitución de Menores, que sirva de apoyo a la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, para su exacta aplicación. Además que se adecue a la legislación nacional vigente.

**DECIMO QUINTA.-** Con la creación de la Ley Federal sobre la Restitución de Menores, se protegerá al menor de un posible traslado, evitando un desorden en su desarrollo emocional.



## BIBLIOGRAFIA.

- ABOUHAMAD HOBAICA, Chibly.- El Menor en el Mundo de su ley, Ed. Gaceta Legal – Ramírez Garay, Caracas Venezuela, 1970.
- ALVAREZ COZZI, Carlos.- Restitución Internacional de Menores, Ed. Universidad, Montevideo., Uruguay, 1988.
- ALVAREZ VELEZ, Maria Isabel; La Protección de los Derechos del Niño en el Marco de las Naciones Unidas y el Derecho Constitucional Español. Ed. UPCO-Madrid, 1984.
- ARELLANO GARCIA, Carlos; Métodos y Técnicas de la Investigación Jurídica, Ed. Porrúa, México 1999.
- CABANELLAS, Guillermo.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Ed. Heliasta, Argentina, 1998.
- CALVO CARAVACA.- Derecho Internacional Privado, Vol. II, Ed. Comares, Granada, 1998.
- COMISION DE DERECHOS HUMANOS DEL ESTADO DE MEXICO, Memoria del tercer Congreso Nacional de la Federación Mexicana de Organismos Públicos de Protección y Defensa de los Derechos Humanos, Toluca, México 1995.
- CONTRERAS VACA, Francisco José.- Derecho Internacional Privado, Parte General, 3º ed., Ed. Oxford, México 1998.
- COUTURE, Eduardo J.- Vocabulario Jurídico, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993.
- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F.- La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, 3º ed. Ed. Porrúa, México, 1997.
- DE PINA, Rafael.- Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, México.

- FUENTES, Mario Luis, Los Derechos del Niño. 50 años de la declaración universal de los derechos humanos, Ed. Instituto Matías Romero, México 1998.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio.- Derecho Civil, 14° ed., Ed. Porrúa, México 1995.
- GONZALEZ, S.M.-La protección de la infancia en el marco del derecho internacional, Cruz Roja Española, Madrid 1991.
- HERVADA, JAVIER Y JOSE M. ZUMAQUERO.- Textos Internacionales de Derechos Humanos 1776-1975, tomo I, Universidad Navarra, Pamplona España.
- IBARROLA, Antonio de.- Derecho de Familia, 4° ed., Ed. Porrúa, México 1993.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS.- Derechos de la Niñez, Ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, México, 1990.
- JIMÉNEZ GARCIA, Joel.- Derechos de los Niños, 1° reimp., Cámara de Diputados LVIII Legislatura, Ed. UNAM-IIIJ, México, 2000.
- LOPEZ ECHEVERRI, Ovidio, Situación y perspectivas del proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño, Derechos de la Niñez, Ed. Instituto de investigaciones jurídicas-UNAM, México 1990.
- MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, Instituciones del Derecho Civil, Derecho de Familia, Tercer Tomo, Ed. Porrúa, México 1988.
- MATA PIZANA y GARZON JIMENEZ, Derecho Familiar, Ed. Porrúa, México 2004.
- MENDIZABAL OSES, Luis, Derechos de menores, teoría general, Ed. Pirámide, Madrid, España 1977.

- PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel.- Derecho de Familia, Universidad de Madrid Sección de Publicaciones, Madrid, 1989.
- SANCHEZ Márquez, Ricardo, Derecho civil, Ed. Porrúa, México 2002.
- TELLECHEA BERGMAN, Eduardo.- Derecho Internacional Privado de Familia y Minoridad, Prestación Internacional de Alimentos, Restitución Internacional de Menores, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1988.
- YUNGANO. Arturo R.- Derecho de Familia, Teoría y Práctica, Ed. Macch.
- ZANON MASDEU, Luis, Guardado y Custodia de los hijos. Bosh casa editorial, Barcelona 1996.

## **LEGISLACION.**

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores.
- Convención sobre Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de Menores.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Código Federal de Procedimientos Civiles.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Código Penal Federal.
- Ley de los Derechos de las niñas y los niños en el Distrito Federal.
- Ley para la Protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.