

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
CAMPUS ACATLAN**

**DIVISION DE CIENCIAS JURIDICAS
DERECHO**

**“LA APLICACIÓN EN MEXICO DE LAS CONVENCIONES DE LA
HAYA, EN MATERIA FAMILIAR, SOBRE RESTITUCION DE
MENORES”.**

**PROFESOR ASESOR DE TESIS
MAESTRA EN DERECHO: IRENE DIAZ REYES**

ALUMNO POSTULANTE: NEREIDA LEON TAPIA

GENERACION: 1998-2002

NUMERO DE CUENTA: 09410096-1

**TELEFONOS: 53041768
56 26 05 00 EXT 6302
044 55 22 96 97 25.**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE.-

INTRODUCCION.-

CAPITULO I. DE LA FAMILIA Y LOS MENORES, ANTECEDENTES HISTORICOS.

1.1.	Antecedentes en el Derecho Romano.....	2
1.1.1.	Tutela	6
1.1.2.	Patria Potestad	7
1.2.	Antecedentes en México	8
1.2.1.	Los Aztecas.....	8
1.2.2.	Los Mayas.....	11
1.2.3.	La Colonia.....	12

CAPITULO II. DE LA FAMILIA Y LOS MENORES, A LA LUZ DE LA LEGISLACION MEXICANA (CODIGO CIVIL DE 1932 Y POSTERIORES MODIFICACIONES).

2.1.	De la Familia y el Derecho de Familia.....	15
2.2.	El Parentesco.....	19
2.3.	Menor.....	20
2.4.	Filiación y Patria Potestad.....	22

CAPITULO III. DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE LA RELACION PATERNO-FILIAL.

3.1.	Derecho de Guarda y Custodia	28
3.2.	Derecho de Visita	29
3.3.	Derecho de Convivencia.....	30
3.4.	Derechos elementales de los menores.....	31
3.5.	Derechos Humanos del Niño.....	34

CAPITULO IV. DE LA SUSTRACCIÓN ILÍCITA Y DE LA RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR.

4.1.	Concepto de Sustracción Ilícita y Restitución Internacional de Menor.....	40
4.2.	Convención de la Haya de 1980.....	40
4.3.	Estados Internacionales firmantes del convenio de la Haya de 1980.....	42
4.4.	Cooperación Procesal Internacional.....	46

CAPITULO V.- ALCANCES Y CONSECUENCIAS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN EN MEXICO DE LA CONVENCION DE LA HAYA DE 1980, EN MATERIA DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES.

5.1.	Regulación al amparo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	57
5.2.	Regulación de la Cooperación Procesal Internacional en el Código Federal de Procedimientos Civiles.....	65
5.3.	Calidad Migratoria de las personas según la Ley general de población.....	67
5.4.	Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes...	68
5.5.	Manual de Restitución de Menores de la Secretaría de Relaciones Exteriores.	70

5.6.	Casos Prácticos.....	79
5.7.	Propuesta.....	81
	CONCLUSIONES.-	86
	BIBLIOGRAFÍA.-	88

INTRODUCCION.-

El ser humano como persona perteneciente a una sociedad, es cambiante, víctima de las circunstancias que provocan la evolución en su entorno jurídico. En lo particular, enfocándonos en la materia familiar, debido al crecimiento de conflictos en esta área de la sociedad, principalmente de pareja, que regularmente terminan en divorcio y separación, al dejarse llevar por el resentimiento y odio en contra del otro, sentimientos que los lleva a perder el razonamiento, dejando a un lado la sana convivencia que debe de practicarse a favor del buen desarrollo psicológico, emocional y mental de sus menores hijos.

Estas rupturas son cada día más comunes en nuestra sociedad, y más aun, resulta traumática la realidad en la que se ven involucrados los menores, la familia y la sociedad, debido a esta disolución de la unidad matrimonial y/o de pareja, situación en la que a uno de ellos se le otorga la guarda y custodia, correspondiéndole al otro el derecho a las visitas y convivencias.

Lo anterior, en razón de que jurídicamente, el derecho de los menores, constituyen un principio de orden publico; esto es, tener una sana convivencia con ambos padres, un desarrollo físico, psicológico y emocional, una identidad cultural, así como, conocer su origen.

Sin embargo, en múltiples ocasiones, motivados por razones de furia y venganza entre los padres, uno de ellos traslada al menor a un país distinto de aquel donde tiene el niño su vida habitual. Violentando así, no solo los derechos del otro padre, sino, también los del menor.

A consecuencia de ello, México firmo el 25 de octubre de 1980, la Convención de la Haya sobre aspectos civiles, buscando con ello mermar y restituir dichas sustracciones, asegurando el pronto retorno del menor a su país de residencia habitual y asegurando la protección del derecho de visita. Así como, la procuración del derecho del menor a la convivencia con ambos padres y a su sano desarrollo físico, emocional y psicológico.

Adoptando como medida preventiva, para lograr la protección de la persona del menor, la Convención de Haya en comento, establece la obligación de los Estados parte de adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero, es así, que para tal fin se promoverán acuerdos bilaterales y multilaterales, o si fuera preciso, la adhesión a acuerdos existentes.

Es de mencionarse que dicha Convención es la que se ocupa de las relaciones de las personas y de las relaciones familiares de éstas, en el ámbito internacional, por la amplitud de los problemas humanos y sociales, es que el derecho de familia en el Derecho Internacional Privado, se ha enfocado principalmente a tres problemas:

- La represión del tráfico de menores por parte de sus familiares mediante normas derivadas de tratados internacionales que aportan soluciones satisfactorias para los países miembros y que permiten la devolución de los niños a sus hogares,
- El otorgamiento de pensiones alimentarias y
- La adopción internacional.

Es por lo antes citado que México a partir de 1975, abrió su sistema jurídico a los tratados internacionales a través del Sistema Convencional, lo que permitió una integración jurídica adecuada entre diversos países con ordenamientos jurídicos distintos.

Respecto a la aplicación de la legislación local, tenemos que para implementar los estatutos de las Convenciones en materia de menores, el fundamento legal que la permite es el artículo 133 Constitucional y la legislación local en relación al tema en litigio.

En cuanto al Derecho Convencional existen las siguientes Convenciones (siendo el cuarto punto al que este trabajo se dirige):

1. La Convención de los Derechos del Niño publicada en el Diario Oficial de fecha 25 de enero de 1991, de la cual emana las otras.
2. La Convención Interamericana sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero.
3. La Convención de la Haya sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.
4. La Convención de la Haya sobre Restitución Internacional de Menores (firmada el 15 de julio de 1989),
5. La Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de Adopción de menores, publicado el día 21 de agosto de 1987 D O 13 de julio de 1992.

La Convención de la Haya de 1980, es una de las muchas reuniones internacionales celebrada en la Haya, sede del gobierno de los Países Bajos y capital de la provincia de Holanda Meridional. Es por ello que este trabajo analiza estos acuerdos, su aplicación y seguimiento dentro de nuestro país, para entender la necesidad de capacitar, actualizar e incluso, implantar el procedimiento a nivel federal, en específico sobre la restitución de menores. Por lo que la idea central del presente trabajo es entonces estudiar la materia familiar, enfocándose al tópico: Restitución de Menores.

Es así que, la materia del presente trabajo únicamente es el estudio, investigación y propuestas a la aplicación en México de la Convención de Haya

de 1980, en materia familiar, sobre restitución de menores, la cual se han elaborado con respecto de los menores, en materia de derecho internacional, lo anterior, con la finalidad de aclarar el título del presente trabajo.

Sin olvidar que la prioridad es la Procuración y vigilancia en todo momento, que el nexo esencial es el interés superior del menor, constituyéndose así, como un principio de orden público.

CAPITULO I.

I.- DE LA FAMILIA Y LOS MENORES, ANTECEDENTES HISTORICOS.

El hombre, al nacer, en sus primeros años permaneció unido a la madre, respetó a ésta y siguió sus creencias y costumbres.

Esta primera asociación humana y exigida por la naturaleza, constituye “el matriarcado, origen de la familia, y en él correspondía a la madre el derecho sobre sus hijos; después se organizó el patriarcado, régimen en que el padre era el jefe de la familia, el soberano de ella, el único que tenía derechos y ninguna responsabilidad”¹.

Primitivamente “la sociedad doméstica fue natural y espontánea, después la Religión y la Ley Civil intervinieron para fijar los derechos y deberes de cada uno de los miembros de la familia, tanto de sus bienes como de sus personas. De modo que en su origen, la familia fue una organización natural y hoy es una institución jurídica que tiene por objeto la realización de la equidad y justicia en el seno del hogar”².

Conocer los sucesos que acontecieron, las etapas, los caminos elegidos por nuestros antecesores, es parte crucial para las decisiones que tomaremos como sociedad en el futuro. Es por ello que muchas de las instituciones existentes en la antigüedad, prevalecen como figura en la actualidad.

Remontándonos en el pasado, siguiendo minuciosamente el proceso de evolución de tales figuras, podremos percatarnos de los errores que produjeron conflictos, los aciertos y las deficiencias de dichas instituciones, que como sociedad moderna e innovadora debemos superar.

Por “familia se entiende, en sentido estricto, el esposo, la esposa y los hijos que viven bajo el mismo techo, pues los que se casan se separan de la familia para formar una nueva; y en sentido lato, la familia es la gens romana o sea el conjunto de personas unidas por los lazos del parentesco y por la adopción”.³

Siguiendo ese criterio, el Maestro Arturo Palmero, considera que las fuentes constitutivas de la familia son tres: el matrimonio, la filiación y la adopción.

Es así que, la familia es considerada como la base de la sociedad: los lazos de familia prolongados indefinidamente constituyen los lazos sociales.

¹ PALMERO, Arturo, “Enciclopedia Jurídica”, editoria Balleca y cia., México 1999, p.162.

² Id.

³ Ibidem, p.162.

1.1.- ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO.

Al decaer la civilización en Grecia, apareció la civilización romana, familia que sufrió una nueva evolución. Desde la fundación de Roma, ésta concedió al padre por un tiempo ilimitado, poder absoluto sobre sus hijos y sobre su esposa, poder que aún tenía derecho de transmitir a un tercero.

Entre los antiguos romanos, “el paterfamilias era el varón libre del poder de otro y tenía, por consiguiente, el dominio de su hogar, pues el poder paterno se ligaba más bien a la casa o domus.

Para que un romano fuese paterfamilias no era necesario que fuera casado o tuviese hijos: el célibe, el hombre casado sin hijos y aun el menor sin padres, podían ser padres de familia o paterfamilias.

Su familia estaba constituida por todos los descendientes agrupados en torno a su antepasado común; la mujer casada *cum manu*, formaba parte de esta, con la calidad de hija”⁴.

“La familia de los tiempos primitivos de Roma constituía una unidad político-religiosa, gobernada por el “*paterfamilias*”. El vínculo familiar no se determinaba por los lazos de sangre, sino por la potestad que ejercía el “*paterfamilias*” sobre todos los miembros de la “*domus*”, por eso se afirma que la familia romana es creación del derecho familiar.

“Sobre ese grupo tan extenso, el patriarca tenía una autoridad considerable, que llega hasta el derecho de vida y muerte”.⁵

“La clasificación general que los romanos les daban a las personas, se dividía en dos grandes grupos:
Las personas físicas o seres humanos individualmente considerados; y
Las personas morales que se subdividen en “*universitates personarum*” y “*universitates rerum*”.

De los cuales en la primera clasificación encontramos a los HOMBRES LIBRES, o sea todos aquellos que no están sometidos a la institución de la esclavitud”⁶.

“Desde un punto de vista familiar, está íntimamente ligada con la idea de que los romanos concebían al parentesco como los lazos que unen a los distintos miembros de una familia. Estos lazos podían ser de carácter natural o civil, siendo diferentes las consecuencias que uno y otro producían”⁷.

⁴ Ibidem, p. 163.

⁵ LEMUS, García Raúl. “Derecho Romano (compendio), Editorial LIMSA, México 1999, p.95 y 96.

⁶ MORINEAU Iduarte, Martha. “Derecho Romano”, Editorial Harla, México 1998, p. 40 .

⁷ Id.

“La familia es el conjunto de personas sujetas a la potestad de un mismo jefe o patriarca. De la cual nace una clasificación para considerar al individuo dentro de la familia:

A.- ALIENI IURIS, que son aquellas personas dentro del grupo familiar sujetas a la potestad de un jefe, (quienes integraban esta clasificación eran la esposa *in manu*, los hijos, los nietos nacidos de los hijos varones, las personas que adoptara y las esposas de sus hijos casadas *cum manus*).

Las personas *alieni iuris* pueden estar sometidas a cualquiera de estas tres autoridades:

- La autoridad paternal o patria potestad,
- La autoridad del marido sobre su mujer, o manus y ;
- La autoridad especial de un hombre libre sobre otro hombre libre, el *mancipium*⁸.

B.- “SUI IURIS, que son aquellas personas que están libres de toda potestad, (quien representaba esta figura era el “paterfamilias”); *mancipium* o poder particular sobre las personas libres, que temporalmente se le sometían en una condición casi servil cuando un padre quería sacar provecho del trabajo de su hijo o cuando por un delito cometido por éste, lo abandonaba a la víctima”.⁹

La potestad sobre los hijos era, en el Derecho romano, un poder absoluto del padre creado en beneficio de la familia, no de los hijos.

“La organización jurídica de la familia reposaba, sobre el poder del jefe de la familia o paterfamilias. Por lo que, la familia romana fue, en su origen totalmente patriarcal y el poderío del Imperio romano nació bajo esta misma organización.

La patria potestad o poder marital sobre la esposa; la dominica potestas o poder del señor sobre sus esclavos, era el poder (potestas) ejercido por el pater con diferente intensidad y nombre sobre las diversas personas que le estaban sometidas”¹⁰.

“La familia romana constituía una monarquía absoluta como la familia griega; el paterfamilias era el rey y dueño de su familia, y como tal, tenía derecho de vida y muerte sobre su mujer y sus hijos, podía repudiar a su esposa, rechazar a sus hijos, venderlos y casarlos sin consultar la voluntad de estos”.¹¹

“La esposa era considerada como una hija o filiafamilias; por tanto, era una persona alieni juris sometida al poder del jefe de la familia; no tenía patrimonio, pues todos sus bienes que llevaba al matrimonio pertenecían al que tenía sobre ella la mano y tampoco podía adquirir nuevos.

⁸ Ibidem. P. 41.

⁹ Ibidem. p. 42.

¹⁰ Ibidem. P.43.

¹¹ PALMERO, Arturo, Op. Cit. p.166.

Ni los hijos ni las hijas podían ser propietarios, pertenecía al padre todo lo que ganaban: los primeros trabajaban en el campo al lado de su padre, se ejercitaban en el manejo de las armas, aprendían a leer, escribir, contar y a ser sobrios, callados, modestos y obedientes; y las segundas se quedaban en la casa hasta su matrimonio, hilando y tejiendo al lado de su madre”¹².

“Sin embargo, la mujer romana era más libre que la griega en dignidad, en su clase era igual a su marido, ordenaba y dirigía, y se llamaba matrona o madre de familia; ella no quedaba encerrada en el gineceo lejos de los hombres, como la mujer griega, sino que comía a la mesa con su esposo, iba con éste a comer en casa de sus amigos, recibía visitas, asistía a las ceremonias públicas, iba al teatro y a los tribunales; pero en lo general, permanecía ignorante, pues sólo hilaba y tejía en su casa con sus hijas y esclavas”¹³.

“El matrimonio al principio no era un acto jurídico sino simplemente un hecho social fundado en la costumbre.

También se efectuó el matrimonio bajo forma de *mancipatio* o venta solemne al que va a ejercer sobre ella la mano, así como el matrimonio *sin manus* en que la mujer permanecía en la casa paterna y conservaba la propiedad y administración de sus bienes, de donde nació más tarde el régimen matrimonial de separación de bienes de los consortes, en virtud de capitulaciones expresas o de sentencia judicial.

En sentido amplio, *patria potestad* (*patria potestas*) es la facultad que corresponde al padre sobre el hijo, en tanto que en sentido estricto corresponde al poder absoluto del jefe de la familia romana, cuya máxima expresión se encuentra en el “derecho de vida y muerte” sobre los hijos”.¹⁴

“El poderío del imperio romano nació de esa organización. Pero esa misma potencia, por la afluencia de riquezas y la disolución de las costumbres, condujo a un hundimiento de la familia a partir del siglo VI de Roma.

El desarrollo de la sociedad tiene la supresión de los poderes absolutos y, entre ellos, el de *padre de familia* en Roma, con decadencia progresiva de la familia agnaticia y conversión del poder (*potestas*) en deber (*officium*).

La autoridad del pater familias disminuye; el grupo se disocia; se torna precario por la multiplicación de los divorcios; la mujer regularmente casada *sin manu* no entra ya en la familia de su marido.

A consecuencia de lo anterior, Roma vive una verdadera anarquía familiar, que da como consecuencia una disminución de la natalidad, agravando aun mas las necesidades militares que habían aumentado con la extensión del imperio”¹⁵.

¹² Id.

¹³ Id.

¹⁴ LEMUS, García Raúl. Op. Cit. p.100.

¹⁵ Ibidem. P. 101.

“Para contener ese descenso y encontrar así los cuadros que requerían sus legiones, el Emperador Augusto realiza una serie de reforma de igual naturaleza, como dispuestas por las mismas causas, que aquellas a las que se resolvieron medidas a favor de las familias numerosas.

La capacidad patrimonial de los hijos aparece muy limitada en todos los periodos, lo que es compensado por la amplitud de sus derechos sucesorios.

El mayor rigor se encuentra en los fueros de Extremadura castellano-aragoneses, donde se atribuye a los padres los bienes adquiridos por los hijos”.¹⁶

Pero “la condición de inferioridad de la mujer y de los hijos que se observó durante el periodo del Jus civile, fue desapareciendo paulatinamente durante el periodo del Jus gentium en el que el pater adquiere ya obligaciones respecto de su familia y debe ser piadoso con ella.

Para este tiempo, ya no puede castigar las faltas graves sino únicamente el magistrado; la esposa y los hijos tienen ya derechos de reclamar al padre, obligaciones tales como la de proporcionar alimentación; éste tiene el deber de dotar a su hija, según la ley Julia; faltando a su deber de piedad cuando no deja herencia a sus descendientes, restringiéndose así su libertad de testar, de castigar, etc.

En la época de Justiniano la organización familiar sufre cambios substanciales, por cuanto el vínculo de familia se funda en lazos de consanguinidad.

La potestad del *paterfamilias* se atenúa, desaparece la *manus*; los hijos estuvieron en aptitud de constituir sus peculios y disponer de ellos; el parentesco cognático se impuso en definitiva al agnático, creación del viejo derecho civil”.¹⁷

En el derecho germánico vuelve la historia se encuentra de nueva cuenta con el clan, es decir, la familia de tipo patriarcal.

“El matrimonio se realiza por medio de una compra: la mujer es comprada a su padre; quedando a sí bajo la completa dependencia de su marido. De ese poder deriva la facultad que tiene el marido para ejercer el derecho de repudiar a su mujer.

Desde fines del siglo XVII, la familia, tal como resulta de la combinación de los principios cristianos, de las reglas romanas y de las costumbres germánicas, es objeto de violentos ataques.

A partir de 1938, empieza un fortalecimiento a la estructura y al concepto de familia, los cambios en la autoridad marital y paterna, ya que en este cambio de estructura se le reconoce a los hijos y la esposa derechos e individualidad

¹⁶ MONTERO Duhalt, Sara. “Derecho de familia” Ed. Porrúa, 4ª ed. México 1990, p. 30 y 31

¹⁷ Ibidem. P. 167.

como personas con derechos y obligaciones que los desprende del yugo paternal”.¹⁸

1.1.1.- Tutela.

La ausencia del padre o de los padres fue suplida jurídicamente por la intervención de determinados sujetos, que dan lugar al nacimiento de una relación semejante a la existente entre padre e hijo.

“Se constituye para los menores o los que se asimilan a ellos, como la mujer no sometida a patria potestad en Roma, y también para los que, siendo mayores, están afectados de incapacidad, como dementes, pródigos, o alguna clase de sordomudos y los castigados con incapacidad.

En Roma, la tutela y la curatela son dos instituciones creadas y reglamentadas por la Ley, para proteger a los incapaces, que de manera suplementaria se desdoblaron en atención a los aspectos personal y económico de la relación paterno-filial originaria.

El menor y la mujer son sometidos a protección o *tutela* del que por ello recibe el nombre de tutor, quien actúa por sí solo cuando su protegido es incapaz, o completa la capacidad de obrar de aquél mediante la interposición de su autoridad.

La tutela ha sido definida por jurista Servio Sulpicio en los siguientes términos: Tutela es la potestad dada y permitida por el derecho civil sobre un hombre libre, para proteger a quien, por su edad, no puede defenderse por sí mismo.

A esta, estaban sometidos, los impúberes *sui iuris* de ambos sexos y las mujeres púberes sometidas a tutela perpetua. A la persona sometida a esta tutela se le designaba con el nombre de pupilo”.¹⁹

“La tutela se abría cuando un hecho o acto hacía *sui iuris* a un impúber. La designación del tutor se denominaba delación de la tutela; en principio fue obra de la Ley, posteriormente se facultó al *pater familias* para designar tutor al impúber en su testamento y finalmente se otorgó competencia al magistrado para designarlo.

En esta virtud, existieron en Roma tres tipos de tutela:

A.- Tutela testamentaria. Era aquella que se instituía en un testamento o un codicilo confirmado.

¹⁸ MONTERO Duhalt, Sara. Op. Cit. p. 33.

¹⁹ MORINEAU Iduarte, Martha. Op. Cit., p. 76

B.- Tutela Legítima. Era la deferida por la Ley, “Tutores legítimos son aquellos que, por la Ley de las doce tablas, son tenidos como tales, o manifiestamente, como son los agnados, o por consecuencia, como lo son los patronos.

C.- Tutela dativa. Era la conferida por el Magistrado. El nombramiento de tutor dativo se hacía sólo en defecto de tutor testamentario o de tutor legítimo y la designación debería ser promovida por cualquier interesado.

En el caso del menor, pero ya púber; el demente y el prodigo son sometidos a cuidado o *curatela* de quien por ello recibe el nombre de cuidador (*CURATOR*), cuya gestión se encamina a preservar el patrimonio del incapaz, frecuentemente en beneficio de sus parientes”²⁰

1.1.2.- Patria Potestad

“Dentro de las potestades principales que ejercía el *paterfamilias*, se encontraba PATRIA POTESTAS; institución del *ius civitatis*, era el poder que correspondía y ejercía el jefe de familia, es decir, por el ascendiente varón de mayor edad sobre todos sus descendientes legítimos o legitimados, por vía de varones, e incluso sobre quienes ingresaban a la familia por adopción”.²¹

“La patria potestad fue creada para proteger los intereses familiares en todos los sentidos y a través de un jefe (*paterfamilias*) con plenos poderes para salvaguardar los intereses del grupo.

Todos los derechos estaban de su lado y todas las obligaciones del lado de las personas sometidas a él, este sometimiento no cambiaba por razón de la edad ni por contraer matrimonio”²².

En un principio, “la autoridad paternal fue semejante a la autoridad del amo sobre el esclavo; se ejercía de forma total sobre la persona y sus bienes. Sin embargo, poco a poco esta enérgica autoridad fue desapareciendo, hasta que se convierte en una relación de mayor igualdad, con derechos y deberes para padres e hijos.

“Los *sui juris* o *pater familias* ejercían la patria potestad sobre los hijos y la situación que éstos tenían en relación con aquellos fue una sujeción casi absoluta, tanto por lo que se refería a la persona cuando a los bienes”²³.

Pero “el tiempo fue modificando ese rigorismo, hasta aceptarse que la patria potestad debía consistir en la guarda, cuidado y protección al hijo, y no verla como una especie de instrumento de trabajo en beneficio al *pater*, otorgándole al hijo facultades sobre ciertos bienes”.²⁴

²⁰ LEMUS, García Raúl. Op. Cit. p.123, 124.

²¹ LEMUS, García Raúl. Op. Cit., p.125.

²² Id. p. 125.

²³ Ibidem. p. 126.

²⁴ MORINEAU Iduarte, Martha. Op. Cit., p. 61

“Entre los rasgos característicos de la, PATRIA POTESTAD, aun cuando la institución sufrió notables transformaciones en el curso de su proceso evolutivo, podemos anotar los siguientes:

1º.- Era una institución de derecho civil.

2º.- Correspondía al ascendiente varón de mayor de edad. Este ejercía la patria potestad sobre sus hijos, nietos, bisnietos, etc.

3º.- La mujer en ningún caso podía ser titular de la “patria potestas”; ésta únicamente podía ejercitarse por los varones.

4º.- Se dice que la “patria potestad” era perpetua, porque no terminaba con la mayoría de edad de las personas que estaban sometidas a ella.

5º.- Era un poder que se ejercía por un ciudadano romano sobre otro ciudadano romano.

6º.- Era una potestad que derechos a su titular sobre la persona y bienes de quienes estaban sujetos a ella”²⁵.

“Las fuentes que dan origen a la Patria potestad son:
El matrimonio o *justae nuptia*, que era la fuente principal.

La adopción.

La legitimación, a partir de los emperadores cristianos.

La patria potestad terminaba por motivos diversos que podemos clasificar en:

- ACONTECIMIENTOS FORTUITOS
- ACTOS SOLEMNES” .²⁶

1.2.- ANTECEDENTES EN MEXICO.

Desde hace mucho tiempo atrás, la figura del padre ha jugado un papel de gran importancia en la sociedad, pero en particular en el rol de la familia mexicana antigua y más aún en el cuidado y educación de los hijos, para lo cual tenía cierta autoridad sobre los mismos.

1.2.1.- Los Aztecas.

Un claro ejemplo de la importancia, impacto y peso social del padre en el núcleo familiar, es el pueblo azteca; ya que dentro del mismo los menores eran educados con rigidez y amor.

“Los Aztecas, como lo fueron los romanos durante varios siglos, de los principios cristianos; únicos que dan a la persona su dignidad plena,

²⁵ LEMUS, García Raúl. Op. Cit., p.98.

²⁶ Id.

considerándola como ser trascendente para el que el estado mismo no es si no un medio, no podía existir entre los aztecas un concepto cabal de la persona, como es fácil confirmarlo dentro de las Instituciones jurídicas”.²⁷

“Los aztecas fueron de gran importancia para México, en la cual la familia es la célula fundamental para toda sociedad y tenía determinados lineamientos en lo que respecta a los menores de edad.

El niño desde pequeño eran inmerso en la vida religiosa de los aztecas por medio de diversos actos de consagración aplicados por la comadrona, en el cual el niño era considerado como nacido de nuevo y lo libraba de la maldición con que había nacido; el primer acto se llevaba a cabo al nacer y otro más era practicado en los cuatro días que fuera propicio para esto”.²⁸

“La educación no solo era familiar sino que era también publica ya sea en templos o en los seminarios generales; los cuales estaban bajo la dirección del Telpochtlatlo, en los cuales los niños eran internados y solamente los hijos de campesinos se les permitía abandonar el internado unos días, para poder ayudar a sus padres en las tareas del campo. Los jóvenes permanecían en estos lugares hasta el día que contraían matrimonio”.²⁹

“Los aztecas tenían una organización social patriarcal, en la cual se conocía de las instituciones jurídicas de la tutoría y curaduría, generalmente, el hermano o a su falta los parientes administraban toda la casa del difunto, como suya. Al heredero, se le nombraba un curador hasta llegar a la mayoría de edad”.³⁰

“La familia Azteca constituía también una monarquía absoluta, casi como la familia romana, durante el periodo de derecho civil (Jus Civile), los hijos sólo salían de su patria potestad cuando se casaban.

En el matrimonio, la elección de la pareja no era de libre por parte de los contrayentes, los padres concertaban el enlace de sus hijos; disponían de un baile durante el cual hacían que los novios se tomasen de las manos, con lo que quedaban casados; pero otras veces la ceremonia de la boda consistía en que una partera llevaba a cuestas a la novia a la casa del prometido, acompañándola cuatro ancianos con teas encendidas; ya en la casa, los novios se sentaban sobre una estera, uno frete al otro, luego la partera ataba el ayate del novio con el huipil de su futura, a continuación se servía un banquete y se llevaba a cabo un baile al cual asistían los parientes y amigos.

Como se puede apreciar, entre los aztecas, el matrimonio no era institución religiosa sino política, pues el estado determinaba los derechos del padre sobre su esposa y sus hijos”.³¹

²⁷ TOSCANO, Salvador. “Derecho y organización social de los aztecas”, México 1937. p 49

²⁸ Id.

²⁹ DELGADO, Moya Rubén. “Antología jurídica mexicana”, colección de obras maestras de derecho, sección antológicas jurídicas prologo del Doctor Guillermo Floris Margadant, México 1993, p. 45 y 46.

³⁰ Ibidem. P. 51

³¹ PALMERO, Arturo. Op. Cit, p. 168.

“Es así como de manera natural la familia, en el seno del populacho, la familia tomó diversas tendencias con el devenir del tiempo, entre las que se encuentran la familia oriental, la familia hebrea, la familia griega, la familia romana, la familia azteca”.³²

“Después de la Conquista española ya ubicados históricamente en la época colonial, “Nueva España fue el nombre que dio Hernán Cortés a las tierras que conquistó, expresando que así la llamaba por las semejanzas que guardaba con España.

Desde el advenimiento del cristianismo, la familia comenzó a experimentar una gran transformación: los principios de igualdad y fraternidad, predicados por Cristo, penetraron en la familia y el padre dejó de tener derecho de vida y muerte sobre su mujer y sus hijos; la tendencia hebrea, prosiguió en la familia cristiana, cuyos miembros en una confraternidad consagraban toda su vida a Dios, volviéndose el matrimonio una institución sacerdotal.

Desde la Edad Media, la iglesia tuvo bajo su estrecha dependencia todo lo que se relacionaba con el estado civil de las personas: nacimientos, matrimonios, defunciones, sucesiones, etc.

Las ideas liberales y filosóficas empezaron a propagarse rápidamente con los libros impresos y las revoluciones, con estos acontecimientos la familia experimento una nueva evolución”.³³

“La separación de la Iglesia y del Estado creó el Registro Civil dependiente de las autoridades del Estado y consideró al matrimonio como un acto civil, el cual trajo grandes cambios y transformaciones en la obligaciones jurídicas de cada miembro de la familia, sobre todo las relacionadas con los hijos.

En esta vía se vislumbraba el advenimiento de la familia democrática, en que ambos cónyuges sean iguales en el seno del hogar, cada uno podía conservar la propiedad de sus bienes personales y la capacidad para contratar en cuanto a dichos bienes se refiere, sin perjuicio de la unidad de la familia y de la ayuda mutua; en que la patria potestad y la tutela, no teniendo ya por objeto beneficiar al que las ejerce sino proteger a los hijos y a los incapacitados, se facilite la emancipación; y que cada miembro de la familia sea libre en ella mientras no ataque derechos ajenos, por que la democracia no es desorden ni absolutismo ni caos de libertades ni refugio de libertinaje, sino una serie ordenada y jerárquica de libertades dirigidas hacia el bien individual y el bien común; que la familia sea una República democrática, he allí la futura evolución de la familia”.³⁴

³² DELGADO, Moya Rubén. Op. Cit. P. 47.

³³ Ibidem. p. 48.

³⁴ PALMERO, Arturo. Op. Cit, p. 169.

1.2.2.- Los Mayas.

Otra de las civilizaciones, cuyas costumbres y forma de vida son importantes de observar, que forman parte de nuestra historia y nos dan la oportunidad de conocer y comparar con otras culturas, así como, los sucesos a futuro, son los mayas.

“La civilización maya se extendió por el sur de Yucatán, parte de Guatemala y Honduras entre los siglos III y XV. La elite social la constituían los sacerdotes y los nobles, que residían en la ciudad (que era también el centro religioso). Los campesinos vivían en las zonas rurales cercanas a la ciudad.

La base de la economía era la agricultura y frecuentemente se desbrozaban trozos de selva para realizar nuevos cultivos. Los principales fueron el maíz, el algodón y el cacao. Este último tuvo tanta importancia que llegó a ser utilizado como moneda”.³⁵

“En esta cultura también existía la esclavitud. Se supone que los esclavos serían la mano de obra para la construcción de las pirámides colosales, pero ayudados por los campesinos. También debieron existir grupos de artesanos especializados”³⁶.

“En el núcleo familiar maya podemos observar diversas características tales como:

- Reviste especial importancia en cuanto a institución fundamental.
- Existía una gran libertad sexual para los jóvenes, tanto hombres como mujeres.
- Eran tradicionales las visitas, por parte de las jóvenes, a las casas de guerreros solteros, y mantener relaciones sexuales sin compromiso alguno.
- La llegada al matrimonio monógamo daba por terminado el período de libertad sexual.
- La familia de la mujer recibía un dote. En caso de que el hombre no dispusiera de bienes, éste prestaba servicios a los padres políticos durante algunos años.
- Al igual que en otros pueblos mesoamericanos, el día de nacimiento condicionaba la vida de una persona y determinaba los dioses que le eran favorables.
- Cuando aún se era pequeño, por razones estéticas, se ataban durante algunos días dos tablas planas a la cabeza de los niños, una detrás y la otra en la frente. Una vez retiradas las tablas, la cabeza quedaba aplanada para siempre.

En el seno de la familia se desarrollaba la educación de los hijos, hasta que pudieran desempeñarse en la agricultura que fue la principal ocupación de los mayas.

³⁵ Ibidem. p. 169.

³⁶ Ibidem. p. 170.

Un día en la vida de una familia maya se iniciaba alrededor de las cuatro de la mañana. Todos se dirigían temprano al campo y la primera tarea consistía en cortar los árboles con un hacha de piedra. Los troncos eran arrastrados mediante lianas y se utilizaban para construir una cerca y evitar con ello que los venados y tapires se comieran las plantas tiernas. Otros jóvenes con una vara gruesa endurecida al fuego, araban la tierra.

Todos trabajaban en esto, tanto las mujeres como los hombres. Entonces se reunía toda la gente para ayudar a sembrar el maíz de todos. Nadie salía del bosque hasta que todos los campos de maíz estuvieran sembrados. Cuando el maíz crecía hasta la altura de la rodilla, se sembraba frijol cerca de cada caña de maíz, para enriquecer el suelo. Mientras la familia trabajaba, los niños amarrados en sus cunas eran colocados a la sombra de los árboles cercanos.

La jornada laboral concluía como a las siete de la tarde. Los adultos regresaban con cargas de hasta cuarenta kilos y los jóvenes doce. Generalmente, luego de un largo día de trabajo, la familia se reunía en la casa. Primero comían los hombres a solas y después las mujeres, predominando una alimentación basada en tortillas de maíz y frijoles negros. Como a las ocho o nueve de la noche la familia se acostaba a dormir, todos en una misma habitación.

Como a los veinte años en los hombres y a los diecisiete en las mujeres, los jóvenes se podían casar y formar su propio hogar. La casa era construida de palos y barro con una techumbre de hojas de palmas; estaba colocada sobre una plataforma rectangular que permitía un buen drenaje y ventilación. El tamaño era de aproximadamente 20 metros cuadrados, donde vivían hasta seis personas. Las sencillas casas eran ubicadas alrededor de la plaza ceremonial de los centros urbanos, algunos de los cuales albergaban a más de 50 mil habitantes”.³⁷

1.2.3.- La Colonia.

La organización social de los diferentes grupos indígenas se basa en la familia. Algunas sociedades indígenas conceden gran importancia a la cooperación económica entre marido y mujer, y otras a la que se origina entre hermanos y hermanas.

“En México a los grupos locales de tipo clan se les solía conceder un poder limitado. Los lazos conyugales no pueden ser disueltos por deseos de cualquiera de las partes, sólo el hombre podía repudiar a su mujer y sólo a él se le otorgaba el derecho de infidelidad, derecho que se ejerce cada vez más a medida que progresa la evolución social.

³⁷Universidad de Campeche. http://clio.rediris.es/fichas/otras_mayas.htm#Sociedad.

Si la mujer se acuerda de las antiguas prácticas sexuales y quiere renovarlas era castigada rigurosamente. Por lo que respecta a la poligamia, esta es prohibida terminantemente por las autoridades eclesiásticas.

El sistema del virreinato conservó el sistema de privilegio masculino heredado de sus dos nutrientes, ambos se centran en el papel de la mujer en el matrimonio y en la maternidad. Pero el hecho dista del derecho y así tenemos que según los decretos reales el español y el indio eran teóricamente iguales, y sucedía algo similar con las mujeres que se consideraban iguales al varón de su raza; pero como en todas las sociedades una cosa es el ser y otra el deber ser.

La mujer española casada tenía la categoría de menor de edad, y aunque podía heredar propiedades, títulos y negocios sus derechos quedaban subordinados al marido quien era el administrador de los bienes.

Era el estado de viudez el que le permitía a la mujer la plena capacidad de ejercicio pues hasta entonces podía administrar sus bienes y tenía el derecho de ejercer la patria potestad sobre sus hijos menores.

Si bien también el indígena era considerado menor de edad ya que era un ser humano en potencia sujeto a la protección del cristiano, el indio era tratado como un esclavo por naturaleza.

En este marco la mujer indígena tenía igualdad legal respecto al varón, pero en la práctica estaba oprimida por partida triple: sexo, raza y clase. Su trabajo era el doméstico, que incluía las faenas pesadas del campo y la artesanía, pero también era colocada en el servicio de las casas de españoles.

El concubinato de españoles con mujeres indígenas convivía con el matrimonio legal. La concubina india fue tratada como un animal doméstico que se desechaba y en cuanto a los bastardos nacidos de ella eran criados como siervos de la casa grande, vagando entre las poblaciones de indios y españoles, por lo que el término mestizo se identificó con el de ilegítimo.

El sector femenino mestizo de la población tuvo distintas funciones y trabajos en gran medida determinados por la región que habitaba y el lugar que ocupaba su familia en la producción.

En las ciudades y pueblos realizaba servicios, vendía alimentos y cubría las faenas de criadas en las amplias casas de los españoles. En el campo las labores domésticas y agrarias.

En cambio las negras y los negros se consideraban infames de sangre y su status de esclavos se transmitía por vía materna, y eran colocados en los trabajos más ingratos y peligrosos.

Las mujeres de la época colonial tenían una parte activa en su sociedad, las de estratos menos privilegiados cumplían labores tradicionales, que en el

campo incluía la elaboración de textiles, cerámica y las actividades agrícolas y se seguían vistiendo como antaño.

Las de las ciudades y pueblos vendían en los tianguis o mercados diversas mercancías y podían cumplir servicios sociales como de surtir el agua, se acomodaban entre la servidumbre de los sectores acomodados de la población.

Las mujeres que recibían educación eran las criollas. Sin embargo, se consideraba a la mujer encargada de su casa y aún la de más status no necesitaba de mayores conocimientos, su función era producir una abundante prole y para cumplir ese cometido bastaba un buen funcionamiento de las hormonas, una resistencia física suficiente y mucha salud, pero no se necesitaba ni elocuencia, ni ingenio, ni memoria, ni libertad, ni capacidad para administrar ciudades, menos cualquier clase de estudios superiores.

El matrimonio se mantenía como la instancia apropiada para la mujer y la maternidad como su vocación natural, éste sería arreglado por los padres y la dote tenía un papel importante en el negocio.

El adulterio para la mujer significaba una ley dura y para el marido una ley laxa.

Aquellas mujeres que deseaban un nivel superior de conocimientos debían de contar con el apoyo económico para pagar un maestro particular y el permiso de un padre tolerante.

El papel de la mujer como persona o como ciudadana sigue sorteándose por el sistema dominante. Sucedió algo similar con la mujer trabajadora: había una mayor participación en la producción, pero difícilmente podían considerar al trabajo un elemento liberador.

Su opresión específica ya no lo era tanto por raza cuánto por clase y sexo y la sufría en un contexto de conflictos manifiestos de circulación de ideas políticas y coyunturas favorables para la emancipación del país para el tránsito de Nueva España a México".³⁸

³⁸ Caraveo, Martha. <http://www.monografias.com/trabajos6/fame/fame.shtml?relacionados>.

CAPITULO II.

II. DE LA FAMILIA Y LOS MENORES, A LA LUZ DE LA LEGISLACION MEXICANA (CODIGO CIVIL DE 1932 Y POSTERIORES MODIFICACIONES).

Desde la culturas antiguas y a través del tiempo, el hombre se ha organizado en grupos que han dado origen a la organización de varios tipos de familia, estos siempre han tenido como finalidad cubrir intereses tales como económicos, sociales, políticos, religiosos y jurídicos.

2.1.- De la Familia y el Derecho de Familia.

La familia es donde el hombre aprende los valores humanos, sociales, morales, culturales y los de tipo espiritual, en base a estos aprende a relacionarse en su entorno. Es el lugar donde se desarrolla tanto física, psicológica, afectiva y socialmente.

El derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los miembros que integran la familia, delimitando derechos y obligaciones.

“La institución de la familia tiene como fundamento jurídico el matrimonio y el concubinato, de las cuales se derivan la filiación y la patria potestad, estas instituciones surgen como consecuencia de la procreación y de la misma manera surgen los derechos y las obligaciones, por lo que a continuación recordaremos la definición más clara y utilizada por el ámbito jurídico;

Obligación.- es el vínculo jurídico que nos constriñe a la necesidad de dar hacer y no hacer una cosa, según las leyes y principios de nuestra ciudad.

En el derecho de familia manejamos la potestad y también la responsabilidad, cada uno de estos poderes o deber dan surgimiento a un acto jurídico la vida de derecho es de acto jurídico o de hechos jurídicos en sentido amplio la vida de derecho es una vida de movimiento.”³⁹

“La antigua potestad marital era ejercida por el marido sobre la mujer y los hijos, tan pronto la mujer contraía nupcias caía bajo la potestad del otro, los códigos del siglo XIX hablaban del principio de igualdad entre hombre y la mujer.

La potestad de dirigir a la familia recae en ambos cónyuges y en común acuerdo resolverá los conflictos que tengan en la familia”.⁴⁰ (Código Civil vigente para el Estado de México). Por lo que para el derecho de familia lo que importa es la colaboración de los integrantes de esta.

³⁹ PEREZ, Contreras Maria de Montserrat. “Derecho de los padres y de los hijos”. Editorial UNAM, México 2001, 2ª edición, pag. 3.

De manera más extensa, el concepto de familia se entiende como una rama del Derecho Privado que se refiere al derecho de personas como miembros de un grupo familiar que tienen una actividad económica, en grado de explotación (Derechos Reales) o en grado de colaboración (Derechos Personales) que miran para después de su muerte, traducidos en derechos reales y derechos sucesorios.

Para la autora Pérez Contreras, “la familia es una agrupación social de personas que se encuentran unidas por lazos de sangre o por lazos que crea la ley. Una familia nace de la unión de hecho o de derecho de dos adultos que viven juntos y de los hijos que ellos tengan. Los hogares de madres solteras son muy frecuentes y a éstos se les reconoce igualmente como núcleos familiares”⁴¹.

Por lo que, la familia puede formarse a partir del matrimonio, del concubinato o de los hogares de madres o padres solteros, y solo en algunos países, la sociedad amigable (entre homosexuales).

Es así que; “el matrimonio es un negocio jurídico de contenido extramatrimonial de eficacia constitutiva que se inicia con una comunidad plena de vida entre personas de distinto sexo, de manera solemne, dando nacimiento a la familia, que desde el punto de vista jurídico, es el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y sus descendientes, así como por las personas unidas por vínculos de sangre, matrimonio o civiles, a los que el derecho impone deberes y obligaciones”⁴².

El matrimonio es eminentemente solemne, el Derecho Romano y Derecho Ingles, equiparan el concubinato con el matrimonio por prescripción, ya que cumple con las características de este, faltándole la solemnidad.

El concubinato es el vínculo permanente entre personas de distinto sexo para llevar una comunidad de vida y tiene también eficacia constitutiva, pero esta vez no tiene carácter de solemnidad, no es un hecho es un acto jurídico es la expresión de la voluntad en un vínculo de unión, con contenido extramatrimonial y que satisface a los que la constituyen en la comunidad, le falta la forma solemne del matrimonio.

No obstante, México considera que la Sociedad Amigable no constituye un negocio jurídico que deba ser protegido por el ordenamiento legal, ya que el derecho debe ser documentado por una recta razón, aunque hay que mencionar que últimamente en algunos estados de nuestro país, como lo es el Distrito Federal, las relaciones homosexuales se han alineando o considerando dentro de la reglamentación jurídica denominándola sociedad en convivencia.

Sin embargo existen países que aceptan el matrimonio por sociedad amigable como Canadá, Suiza, Ámsterdam, Gran Bretaña y algunos otros países principalmente europeos.

⁴¹ Ibidem. p. 4.

⁴² Ibidem. p. 5.

“La organización de la familia es el conocimiento ontológico y psicológico de la posición de los miembros en una familia, la desorganización viene cuando alguno de ellos no conoce o con toda intención quiere abandonar el papel que le imponen los roles con toda carencia de responsabilidad abandona la ruptura de los roles de la familia.

Si entendemos la desorganización comprenderemos las causas de la separación o disolución de la familia y será la responsabilidad interna del juez para acercarse a los que se están separando para ayudarlos, con argumentación, con diálogo, con reflexión para que tomen la situación con mejor criterio y raciocinio.

Desgraciadamente la desorganización llega a veces a la ruptura definitiva, que lleva a la destrucción emocional e incluso física, por lo que hay que examinar cuál es la razón de la ruptura, en ocasiones se llega al matrimonio para satisfacer lo que no se satisfizo en la relación paterno filial o materno filial, muchas personas se casan por buscar libertad o encuentro emocional personal por considerar al matrimonio como parte de un ciclo de vida”⁴³.

El Código Civil del Estado de México vigente fue atinado en llamar al libro cuarto, Derecho Familiar. El Código de Napoleón lo llamaba del libro relativo a las personas.

Los Códigos Civiles regulan el aspecto patrimonial en la parte de las obligaciones, todo viene de la herencia Romana, matrimonio con manus, compra, prescriptio y la disolutio era la interrupción de la prescriptio, la destrucción del matrimonio, en el derecho romano la solemnidad del divorcio y del matrimonio eran formas litúrgicas pero más de fondo que de forma.

El cristianismo sostuvo la monogamia y la solemnidad, pero no tomaba en cuenta la desorganización y disolución de vida, aunque esta última debe de ser excepcional, es mejor disolver a vivir de manera alterada de manera emocional o física, entendiéndose el vivir en un ambiente de violencia intrafamiliar.

Vale la pena observar una familia en disolución, en esta deben observarse las causas específicamente previstas, las circunstancias, motivos, que provocan tal disolución, así como las secuelas emocionales y jurídicas de la misma.

La separación matrimonial implica modificación del régimen matrimonial que implica la interrupción de la vida conyugal. Durante el matrimonio puede cada cónyuge solicitar al juez la separación, es decir, que pronuncie el derecho de cada uno a vivir con independencia y alejado del otro, regulando la situación familiar que resulte de esa vida autónoma.

⁴³ PEREZ, Contreras Maria de Montserrat. Op. Cit. p. 8

Los tribunales civiles dictarán sentencia de separación cuando un cónyuge haya dado causa o motivo para ello, es decir, si es culpable de abandono injustificado del hogar, infidelidad conyugal, conducta injuriosa o vejatoria, violación grave o reiterada de los deberes de los cónyuges en cuanto tales o para con los hijos; pero también es causa de separación la perturbación mental, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.

Por último, la separación de acuerdo con las actuales orientaciones puede ser convenida también por mutuo acuerdo entre los cónyuges.

La duración de la separación es indefinida, termina por divorcio o por la reconciliación de los cónyuges, quienes deben poner ésta en conocimiento del juez. La separación no disuelve el vínculo matrimonial, que sigue mediando entre los esposos; éstos, aunque separados, son todavía marido y mujer.

Para que sea admitida la demanda de separación, debe haber transcurrido un tiempo prudencial desde que se celebró el matrimonio, al menos un año, y si la demanda se presenta de mutuo acuerdo entre los cónyuges hay que acompañarla de un documento en el que conste el pacto entre los cónyuges sobre cuestiones tales como: a cargo de qué cónyuge quedarán los hijos comunes, el régimen de visitas del otro cónyuge, el régimen de pensiones, el uso de la vivienda familiar, entre otras.

Los efectos específicos de la sentencia de separación son los siguientes:

- Suspensión de la vida en común de los casados;
- Disolución del régimen económico matrimonial;

En cuanto al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, guarda legal y custodia de los mismos, uso de la vivienda familiar y abono de las pensiones compensatorias alimenticias, se estará a lo que se determine en la sentencia.

Si más adelante los cónyuges separados se reconciliaran, deben ponerlo en conocimiento del juez, para dejar sin efecto la sentencia de separación. Sin embargo, los cónyuges deberán establecer el régimen económico por el que se regirán a partir de entonces.

El divorcio es considerado para algunos como la causa de desintegración de la familia, aunque para algunos otros es considerado como un mal necesario, pues remedia una situación familiar conflictiva mediante su desintegración.

Aún lejos de ponerlo en cuestión, el divorcio no debe considerarse bueno o malo, si no que se debe calificarse en términos de utilidad, sin considerarse la solución perfecta a los problemas de la pareja o de la familia.

Este instrumento jurídico no es más que la disolución del vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitudes de contraer otro, como lo marca

nuestro Código Civil Federal; esta desintegración deriva de situaciones diversas en las que, el divorcio va a tener un efecto estabilizador en las relaciones familiares en caso de controversias o conflictos de intereses, cuando la convivencia sana ya no puede lograrse, no obstante, este efecto no opera en las relaciones conyugales, ya que el fin del camino se ve traducido en la ruptura externa.

2.2.- El Parentesco.

Se llama parentesco al lazo permanente que existe entre dos o más personas por razón de tener una misma sangre o de un acto que imita al de engendramiento y cuya similitud con este se halla reconocida por la ley.

El parentesco, son las relaciones humanas que se establecen por medio de la descendencia y del matrimonio. El parentesco se fundamenta en las diferencias sociales y en los modelos culturales. En todas las sociedades, los vínculos entre parientes de sangre y los parientes por matrimonio poseen una cierta relevancia legal, política y económica que no guarda ninguna relación con la biología.

La legislación Civil Federal actual, en su artículo 292, no reconoce más parentescos que los de consanguinidad, afinidad y el civil. Nuestra ley civil de manera tajante, ignora el parentesco canónico, es decir el que se realiza por medio de una ceremonia mediante actos solemnes de carácter religioso.

Es así como nuestra legislación diferencia los diferentes tipos de parentesco:

Artículo 293 del Código civil Federal.- Parentesco por consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

Artículo 294 del Código civil Federal.- Parentesco por afinidad es el que se contrae con el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón.

Este surge respecto de personas no parientes, que llegan a unirse a la familia en virtud de un matrimonio, el concubinato no engendra parentesco alguno conforme a la ley.

Artículo 295 del Código civil Federal.- Parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado.

“En la base del parentesco se encuentra el vínculo primario madre-hijo, al que las distintas culturas han agregado diversas relaciones familiares. A esta unidad básica se le suman otros parientes en función de la descendencia, que conecta una generación con la siguiente de forma sistemática y que determina ciertos derechos y obligaciones para todas las generaciones.

Los grupos de descendencia se pueden transmitir a través de cualquiera de los dos sexos, es decir, por el hombre por la mujer, o sólo a través de uno de ellos. En los grupos de transmisión unilineal, la descendencia se denomina patrilineal si la conexión es por línea masculina, o matrilineal si lo es por vía femenina”⁴⁴.

La forma de clasificar a los parientes tiene muchas aplicaciones prácticas. Las relaciones familiares y de una sociedad condicionan en gran medida la atribución de derechos y su transmisión de una generación a otra.

“Los efectos del parentesco son numerosos y de naturaleza diversa. Otorga derechos, crea obligaciones.

Dentro de los derechos encontramos; la sucesión, la patria potestad y la obtención de alimentos.

Por lo que respecta a las obligaciones, tenemos la educación de los hijos, la provisión alimentos y el respeto entre todos los parientes.”⁴⁵.

Los términos de parentesco también pueden indicar la forma en que las familias de una determinada sociedad reparten la herencia de bienes y propiedades.

“Algunas teorías no evolucionistas consideran los términos para designar a los parientes como una consecuencia de influencias y modificaciones culturales, como un medio para comprender ciertos aspectos de la historia de una determinada sociedad e incluso como un fenómeno lingüístico.

Según esta teoría, los términos cumplen la función de ser las claves que permiten comprender el tipo de vínculos y los valores existentes entre gentes de una misma sociedad”⁴⁶.

“El parentesco entraña gran importancia en los estudios antropológicos ya que es un fenómeno universal, denota ciertos vínculos humanos fundamentales que establecen todos los pueblos y refleja la forma en que los pueblos otorgan significado e importancia a las interacciones entre los individuos”⁴⁷.

2.3.- Menor.

Dependiendo del contexto, de manera simple y llana, por menor o minoría de edad puede entenderse como alguien que no es adulto, o alguien que no ha llegado a la pubertad, es decir, a la edad de catorce años.

⁴⁴ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, México 1990. 4ª Edición, p. 203.

⁴⁵ DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit. p. 123.

⁴⁶ MONTERO Duhalt, Sara. Op. Cit. p. 204.

⁴⁷ DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit. p. 123.

Minoría de edad, es el estado en el que se encuentra quien todavía no ha cumplido la edad que la ley considera necesaria para la obtención de la emancipación por mayoría de edad.

Existen muchas acepciones, pero la más generalizada es la que menciona la Organización de las Naciones Unidas; que considera minoría de edad al infante menor de 18 años.

El menor es un ser constantemente cambiante sin modificar su naturaleza, a lo largo de la infancia, el niño se va desarrollando física y mentalmente, logrando la maduración de su aparato psíquico alrededor de dos décadas, adquiriendo el control moral sobre sus actos.

“A pesar de su situación, la ley no ignora que el menor, según su edad y condiciones de madurez, puede realizar actos eficaces en el ámbito jurídico. Así, puede aceptar donaciones puras, siempre y cuando no impliquen obligaciones por su parte o estén sometidas a condición, ejercitar derechos de la personalidad, adquirir la posesión de los bienes o reconocer hijos.

El menor tiene una capacidad de obrar limitada, pues aunque hay actos que la ley puede permitirle celebrar por sí sólo en reconocimiento de sus derechos, la regla general es que el menor de edad se encuentre bajo la patria potestad de sus padres o, en su defecto la guarda de un tutor.

Por lo que unos u otro le representarán para todos los actos que la ley no le permite llevar a cabo por sí mismo”⁴⁸.

“Los actos jurídicos que lleve a cabo un menor de edad, sin tener capacidad para ello, son impugnables por sus representantes legales o por él mismo cuando alcance la mayoría de edad. Pero no son radicalmente nulos, pues mientras no sean impugnados, son considerados válidos por el Derecho.

El menor de edad puede ser emancipado por decisión de quienes ejerzan la patria potestad o por decisión judicial. En tal caso, será considerado mayor para actuar en la vida, pero seguirá requiriendo la actuación de sus representantes legales para llevar a cabo algunos actos señalados por la ley, y que pueden entrañar riesgo”⁴⁹.

“Desde el punto de vista político, en las monarquías, cuando fallece el rey y su sucesor es aún menor, se articula la institución de la Regencia, al tiempo que se provee el sistema de tutela del rey menor de edad”⁵⁰.

⁴⁸ HUGO D' ANTONIO, Antonio. Derechos de los menores. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, buenos Aires, 1994. p. 174

⁴⁹ Id.

⁵⁰ Ibidem. p. 175.

2.4.- Filiación y Patria Potestad.

En sentido biológico, filiación es la relación de procedencia entre el generado y los generantes; en sentido jurídico filiación es el vínculo que une al progenitor con el hijo, reconocido por el Derecho.

“La filiación es la institución mediante la cual el derecho establece vínculos jurídicos entre el hijo y sus padres. El reconocimiento de un individuo como hijo de otro coloca en una situación jurídica que se denomina estado de hijo o status filii.

La filiación puede tener dos vertientes: la de naturaleza, es decir, el hecho biológico, que trae consecuencias jurídicas y la de adopción, que es un acto jurídico. El estado de hijo se adquiere por vía consanguínea o por vía adoptiva.

No se trata de puro origen genético, sino de aquella relación que, basada en este origen, pero no de modo necesario, reconoce el derecho que existe entre padres e hijos, y en virtud de la cual se establecen deberes y derechos a cargo de unos y otro. Aquí, frente a la realidad biológica, hay hijos que no tienen padre, o madre, o ninguno de los dos; como los que tienen un padre o unos padres de quienes no proceden biológicamente: los adoptivos”⁵¹.

“En cuanto a los hijos concebidos durante el matrimonio los datos serán la maternidad y el casamiento de la madre; éstos son los requisitos cuya prueba se exige para considerarlos como matrimoniales, es decir, para atribuirlos a una madre y a un padre en cuanto casados entre sí.

Ninguna otra circunstancia ha de ser objeto de prueba de paternidad; se presume, aunque sólo puede valer en relación a los hijos que pudieron ser concebidos cuando la madre ya estaba casada, y antes de la separación o disolución del matrimonio.

En los supuestos de concepción fuera del matrimonio, se condiciona la presunción de reconocimiento de paternidad al transcurso de determinados plazos entre la boda y el nacimiento y a la no impugnación de la paternidad”⁵².

Dentro de la sociedad, se denominan a los hijos matrimoniales a los que proceden de progenitores casados entre sí, antes o después de su nacimiento; y extramatrimoniales a los habidos fuera del matrimonio.

En la filiación extramatrimonial, la filiación de la paternidad, obedece al acto jurídico del reconocimiento, muchas veces como resultado de la sentencia del ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad.

“El Doctor Perezniето Castro, hace una anotación especial sobre las categorías realizadas por el profesor Pedro Pablo Miralles sobre los efectos de la filiación, de las cuales las más trascendentes son:

⁵¹ PEREZNIETO Castro, Leonel. Op. Cit. pag. 151.

⁵² Ibidem. p. 152.

- Las específicamente protectoras, como son la patria potestad y la tutela.
- Las personales, traducidas en apellidos.
- Las patrimoniales, que son el proveer alimentos y las sucesiones”⁵³.

Por lo que la Patria potestad, es concepción jurídica que remite a la relación paterno-filial que tiene por núcleo el deber de los padres de criar, cuidar y educar a sus hijos.

Para el Maestro Edgard Baqueiro, “la patria potestad consiste en el poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes.

En la actualidad, la patria potestad en su ejercicio tiene un carácter altruista como rasgo constitutivo esencial. Ésta se ejecutará en beneficio de los hijos, en la que se llevará a cabo la función confiada a los progenitores de proteger, educar, instruir al hijo y cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su incapacidad de obrar”⁵⁴.

Ésta es una institución protectora, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores con el fin de lograr el pleno desarrollo y la formación integral de los hijos. Siendo ésta el reflejo de la filiación.

“La patria potestad la reciben los padres en el momento de nacer el hijo; si éste es extramatrimonial, en cuanto lo reconocen. Se pierde la potestad sobre el menor por incumplir los deberes inherentes a ella, como consecuencia de una condena penal, o de la separación, disolución o nulidad del matrimonio.

Se extingue, se pierde o suspenderse, dependiendo del sistema jurídico aplicable, el padre puede excusarse de ejercerla, en diversas situaciones se extingue cuando el hijo alcanza la mayoría de edad o por la emancipación”⁵⁵.

“La potestad es la facultad de poderío y la obligación de defensa de un interés ajeno, dicho en otras palabras, el titular que tiene la potestad va a manejar la defensa del interés ajeno.

Corresponde la patria potestad por igual a los progenitores, y esto implica que, viviendo juntos, las decisiones concernientes a los hijos no emancipados habrán de ser adoptadas de común acuerdo.

En caso de desacuerdo, cualquiera de ellos podrá acudir al juez, quien atribuirá a uno la facultad de decidir. Si se mantienen los desacuerdos, podrá atribuir la potestad a uno o repartir entre ellos sus funciones. Si los padres se encuentran separados, se ejercerá por aquél que conviva con el hijo, con la participación del otro”.⁵⁶

⁵³ Ibidem. p. 153.

⁵⁴ BAQUERO, Edgard. Op. Cit. p. 124.

⁵⁵ PEREZNIETO Castro, Leonel. Op. Cit p. 163.

⁵⁶ HUGO D´ Antonio, Daniel. Derecho de Menores, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires 1994. p. 201.

En el aspecto personal los padres deben velar por sus hijos: cuidarlos en forma correspondiente a su edad y circunstancias; tenerlos en su compañía y prodigarles un trato afectuoso; alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, o sea, física, moral e intelectual, en la medida de sus posibilidades.

Los padres están facultados para corregirlos de un modo razonable y con moderación; en correspondencia, éstos deben respecto y obediencia a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad.

En el aspecto patrimonial, los padres deben administrar los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios. En casi todos los países ha desaparecido el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos, sin embargo, los hijos deben contribuir al gasto familiar cuando sea preciso, siempre y cuando cuenten con una fuente de ingresos que se lo permita, provenientes de un empleo de acuerdo a sus edad y a su capacidad física, sin olvidar que la obligación principal es de los padres.

En los asuntos personales y patrimoniales el hijo no emancipado no puede actuar por sí y en lugar suyo actúa su padre o madre, que lo representan. No pueden representar los padres al hijo cuando exista conflicto de intereses con él; en estos casos se nombrará al hijo un defensor judicial.

Mediante la tutela el legislador establece que la persona designada como tutor se encargue del cuidado y representación de los menores no emancipados que carecen de alguien que ejerza la patria potestad.

La tutela es la institución ordinaria de guarda legal de los menores de edad no emancipados que sean huérfanos o cuyos progenitores se hallen privados de la patria potestad, así como los incapacitados por locura o sordomudez, cuando no están sometidos a la patria potestad que fije el juez.

A los dementes mayores de edad, en cambio, no se les puede nombrar tutor sin previa incapacitación.

El tutor se nombra entre los familiares más próximos y lo deciden la ley o el juez. La ley establece un orden de preferencia para ser nombrado tutor, que el juez puede alterar con carácter excepcional. Es una persona física, aunque pueden serlo las personas jurídicas sin finalidad lucrativa dedicadas a la protección de menores e incapacitados.

La relación con el pupilo muestra, en la tutela de menores, semejanza con la paternofilial. Actúa en lugar del pupilo siempre que éste no pueda hacerlo por sí, como representante legal. Es administrador legal del patrimonio; para los actos más importantes precisa autorización judicial y debe rendir cuentas al finalizar la tutela⁵⁷.

⁵⁷ PEREZNIETO Castro, Leonel. Op. Cit p. 168.

CAPITULO III.

III. DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE LA RELACION PATERNO-FILIAL.

El Código Civil Federal vigente, establece su criterio en relación a las obligaciones y derechos que tiene cada miembro de una familia, dependiendo del lugar que ocupe dentro de esta. Dicho ordenamiento establece lo siguiente:

Artículo 292. “La ley no reconoce más parentescos que los de consanguinidad, afinidad y el civil”.

Artículo 293. “El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

En el caso de la adopción plena, se equipará al parentesco por consanguinidad aquel que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo”.

La determinación de la relación de parentesco es importante sobre todo por dos efectos: en la relación de la obligación alimenticia y la sucesión legítima, en ambos casos sólo las personas a quienes la ley reconoce como parientes, tienen derechos y obligaciones entre sí.

Existen casos en los que la relación de parentesco es relevante, como es el caso de cuando existen impedimentos para contraer nupcias entre ciertos parientes.

Siguiendo lo ordenado en el artículo 156 fracción III y IV, del Código Civil Federal Vigente, el parentesco por consanguinidad y el parentesco por afinidad, definido por el legislador, es un vínculo biológico cuyo origen es el hecho de la procreación. Decimos que el legislador limita en su definición a la consanguinidad ya que este vínculo existe no solo entre quienes descienden de un mismo progenitor (hermanos) sino entre todas las personas que descienden unas de otras o aquellos que descienden de un mismo tronco.

Las consecuencias jurídicas de este tipo de parentesco son varias y difieren, dependiendo del grado o línea de que se trate. En general podemos afirmar que las consecuencias son:

- El surgimiento de la obligación alimentaría;
- Los derechos a la sucesión legítima;
- El establecimiento de la tutela legítima;
- Impedimentos para realizar ciertos actos jurídicos entre parientes consanguíneos;

- La existencia de atenuantes y agravantes de responsabilidad tanto civil como penal, entre otros.

En particular y sin ser los únicos, es importante señalar que la patria potestad y el derecho al nombre, surgen precisamente del parentesco en línea recta de primer grado, es decir entre padres e hijos.

El Artículo 294 del Código Civil Federal a la letra dice.- “El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón”.

Esta especie de parentesco, es una relación jurídica que surge entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro. Las líneas y grados que se establecen por este vínculo, son los mismos que para el parentesco por consanguinidad.

Esta relación sólo surge entre un cónyuge y los parientes del otro. Las dos familias no guardan entre sí ningún tipo de parentesco. El marido y la mujer tampoco están unidos por una relación de parentesco por afinidad.

Las consecuencias jurídicas son en realidad limitadas. La más importante es, sin duda, el impedimento que existe para contraer matrimonio entre afines, particularmente en la línea recta ascendente.

Al respecto el Artículo 296 de Código Civil Federal ordena.- “Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco”.

De ahí parten las consecuencias de deberes y derecho para cada miembro de la familia, claro, tomando en cuenta su grado y parentesco. Así también, se determinan los obstáculos e inconvenientes para la creación de ciertas relaciones o actos jurídicos.

Al respecto el Artículo 411 del Código Civil Federal a la letra dice.- “En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición”.

Lo anterior es para procurar en todo momento la unión y el apoyo de la familia, por lo que la autoridad de los padres no debe de ser excesiva, esta se debe de apoyar en la comunicación, la unión, el apoyo y el amor familiar.

El Artículo 412 del mismo ordenamiento dice.- “Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley”.

Esto en razón y cuidado del interés superior del menor, para no mermar los derechos de los menores tanto espirituales como materiales. Siguiendo con los ordenamientos jurídicos que a la letra versan de la siguiente manera:

Artículo 413 del Código Civil Federal.- “La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la ley sobre Previsión social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal”.

Artículo 414, primer párrafo del Código Civil Federal.- “La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro”.

Artículo 416 del Código Civil Federal.- “En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio particularmente a lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal”.

Artículo 94 del Código de Procedimientos civiles para el Distrito Federal.- “Las resoluciones judiciales dictadas con le carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva.

Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan al ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente”.

En estos casos, con base en el interés superior de menor, la guarda y custodia quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

Recordemos que el derecho de visita y convivencia no solo pertenece a los padres, sino que también son derechos elementales de los hijos, ya que es primordial guardar y velar por el buen desarrollo espiritual, mental, emocional y físico del menor.

Artículo 417 primer párrafo del Código Civil Federal.- “Los que ejerzan la patria potestad, aun cuando *no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia* con sus descendientes, salvo que exista peligro para estos”.

Es decir que, la convivencia con el menor no podrá impedirse sin justa causa, ya que en caso de oposición el juez resolverá lo conducente tomando en cuenta y en todo momento, el interés superior del menor.

Por lo que respecta a la tutela el Artículo 449 en su primer párrafo establece que, “el objeto de esta es la *guarda* de la persona de los que no

estando sujetos a patria potestad tiene incapacidad natural o legal, o solamente la segunda, para gobernarse por si mismos”.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la *guarda y educación* de los menores.

Entendiéndose por incapacidad legal y natural la minoría de edad, ya que esta es considerada como falta de personalidad legal derivada de esa minoría y al igual que la patria potestad, la tutela es una obligación de interés público del que nadie puede eximirse sin legítima causa.

3.1.- Derecho de Guarda y Custodia.

“El primer elemento que aparece en el ejercicio de la patria potestad es la Guarda, como integrante del complejo funcional de derechos-obligaciones, que el autor traduce como tenencia del hijo. La guarda presupone una actividad signada por comportamiento de custodia, defensa o conservación”⁵⁸. Es la posesión, vigilancia, protección y cuidado de los hijos.

La tenencia se refiere a un aspecto meramente material o fáctico, implicando la proximidad física entre personas, es decir, la proximidad física en un ámbito fraternizo del hogar de los padres con los hijos.

“El derecho español la define como el deber de los padres de tener a sus hijos en su compañía, en un lenguaje más técnico los juristas lo definen como deber de convivencia o unidad de domicilio”⁵⁹.

“La custodia y cuidado es el primer deber de los padres en relación a los hijos menores no emancipados. Significa, tenerlos en su compañía para su vigilancia, cuidado, educación y corrección”⁶⁰.

El derecho de custodia se refiere a aquel por virtud del cual se ejerce el cuidado de la persona del menor y, el derecho de decidir sobre su hogar de residencia.

Nuestra Legislación Civil Federal en su artículo 416, establece que ambos progenitores deben continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. A falta de los progenitores, podrán ejercer la guarda y custodia los abuelos.

Para el trámite de juicio en el cual se solicite al Juez la Guarda y Custodia, se exhiben entre otros, los siguientes documentos como base de la acción:

⁵⁸ HUGO D´ Antonio, Daniel. Op. Cit. P. 259.

⁵⁹ HUGO D´ Antonio, Daniel. Op. Cit. P. 260.

⁶⁰ CHAVEZ Asencio, Manuel. La familia en el derecho. Relaciones jurídica paterno filiales. 2ª Edición. Editorial Porrúa, México 1992. p. 300.

- Original del Acta de Matrimonio, si los padres del menor son casados.
- Original del Acta de Nacimiento de los hijos
- Domicilio particular del demandado
- Nombre y domicilio de dos testigos a quienes les consten los hechos.

3.2.- Derecho de Visita.

El derecho de visita es aquel que comprende el llevar y convivir con el menor, por periodos de tiempo limitado, ya sea dentro de su hogar o a un lugar diferente al de su residencia habitual, entendiéndose este como, el Estado donde tiene y desarrolla su centro de vida de manera cotidiana.

Quienes ejercen la Patria Potestad, aún cuando no tengan la guarda y custodia, tienen el derecho de visita con sus hijos. Actividad íntimamente ligada con nuestro siguiente concepto el de CONVIVENCIA.

La ley procura con ello, el no mermar los derechos a la convivencia con ambo padres y procurar el sano desarrollo emocional y psicológico del menor.

Tan es así que, el 04 de julio del año 2005, el periódico Reforma publico un articulo que tituló “Ganan papás divorciados derecho para visitar a sus hijos, pese a no tener patria *potestad*”⁶¹.

En el antes citado articulo el periódico narraba: “Un Tribunal federal de la Ciudad de México estableció que los padres que no viven con sus hijos tienen derecho a visitarlos incluso si han perdido la patria *potestad* sobre ellos, pues se trata de una figura esencial para mantener el vínculo afectivo con los menores.

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil resolvió que el derecho a la visita y convivencia no es sólo de los padres, sino también de los hijos.

La patria *potestad* es la facultad legal del progenitor para decidir sobre la persona y los bienes del menor, pero su pérdida -afirmaron los magistrados-, no puede tener la consecuencia inevitable de interrumpir las visitas, a menos que el juez considere que hay riesgo para el niño.

El tema de las visitas genera tantos conflictos que en septiembre de 2004 fue reformado el Código Penal capitalino para sancionar con uno a cinco años de cárcel al padre o madre que obstaculice el régimen de convivencia fijado por orden judicial.

Los códigos civiles de todo el País señalan que sólo los padres que ejercen patria *potestad*, pero no la guarda y custodia, tienen derecho a un régimen de visitas y convivencias con sus hijos, establecido por el juez respectivo”⁶².

⁶¹ Periódico Reforma del 04 de julio del 2005.

⁶² Id.

Sin embargo, para los magistrados Francisco Sandoval, Marco Antonio Rodríguez Barajas y Walter Arellano, aún cuando un juez prive de la patria *potestad*, no necesariamente se pierde el derecho a las visitas, a menos que exista un peligro real para el niño.

A continuación la transcripción de dicha tesis:

Registro No. 178471

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXI, Mayo de 2005

Página: 1454

Tesis: I.4o.C.82 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

“DERECHO DE VISITAS. CONCEPTO Y ALCANCE.

El derecho de visitas del padre o la madre que no cohabita con el hijo cuya guarda ha sido otorgada al otro progenitor, a otro pariente, o a un tercero, consiste en mantener un contacto personal con el menor, de la manera más fecunda que las circunstancias del caso permitan, y aun cuando la ley sólo mencione como sujeto activo al padre, es evidente que también el hijo es titular del derecho de mantener una adecuada comunicación y trato con ambos padres, ya que la consolidación de los sentimientos **paterno** o materno-filiales, el contacto con sus progenitores, la cohesión efectiva de los vínculos familiares de esta índole, propenden, normalmente, a una estructuración más sólida y equilibrada del desarrollo psíquico del menor. El fundamento de este derecho reside en elementales principios de derecho natural, en la necesidad de cultivar el afecto, de estabilizar los vínculos familiares, a su subsistencia real y efectiva. Mediante él se procura que el contacto **paterno-filial** se proyecte desde el mero aspecto formal del título de estado, a la vida real. Así la figura del padre o la madre adquieren una dimensión humana, que le otorga al hijo un progenitor visible, accesible, tangible, que evita que con el correr del tiempo éste se transforme en un extraño, a quien lo una un vínculo jurídico, sin significación esencial.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO”.⁶³

3.3.- Derecho de Convivencia.

“El deber de convivencia es la natural consecuencia de la función de la patria potestad. Es una consecuencia del deber de cuidado y custodia: Esta convivencia tiene por objetivo lograr la estabilidad personal y emocional del

⁶³ Barajas Rodríguez Marco Antonio, <http://www.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesis>

menor. Es darle afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual”⁶⁴.

Nuestra legislación establece de manera clara que los padres tienen el derecho de convivencia con sus hijos, salvo en el caso de que exista peligro para ellos. En caso de desacuerdo entre los padres, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, tomando en cuenta al Ministerio Público.

"El respeto al derecho que tiene el menor de convivir con sus padres, aun cuando éstos ya no vivan juntos, derecho que se encuentra consignado en la Convención sobre los Derechos del Niño celebrada en 1989, de la cual México es estado signante desde 1991, es de estimarse que corresponde al juzgador determinar lo procedente respecto a las convivencias familiares entre el hijo y el progenitor que ha perdido la patria potestad, afirmó el tribunal.

El precedente podrá ser utilizado a nivel nacional en juicios de amparo contra órdenes judiciales que cancelen el derecho de visita. Esto, porque los magistrados no se limitaron a interpretar la legislación del Distrito Federal, sino que hicieron un estudio abstracto sobre el tema”⁶⁵.

“Un tribunal federal emitió tres tesis sobre el derecho de los padres de familia separados, para convivir con sus hijos.

El menor tiene el derecho de convivir con sus padres, aun cuando éstos ya no vivan juntos.

Este derecho reside en la necesidad de cultivar el afecto y estabilizar los vínculos familiares.

Mediante las visitas se le otorga al hijo un progenitor visible, accesible, tangible”⁶⁶.

3.5.- Derechos elementales de los menores en México.

A lo largo de nuestra historia desafortunadamente siempre ha existido un trato injusto para los menores de edad. Tal problema ha hecho reflexionar con seriedad a las personas que integran los diversos organismos tanto públicos como privados, con el fin de lograr que los niños gocen plenamente del respeto a sus derechos y de los beneficios propios de su edad, así como para que se les proteja de su natural vulnerabilidad.

La paternidad y la maternidad no debieran ser nunca un acto producto del azar, de la inconsciencia, de la irresponsabilidad, ni mucho menos de la violencia; sino resultado del amor y de un deseo cuyas consecuencias estén

⁶⁴ RIVERO HERNANDEZ, Francisco, El Derecho de Visita, Teoría y Praxis. Editorial Eunsa. Pamplona, España, 1982. p. 204.

⁶⁵ Id.

⁶⁶ CHAVEZ Asencio, Manuel. Op. Cit. p. 303.

tanto el varón como la mujer por igual, dispuestos a enfrentar con entusiasmo, conscientes plenamente de la importancia que alcanza, tanto para ellos como para el país, su actitud como padres y madres responsables.

El artículo 4° de La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su último párrafo, establece que: “Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas”.

“Si bien es cierto que el Estado, a través de sus instituciones, deben velar por el desarrollo de los menores, satisfaciendo las necesidades de educación, salud, juego, deporte, alimentación, etc., también lo es la formación que dentro de la familia reciben los hijos. La familia es la base fundamental de la sociedad, es la organización primaria de la sociedad, que se funda sobre vínculos de parentesco; en su seno nacen, crecen y se forman las nuevas generaciones bajo los valores de la solidaridad, la fidelidad, la fraternidad y la justicia.

Lo vivido en la edad temprana es fundamental para la edad adulta; por ello, a la niña y el niño, debe garantizárseles el respeto y la protección de sus derechos; asimismo, deben brindárseles todos los cuidados necesarios para su completo desarrollo. Dame un niño hasta los siete años y yo te respondo por su edad adulta, decía al respecto Jean Piaget.

Lamentablemente, cada día son más los menores que sufren violaciones a sus derechos fundamentales, cada día aumenta el número de niños y niñas abandonados a su suerte, de niños en la calle y de la calle, sin acceso a la educación, a la salud y, lo más grave, carentes de una familia. Las causas son diversas y sólo se lograrían evitar, la gravedad de estos casos, si volviéramos los ojos a la familia, sin olvidar que es la organización y el espacio en que se crean, fortalecen y reproducen los valores humanos. Es por lo anterior que es menester voltear la atención a la situación social de nuestro país”.⁶⁷

El Lic. César Sotomayor Sánchez, profesor de la Escuela Libre de Derecho de Puebla, en su ensayo sobre los derechos de las niñas y niños en México, menciona algo muy importante: “Poco, muy poco nos hemos ocupado de la regulación jurídica de los derechos de esos seres maravillosos, motivo de inspiración, de felicidad, de búsqueda de perfección en los grupos sociales.

Aunado a la siguiente afirmación, continúa: Lo que se ha escrito en relación con la protección integral de las niñas y niños, ha traído consigo aportes teóricos interdisciplinarios que han permitido una visión integral de la infancia, nos ha ayudado a concebir a la niñez como un periodo de profunda actividad que lleva a la edad adulta y que por tanto es de importancia más que fundamental para tener mujeres y hombres que sepan y puedan tomar decisiones con un grado de responsabilidad y madurez. Esta forma de ver la

⁶⁷ Comisión Nacional de los Derechos Humanos. <http://www.cndh.org.mx/estatales/tabasco/derninos.htm>

infancia debe ser para todos prioritaria y por tanto la defensa de esa etapa de la vida indispensable.

Dicho jurista reconoce como en México, hasta hace poco existía un régimen en el cual resguardar los principales derechos de los menores. Atribuye dicha deficiencia a la errónea costumbre de ver a los menores y adolescentes, seres incapaces, diferentes a los adultos y dependientes de ellos. Aparte de no otorgar las prerrogativas merecidas, había un control casi ilimitado y autoritario para los menores.

Es gracias a las diversas reformas que hoy en día se puede hablar de una protección de las garantías, derechos y necesidades de desarrollarse y crecer.

Como primer antecedente en la legislación mexicana, donde se normara, reconocieran y respetaran los derechos de la infancia; tenemos el trabajo efectuado por el constituyente de 1917, después en 1932, en el Código Civil para el Distrito Federal. En México, es reciente la Ley federal de la materia.

En la Constitución de la República, en su artículo 4º, en su párrafo séptimo al noveno establece:

“Artículo 4º: Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

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

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”⁶⁸

“El Lic. Sotomayor, en su ensayo antes citado, resalta la importancia de encontrarnos en la actualidad con una ley que imponga obligaciones a los padres y a las personas que tengan a su cuidado niñas, niños y adolescentes, tales como:

- Proporcionarles vida digna.
- Recreación.
- Protección contra el maltrato
- Abuso
- Agresión

⁶⁸ Comisión Nacional de los Derechos Humanos. <http://www.cndh.org.mx/estatales/tabasco/derninos.htm>

- Prioridad a la vida
- No discriminación
- Vivir en condiciones de bienestar
- Sano desarrollo psicofísico
- Ser protegido en su integridad
- Libertad
- No maltrato
- No abuso sexual
- Vivir en familia
- Identidad
- Salud
- Educación
- Descanso
- Juego
- Libertad de pensamiento
- Cultura propia
- Derecho al debido proceso en caso de infracción penal

Dentro de las sanciones para las infracciones a la ley, se otorga plena libertad para que la federación, estados y municipios establezcan lo necesario para procurar el respeto de tales derechos.

De esta forma, se conmina a las autoridades a reconocer los derechos de los niños y niñas, sin embargo, hace falta mayor difusión de los mismos.

Como conclusión de su ensayo, el catedrático indica: “Las instituciones públicas, están haciendo un esfuerzo importante, pero creo firmemente que una gran parte de esta obligación cívica, recae en la sociedad civil, que no sólo debe ser crítica pasiva, sino que debe ser crítica proactiva, propositiva y sobre todo muy participativa, denunciando la violación de los derechos, fomentando su respeto y presionando para la aplicación de las sanciones correspondientes. Por que esto no es obligación solo del gobierno, sino que de toda la sociedad; si lo logramos los integraremos a ella y les permitiremos el pleno goce de sus derechos como seres humanos.”⁶⁹

3.5.- Derechos Humanos del Niño.

Los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas son la libertad, la justicia y la paz en el mundo, estos se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

“Los Estados firmantes de la Carta de las Naciones Unidas, afirmaron en ella su fe sobre los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, estos pueblos han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

⁶⁹ Id.

Las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

En esta declaración se proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, ya que los estados partes están convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”⁷⁰.

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

“Dentro de las disposiciones de la Declaración de los Derechos de los niños, encontramos al artículo noveno, el cual se exhorta a los estados que deban velar por el bienestar del menor en caso de sufrir indignidad por parte de sus progenitores. Comenzamos a vislumbrar una simple determinación para los estados partes, cuidar de que las circunstancias imperantes en la vida del protegido sean las idóneas”⁷¹.

El Artículo 9. De la Convención de los Derechos de los niños. Versa a la letra: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Artículo 10. De la Convención de los Derechos de los niños. “De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de

⁷⁰ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo. *Estudios de Derecho Internacional Privado*, México, UNAM 1980. Estudios Doctrinales. p. 189.

⁷¹ *Ibidem*. p. 190.

tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares”.

“Es de vital interés que el menor este plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Resulta de esencial importancia no perder de vista la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, algunos han sido tomados en cuenta en los estatutos e instrumentos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”⁷².

El Artículo 11. De la Convención de los Derechos de los niños, establece: “Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”.

La Declaración de los Derechos del Niño, considera que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"⁷³.

Es por ello que la cooperación internacional tiene un gran efecto en la eficacia del mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo.

Inevitablemente en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración. Sin que esto implique una disminución en la importancia que debe prevalecer de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño.

“La Convención de la Haya de 1980 ha contribuido a resolver miles de casos de sustracción y ha servido como elemento sugerente para muchos otros a través de la claridad de su mensaje, *la sustracción es perjudicial para el niño, quien tiene el derecho de mantener contacto con ambos padres*, y la simplicidad de sus remedio fundamental, *la orden de restitución*.

Asimismo, este convenio ayuda a garantizar los derechos fundamentales del niño y ha sido declarado; por decisiones judiciales en diferentes partes del mundo, conforme tanto con las Constituciones Nacionales como con los instrumentos regionales e internacionales de protección de los derechos humanos del niño.

México, es Estado parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”⁷⁴, convención en la que se busca la regulación de los ordenes jurídicos.

⁷² TELLECHEA BERGIMAN, Eduardo. Derecho Internacional Privado de Familia y Minoridad. Uruguay, 1988. Fundación de cultura Universitaria. p. 179.

⁷³ Id.

⁷⁴ Diario Oficial de la Federación del 25 de enero de 1991.

“Esta Convención hace un reconocimiento general de los derechos humanos de los niños, en los que se proveen soluciones generales, patrocina la celebración de otros tratados o convenios internacionales que desarrollen la protección de los menores.

De esta manera, la hija de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño es la Convención de la Haya sobre la Protección de Menores. Acorde a ésta, cada Estado está obligado a establecer medidas conforme a las cuales un niño debe permanecer con su familia de origen”.⁷⁵

Acorde a este instrumento internacional se procura que al menor se le garantice el respeto a sus derechos.

“El Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución, la cooperación materia de responsabilidad Parental y de medidas de protección de los niños construye una estructura para la cooperación internacional efectiva en cuestiones relativas a la protección internacional de los niños y proporciona una oportunidad única para la construcción de puentes entres sistemas legales con diferencias culturales o religiosas.

El Convenio en cita trata una vasta gama de cuestiones relativas a la protección internacional de los niños; de las controversias entre los padres inherentes a la custodia y al derecho de visita, así como, a la protección de adolescentes fugitivos; de la competencia en relación con el niño refugiado o internacionalmente desplazado a la colocación del niño en el extranjero en una casa acogida o institución para su cuidado; la Ley aplicable a la determinación de la responsabilidad parental respecto al niño al reconocimiento de facultades específicas de representación”.⁷⁶

“Las disposiciones uniformes establecidas en el Convenio de la Haya de 1996 son las siguientes:

- Permiten que cualquier país donde se encuentre presente el niño tome las medidas de emergencia o provisionales que resulten necesarias;
- Determinan cuales son las leyes nacionales aplicables y cuales las autoridades competentes para tomar las medidas necesarias de protección;
- Otorgan la responsabilidad primaria a las autoridades del país donde el niño tiene su residencia habitual;
- Evitan la responsabilidad de decisiones contradictorias y establecen el reconocimiento y ejecución de las medidas tomadas en un Estado contratante en todos los demás Estados contratantes;

⁷⁵ SILVA, Jorge Alberto. Op. Cit. p.153 y 154.

⁷⁶ GARCIA MORENO, Victor Carlos. Derechos de Niñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 5ª edición, México 1990. p. 106.

- Refleja el principio del interés superior del niño;
- Ofrece a los Estados formas prácticas para cumplimentar, al menos en parte, las obligaciones de cooperación.
- Las cláusulas de cooperación proporcionan la estructura para una red global de protección de los niños a nivel de estados de la cual se benefician muchas categorías de niños en riesgo.
- Los Estados contratantes pueden adoptar ulteriores salvaguardas si fueren necesarios para proteger al niño.
- El Convenio de la Haya de 1993, ha sido respaldado por el Comité de Naciones Unidas sobre los derechos del niño;
- El Convenio de la Haya de 1993 ha sido aceptado igualmente por los Estados tanto de origen como de recepción”.⁷⁷

El Convenio de la Haya de 1993 insta un sistema de cooperación entre las autoridades de los países de origen y de recepción, creado para asegurar las garantías establecidas con el objetivo de prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños.

El Convenio garantiza el reconocimiento en todos los Estados contratantes de la aplicación y practica hechas en conformidad con el mismo.

El Art. 3 de la Convención de la Haya de 1996 y el art. 10.2 de Convención de Naciones Unidas sobre el derecho del niño de 1989, establece que “el niño cuyos padres residan en Países diferentes tienen derecho a mantener periódicamente, salvo circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres, en atención al interés superior del menor, para no mermar ni mutilar sus derechos”.

Es por lo anterior que, el derecho convencional dispone obligaciones a los Estados parte. Entre otras, México debe asegurar la aplicación de las Convenciones de las que es parte, garantizando a los niños todo tipo de protección contra la violación de sus derechos humanos.

Debe, igualmente, tomar en cuenta, en su legislación interna, los derechos y deberes del padre. Además de asegurarse que todas las instituciones en el país, ya sean públicas o privadas, así como los servicios que realicen, cumplan con las disposiciones correspondientes.

Cada Estado en su ley interna, debe considerar los máximos recursos económicos, sociales y culturales para cumplir con los fines que la Convención prevé.

México no ha podido cubrir este escenario por cuestiones de insuficiencia monetaria derivadas de la situación económica y prácticas de

⁷⁷ Ibidem p. 107.

corrupción que se viven día a día, provocada entre otras situaciones por la pésima administración gubernamental, provocando además, la falta de aplicación y capacitación en la materia, generando con ello graves consecuencias violatorias de derechos a los menores y a su integridad psico-emocional.

“Sin embargo y a pesar de los anterior, México al convertirse en Estado firmante de la referida convención, se obliga a respetar los derechos básicos o elementales del niño, siendo entre otros:

- El derecho intrínseco a la vida;
- El derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos;
- El derecho a preservar sus relaciones familiares sin la injerencia de terceras personas;
- El derecho a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que concurra el interés superior del menor;
- El derecho a mantener relaciones con sus padres, aun cuando estén separados, independientemente de las circunstancias que hayan dado lugar a esa separación”⁷⁸.

Por lo que, la obligación a cargo del Estado consiste en salvaguardar los derechos humanos del menor, sobre todo en lo referente a su protección y asistencia especial, debiendo garantizar en sus leyes todo tipo de cuidados para ellos.

A este efecto, “México debe de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier índole para que los derechos establecidos en las Convenciones de las que nuestro país es partícipe sean efectivos, para ello es necesaria la cooperación de las autoridades de las entidades federativas para facilitar la aplicación de los mismos.

El Estado Mexicano como suscriptor de muchos de los tratados internacionales sobre Derechos de la infancia, se obliga a ser un buen promotor y por lo tanto buen aplicador de los mismos.

El niño en todo momento es titular de derechos tales como protección especial, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable, así como en condiciones de libertad y dignidad; tiene derecho a un nombre y a una nacionalidad; derecho a gozar de los beneficios de la seguridad social y derecho a recibir educación, entre otros”⁷⁹.

Estos derechos deben ser reconocidos a todos los niños sin distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición.

⁷⁸ SILVA, Jorge Alberto. Op. Cit. p. 155.

⁷⁹ Ibidem. p. 156.

CAPITULO IV.

IV.- DE LA SUSTRACCIÓN ILÍCITA Y DE LA RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR.

4.1. Concepto de Sustracción Ilícita y Restitución Internacional de Menor.

Como breve introducción al marco que define la restitución de menores, delimitado por la Convención de la Haya, considero preciso dedicar un espacio para señalar algunas de las definiciones relativas al tema.

“Se considera ilícito el traslado o retención; cuando se haya producido con la infracción de un derecho de custodia otorgado, separada o conjuntamente, a una persona o a una institución, con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual hasta antes de su traslado o retención.

El traslado o retención se presenta con la infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente a una persona, institución u otro organismo con arreglo al derecho vigente en el país de residencia habitual del menor. Asimismo, cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento de traslado o retención”⁸⁰.

4.2.- Convención de la Haya de 1980.

“El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores trata de combatir la sustracción parental de los niños a través de un sistema de cooperación entre Autoridades Centrales y un procedimiento rápido para la restitución del menor al país de residencia habitual.

Las autoridades centrales en cada país proporcionan asistencia para la localización del niño y para alcanzar, donde sea posible, la restitución voluntaria del niño o una resolución amigable de las cuestiones.

Las mismas cooperan también para prevenir mayores daños al niño dando comienzo o ayudando a iniciar el procedimiento para la restitución de este, y haciendo todas gestiones administrativas necesarios para garantizar la restitución del niño sin peligro.

El desplazamiento o traslado de un menor se puede ubicar en dos ámbitos, uno de ellos es el que se da a nivel local o nacional, el cual se resuelve a través de procedimientos de guarda y custodia, utilizando los mecanismos propios de la legislación interna”⁸¹.

⁸⁰ ZANON Masdeu, Luis. “Guarda y Custodia de los hijos”, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona España, pag. 142.

⁸¹ Id.

Las mayores dificultades se plantean a nivel internacional, toda vez que estos casos involucran aspectos tales como las diferentes nacionalidades de las personas que integran las parejas, y cuyos países aplican sus propias legislaciones, asignando facultades y deberes a sus relaciones con los hijos menores. También sucede cuando los cónyuges tienen diversos domicilios o residencias.

Cuando uno de los progenitores se lleva a otro país a sus hijos, sustrayéndolos de la tenencia o el vínculo de visitas con el otro progenitor, éste puede lograr el reintegro de los niños o el restablecimiento del régimen de visitas, recurriendo a la aplicación de la Convención de La Haya.

Ante el fenómeno de la ruptura de parejas surge la preocupación derivada de las erróneas decisiones de sustracción ilícita por parte de los progenitores, debido a las consecuencias negativas que tienen para los hijos menores.

“El incremento de relaciones y matrimonios entre personas de distintas nacionalidades, los movimientos migratorios, los avances en las comunicaciones, el desarrollo económico y la liberalización de la institución familiar clásica, han ampliado el abanico de patrones familiares que favorecen la posibilidad de que se produzca la sustracción de menores por parte de uno de los progenitores. Así, nuestra sociedad venía contemplando la impunidad del progenitor que, por decisión unilateral, trasladaba a un hijo menor a un país extranjero, separándolo del otro progenitor.

Ante tal situación, la Comisión Parlamentaria del MERCOSUR adoptó un Programa Nacional sobre Prevención, Sustracción y Restitución de Menores, con los siguientes objetivos:

Crear una red para proteger a los menores y prevenir la sustracción de los mismos por parte de alguno de sus padres, tutores, guardadores y/o familiares directos.

Investigar el estado de la cuestión en cada país y realizar actividades de promoción de sus actividades y objetivos.

Denunciar toda sustracción de menores por alguno de sus progenitores.

Brindar asistencia jurídica con equipos legales expertos en la materia y apoyo psicológico y / o terapéutico a las personas afectadas.

Capacitar y asesorar a los jueces, asesores de menores, consejeros de familia, personal interdisciplinario interviniente en estos casos, entre otras asistencias para ayudar a la revinculación social y la reconstrucción de lazos familiares de los menores restituidos”⁸².

⁸² Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores.
www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b

Por otra parte “La Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, dada en Montevideo el 15 de julio de 1989, tiene por finalidad: ...asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente.

Al igual que la Convención de la Haya de 1980, la Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, tiene por objeto hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares, estableciendo como competentes, para conocer de la solicitud de restitución de menores las autoridades centrales, judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención”.⁸³

En la conducta descrita, sujeto activo puede ser cualquiera y el sujeto pasivo debe ser un menor de diez años, sin distinción de sexo. “Molinario piensa que la sustracción cometida por los padres constituye este delito”; en cambio “Soler cree que no podrá aplicarse la disposición del artículo 146 al padre que sustrae y retiene para sí a un menor, arrebatándoselo al cónyuge que legalmente lo tenía, siempre que no pueda afirmarse que se ha hecho desaparecer al menor.

La disposición de la ley argentina está inspirada en la figura del robo de niños tan severamente penada por las antiguas leyes españolas; consiste en el robo, en la sustracción del niño, para quedarse con él o para hacerle perder las acciones de su origen, la posesión de su real y efectiva existencia. En pocas palabras en hacer desaparecer al menor”⁸⁴.

4.3.- Estados Internacionales firmantes del convenio de la Haya de 1980.

Cabe hacer notar que la Convención aunque es un ordenamiento aceptado y firmado por más de 70 países, aún no tiene una reglamentación igual en todos los Estados Contratantes y en cada uno de ellos tiene diferente forma de aplicación en su legislación local.

La existencia de esta comisión, es de vital importancia, más en estos momentos donde se ha perdido la confianza en los organismos internacionales, debido a la falta de obligatoriedad, e incluso la existencia de penas o medidas que inciten a los estados al cumplimiento exacto de los acuerdos.

La principal obligación de la Comisión es la de recibir cada cuatro años las observaciones y recomendaciones de los expertos de los Estados partes para crear una guía para la buena práctica de los Convenios, tratando de considerar y hacer las anotaciones precisas para orientar a quien lo solicite.

⁸³ Id.

⁸⁴ Id.

Durante más de un siglo, la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado ha sido pionera en el desarrollo de sistemas de cooperación internacional, tanto a nivel administrativo como judicial, para proteger a los niños en situaciones de carácter transfronterizo.

La apertura de las fronteras nacionales, la facilidad para viajar, la movilidad laboral y la ruptura de las barreras culturales han traído consigo, junto con numerosos beneficios, nuevos riesgos para los niños.

El tráfico transfronterizo y la explotación de niños, así como sus desplazamientos internacionales provocados por conflictos familiares, guerras, conflictos civiles o desastres naturales, se han convertido en importantes problemas a nivel mundial.

Ante esta situación, los niños se encuentran atrapados en la confusión provocada por la ruptura de relaciones familiares transnacionales, que pueden conducir a disputas sobre su custodia y reubicación, riesgos de sustracción internacional parental, problemas de contacto entre niños y padres que viven en diferentes países, pugnas para asegurar los alimentos del niño más allá de las fronteras, y a las presiones y especulaciones comerciales que algunas veces acompañan a la colocación transfronteriza del niño a través de la adopción internacional a los acuerdos a corto plazo.

Tal como subraya la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, la protección eficaz de los derechos de los niños a través de las fronteras no puede ser alcanzada sin la cooperación interestatal.

Los Convenios celebrados en la Haya sobre los niños que han sido desarrollados durante los últimos veinticinco años, proporcionan la estructura práctica que permite a los Estados trabajar conjuntamente en aquellas situaciones donde comparten la responsabilidad de proteger a los niños.

Los Convenios de la Haya sobre los niños proporcionan sistemas factibles y procedimientos prácticos para la implementación de algunos de los principios enunciados en forma general en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989.

A continuación se mencionaran los Estados Contratantes que forman parte de la Convención de La Haya de 1980 sobre Restitución de Menores, registrados hasta Julio 2009.

- Albania
- Alemania
- Andorra
- Argentina
- Australia
- Austria
- Azerbaiján
- Bahamas
- Bielorrusia

- Bélgica
- Belice
- Bolivia
- Bosnia y Herzegovina
- Brasil
- Bulgaria
- Burkina Faso
- Burundi
- Canadá
- China
- Chile
- Colombia
- Costa Rica
- Croacia
- Chipre
- Dinamarca
- Ecuador
- El Salvador
- Eslovaquia
- Eslovenia
- España
- Estados Unidos de América
- Estonia
- ExRepública Yugoslava de Macedonia
- Federación Rusa
- Filipinas
- Fiji
- Finlandia
- Francia
- Georgia
- Grecia
- Guatemala
- Guinea
- Honduras
- Hungría
- Islandia
- India
- Irlanda
- Israel
- Italia
- Letonia
- Lituania
- Luxemburgo
- Madagascar
- Malta
- Mauricio
- México

- Mónaco
- Mongolia
- Marruecos
- Nueva Zelanda
- Nicaragua
- Noruega
- Países Bajos
- Panamá
- Paraguay
- Perú
- Polonia
- Portugal
- Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte
- República Checa
- República Dominicana
- República de Moldava
- Rumania
- San Kitts y Nevis
- San Marino
- Serbia y Montenegro
- Sri Lanka
- Sudáfrica
- Suecia
- Suiza
- Tailandia
- Trinidad y Tobago
- Turquía
- Turkmenistán
- Uruguay
- Uzbekistán
- Venezuela
- Zimbabwe

Durante más de 110 años la Convención de la Haya de derecho internacional privado, ha sido una organización internacional con aproximadamente 70 Estados miembros de todos los continentes, que ha proporcionado seguridad jurídica y protección de personas y negocios cuyos movimientos y actividades van más allá de las fronteras nacionales.

El mandato de la Conferencia de la Haya de derecho internacional privado, consiste en armonizar las normas de Derecho Internacional Privado a nivel global a través de la preparación, negociación y adopción de los Convenios de la Haya (acuerdos multilaterales de los cuales más de 120 Estados alrededor del mundo son actualmente parte).

Los convenios de La Haya (36 adoptados desde la Segunda guerra mundial y 1 en preparación) se ocupan de temas tan diversos como sustracción internacional de niños, medidas para la protección del niño, entre otros.

De acuerdo a los datos proporcionados por la base de datos sobre sustracción internacional de niños INCADAT (www.incadat.com) de la oficina permanente de Conferencia de la Haya de derecho Internacional Privado (HCCH), los países que presentan con mayor frecuencia el problema de sustracción ilícita de menores son: Estados Unidos de Norte América, Inglaterra, Canadá, Alemania, Francia y México.

Los Estados firmantes de dichos convenios se reúnen en principio cada cuatro años en sesión plenaria (sesión diplomática ordinaria) para negociar y adoptar los Convenios, así como para decidir sobre los trabajos que habrán de llevarse a cabo en el futuro.

Los convenios son preparados por las Comisiones Especiales o los grupos de trabajo que se reúnen varias veces a lo largo del año, normalmente en el palacio de la Paz de la Haya, y cada vez más en diferentes estados miembros.

También se Organizan Comisiones Especiales para examinar el funcionamiento de los Convenios y adoptar Recomendaciones, con el fin de mejorar su eficacia y promover una práctica y una interpretación uniformes.

La actividad de la Conferencia es coordinada por una Secretaría multinacional –la oficina permanente – que tiene su sede en la Haya.

La Secretaría prepara las Sesiones Plenarias y las Comisiones Especiales y lleva a cabo las investigaciones fundamentales exigidas por cualquier materia que sea objeto de la atención de la Conferencia. Además, contribuye a favorecer la entrada en vigor y funcionamiento efectivo de los convenios.

Además de con las representaciones diplomáticas en los países bajos, la Secretaria mantiene contactos directos con los Estados miembros, cada uno de los cuales ha designado al efecto una Autoridad Nacional.

La Secretaria está también en contacto permanente con los expertos y delegados de los Estados miembros, las Autoridades Centrales designadas para determinadas convenciones. La Secretaría también responde a las peticiones de información procedentes de quienes acuden a los convenios.

4.4.- Cooperación Procesal Internacional.

Con los Estados miembros de todos los continentes, la conferencia de la haya de derecho internacional privado es una organización intergubernamental de carácter mundial.

La Conferencia, crisol de diversas tradiciones jurídicas, produce instrumentos jurídicos multilaterales que responden a necesidades mundiales, al tiempo que garantiza su seguimiento.

El mandato estatutario de la Conferencia consiste en trabajar en pos de la unificación progresiva de estas reglas.

Ello implica encontrar enfoques internacionalmente reconocidos para cuestiones como la competencia de los tribunales, el derecho aplicable, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en numerosas materias, desde el derecho bancario o mercantil hasta el procedimiento civil internacional, hasta la protección de la infancia a las cuestiones de derecho matrimonial y estatus personal.

Es por ello que para armonizar la aplicación de los convenios, la Secretaría de la organización de la Haya organiza y participa en conferencias y seminarios a nivel nacional e internacional orientados a la formación de las distintas personas implicadas en la aplicación de los Convenios, particularmente jueces, funcionarios de las autoridades Centrales y juristas.

La Oficina permanente de la citada organización, publica y actualiza regularmente una recopilación de convenios, así como manuales sobre el funcionamiento de algunos de ellos. También edita las actas de cada una de las sesiones.

Asimismo, se publica un boletín de información judicial sobre la protección internacional del menor. Los miembros de la oficina permanente publican regularmente artículos en revistas científicas y realizan aportaciones en libros y otras publicaciones.

La Oficina permanente publica y actualiza regularmente una recopilación de convenios, así como manuales sobre el funcionamiento de algunos de ellos. También edita las actas de cada una de las sesiones.

Con el paso de los años, la Conferencia se ha ido transformando poco a poco en un centro de cooperación internacional a nivel judicial y administrativo en materia de derecho internacional privado, en particular en los ámbitos de la protección del menor y de la familia, del procedimiento civil y del derecho mercantil.

La finalidad de esta Convención consiste en trabajar por un mundo en el que, a pesar de las diferencias entre sistemas jurídicos, las personas puedan beneficiarse de una gran seguridad jurídica.

En la búsqueda del funcionamiento efectivo del Convenio de Haya de 1980, poniendo énfasis en el interés del menor, han entendido que ello depende de la cooperación e información cercana de los resultados que ha habido en estos países parte, proponiendo que existan reuniones internacionales de jueces y Autoridades centrales de los Estados contratantes, con el propósito de intercambiar información, ideas y buenas prácticas, tomando iniciativas para fomentar contactos con exposición de problemas y soluciones, incluyendo el establecimiento de un sitio web con este fin. Por ello es de vital importancia intercambiar información de la situación del menor,

sobre la legislación de su país relativa a la aplicación de la convención, facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el fin de conseguir la restitución, así como mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación de la convención.

La Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, suscrita en la Haya, el 25 de octubre de 1980, exige velocidad de los procedimientos de restitución del menor. En este punto impera la obligación de los Estados contratantes de tramitar las solicitudes de restitución con rapidez, en atención a los artículos establecido por la propia convención, los cuales a la letra señalan:

Artículo 2°.- "Los estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos de la Convención. Para ello deberá recurrir a los procedimientos de URGENCIA de que dispongan.

Artículo 11.- "Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes actuarán con URGENCIA con los procedimientos para restitución de los menores" proponiendo un plazo de 6 semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos.

Esta obligación se debe extender a los procedimientos de recurso, pidiendo a los tribunales de primera y segunda instancia que establezcan y cumplan plazos para asegurar la rápida resolución de estas solicitudes de restitución.

Para evitar con ello que el sustractor y/o retenedor consolide una posición ventajosa y favorable a sus pretensiones por el transcurso del tiempo en la decisión final.

Las Excepciones a la solicitud de restitución de acuerdo a la Convención de la Haya se aplica en los siguientes casos.-

- Cuando no se ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento de ser trasladado o había consentimiento expreso para hacerlo.
- Cuando exista "grave riesgo" por poner al niño en una situación intolerable.
- Cuando el propio menor se opone a su restitución, siempre y cuando se evalúe su grado de madurez y edad.
- Cuando quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su medio.
- cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y sus garantías individuales.

Hay que destacar que la intención no es darle una interpretación amplia a estas excepciones, para evitar socavar el objeto de la Convención. En la práctica de estas excepciones, es importante no olvidar el objetivo primordial que es el lograr la pronta restitución y protección del menor.

La Convención de la Haya de 1980, propone que los jueces entiendan que la decisión de la solicitud sea específicamente en cuanto a conceder o negar la restitución al menor al entorno familiar en el cual desarrollaba su vida.

Sin importar la naturaleza del título jurídico sobre el que se descansa el ejercicio del derecho de custodia, restableciendo su status quo, porque desde este punto de vista, la existencia o ausencia de una resolución relativa a la custodia no cambia en absoluto los aspectos sociológicos y los daños producidos al menor trasladado.

En caso contrario se estaría convalidando la confianza de la persona que traslada al menor para obtener una resolución judicial que legalice una situación que de hecho, originalmente es ilícita.

Los Estados contratantes deben mantener estadísticas actualizadas y transmitir las a nivel local y a las autoridades centrales para que a su vez se transmitan a la oficina permanente de la Haya, referente a los resultados de las solicitudes de restitución internacional.

Que exista o se cree, de material de referencia jurídica con una amplia gama de ejemplos de prácticas y procedimientos que han sido productivos en Estados contratantes.

Con el fin de asegurar la restitución segura del menor, los Estados contratantes deberán plantearse el procedimiento que permita obtener, en la jurisdicción a la que el menor es retornado, cualquier medida provisional de protección necesaria antes de la restitución del menor exhortando a intensificar los esfuerzos para desarrollar y aplicar medidas judiciales, administrativas y otras para facilitar el pronto retorno de los niños irregularmente sustraídos o retenidos fuera del país de su residencia habitual, incluyendo el auxilio de INTERPOL (policía internacional), dando efectividad a los derechos de visitas, incluso durante el procedimiento, con el padre solicitante, como un apoyo fundamental de los distintos instrumentos de derechos humanos.

La creación de una base de datos sobre la sustracción internacional de menores, sirve entre los países firmantes de la Convención de Haya de 1980, para colaborar con la Oficina Permanente para propagar la libre disponibilidad en internet de esta base de datos y colaborar para incluir en su totalidad la jurisprudencia de sus países, respecto a casos relacionados en el cumplimiento de esta Convención.

Los Estados contratantes deben promover y facilitar el establecimiento de redes de jueces de enlace, como una ayuda significativa de colaboración y

comprensión judicial internacional en caso de que sean concedores de situaciones de tránsito entre un país y otro.

Como instrumento jurídico, todos los Estados partes de la Convención de la Haya de 1980, desde el momento en que suscriben, adhieren o ratifican a dicha Convención, están obligados a:

- Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante;
- Velar por los derechos de custodia y de visita;
- Alcanzar los objetivos de la Convención adoptando las medidas necesarias para garantizar que se cumplan en sus territorios los objetivos de la Convención;
- Recurrir a los procedimientos de urgencias de que dispongan.

Para agilizar los trámites relativos a la restitución se han llevado a cabo importantes encuentros y foros de discusión fomentándose así la cooperación entre los Estados contratantes.

Por lo que México debe mantenerse actualizado en el procedimiento de la aplicación de sus leyes y capacite a sus órganos impartidores de justicia en este tema, para seguir colaborando como autoridad y con la de otros Estados contratantes para resolver estos casos en un marco de amistad, cooperación y respeto.

Una de las características que distinguen a los Convenios de la Haya sobre los niños (alimentos, adopción y restitución), es la función que atribuyen a las autoridades Centrales en cada Estado contratante; estas trabajan para mejorar la protección de los niños con el objetivo de alcanzar la cooperación administrativa en materia de protección de los niños.

Las siguientes son algunas de las funciones otorgadas a las autoridades Centrales dentro de los convenios específicos:

- Participar en la localización de niños extraviados;
- Intercambiar información acerca de los niños en riesgo;
- Promover soluciones de consenso cuando ellas sean apropiadas;
- Intercambiar información entre las demás autoridades centrales sobre las leyes de protección del niño y servicios relativos a éste en funcionamiento en sus países;
- Proveer asistencia o asesoramiento a los extranjeros que traten de obtener o ejecutar órdenes para la protección del niño; y

- Eliminar los obstáculos al adecuado funcionamiento de los diferentes Convenios.

Las autoridades centrales establecidas en aplicación de los Convenios de la Haya constituyen el núcleo central de la red global de cooperación interestatal creada para la protección de los niños.

Entre las ventajas que comportan para los estados formar parte de esta red internacional, se encuentra la oportunidad de compartir conocimientos, experiencias y técnicas sobre la protección de los niños.

Esto con el único fin de ayudar a los Estados contratantes a alcanzar su implementación eficaz y promover la uniformidad y la adopción de buenas prácticas en el funcionamiento diario de los convenios.

Los métodos y técnicas desarrollados por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado incluyen:

Mantenimiento de una red internacional de Autoridades centrales y otros organismos encargados de la implementación de los convenios;

Apoyo a una red internacional de jueces encargados de casos de protección transfronteriza de niños;

La red conformada por las Autoridades Centrales de los Estados parte de esta Convención, convoca a reuniones periódicas de las Comisiones especiales en las cuales los Estados parte y otros participantes examinan el funcionamiento práctico de los convenios;

- Asistencia técnica a los Estados en cuestiones implementación;
- Apoyo en la redacción de normas y reformas de políticas;
- Desarrollo de guías de buenas prácticas;
- Creación de una base de datos internacional relativa a las decisiones judiciales (INCADAT- base de datos sobre la sustracción internacional de niños);
- Publicación bianual del boletín de los jueces sobre protección internacional de niños;
- Organización y apoyo de seminarios de capacitación/familiarización, conferencias para aquellos jueces, personal de las autoridades centrales y demás profesionales involucrados en el funcionamiento de los Convenios de los niños;
- Mantenimiento de estadísticas relativas al funcionamiento de los convenios (INCADAT- base de datos sobre la sustracción internacional de niños; ICASTAT- base de datos estadísticos sobre adopción

internacional), incluyendo el desarrollo de un sistema electrónico de administración de casos.

Es de mencionarse que las autoridades responsables del caso, deberán considerar diversos puntos, sin los cuales, la finalidad del Convenio se vería mermada y los objetivos no se podrían alcanzar con la exactitud y precisión que amerita.

Es por ello que a continuación haré mención sobre cada uno de estos elementos a analizar durante la resolución del conflicto:

El informe psicológico: Un aspecto de gran relevancia en estos casos es el peligro psíquico que puede representar para el niño la medida de regresarlo a la custodia del guardador o institución en su residencia habitual.

Tomando en cuenta:

Alteración emocional del menor antes de su sustracción ilegal: El efecto común en los casos de sustracción ilícita de menores, es una notable alteración emocional existente antes de la sustracción ilegal, por la relación que había entre sus padres. Si uno de ellos fue capaz de sustraer a su hijo de la custodia o el régimen de visitas que tenía el otro, sin su consentimiento y sacarlo del país, debe suponerse un enorme estado de tensión entre los mismos que necesariamente incide en el menor, ya que ambos progenitores son su sostén no sólo físico sino también emocional.

Alteración emocional que se le añade por la sustracción: A esta situación debemos agregar el hecho mismo de la sustracción, obviamente, sin el consentimiento del progenitor que tenía la guarda o las visitas. No podemos pensar que al niño no le afecta la acción del progenitor que se lo lleva sin que el otro progenitor lo sepa, es decir no sólo sin el consentimiento sino mediante un ocultamiento. El niño razonablemente se sentirá cómplice de esta situación, sea que la supiera desde antes y fuera cómplice activo, sea que se entere después, cuando ya fue sustraído, y el progenitor que lo sustrajo le comunique o el mismo niño se vaya enterando que ya no verá al otro progenitor. Aquí, aunque no lo quiera deberá hacerse cómplice, ya que a la fragilidad emocional de la que proviene se agrega la carencia del progenitor al que deja de ver y su necesaria dependencia del actual que se transforma en su único sostén emocional y físico. Si bien no puede descartarse que el menor se rebele ante esta situación, lo razonable es que se pliegue totalmente a la exigencia emocional de su actual custodio de serle fiel, ya que la alternativa de no serlo haría que su fragilidad llegara a límites insoportables.

El informe psicológico del niño en el momento del reclamo del reintegro: Por ello, cuando se hace un estudio psicológico de estos niños durante el proceso del reclamo de reintegro, los resultados comúnmente, es que su estado emocional tenga una notable alteración y manifiesten una total necesidad de amparo como también un fuerte lazo de dependencia y temor de abandono por parte del progenitor con quien actualmente vive. Así, si es por el estado actual del niño ningún psicólogo aprobaría que sea sometido a un

reintegro con la perturbación emocional que ello agregaría a su debilidad afectiva actual.

El interés superior del niño: Mantener al niño en su situación actual para preservarlo de un nuevo trauma al restituirlo al lugar del que fue sustraído, le ahorra una alteración, un dolor importante, un sentimiento de desarraigo y aun una reacción depresiva. Pero este ahorro tiene el costo de consolidar que se verá privado de uno de los progenitores, el que quedó en el país del que fue arrebatado. Para ello debemos considerar someramente la realidad que acontece en estas familias.

El progenitor al que le fuera arrebatada la tenencia o el régimen de visitas, reclama la restitución porque no está dispuesto a trasladarse adonde llevaron a su hijo. Aquellos que están dispuestos a volver no formulan el reclamo, simplemente regresan y no nos enteramos del incidente.

El Convenio de los Derechos del Niño considera que hace al interés superior del niño mantener el vínculo con ambos progenitores.

En cuanto al progenitor que efectuó la sustracción ilegal, debemos suponer que no deseaba permanecer en el país en que estaba su hijo. De otro modo no se hubiera ido sustrayendo a su hijo. Podemos pensar que si este progenitor no quiere estar en el país de la residencia habitual del niño, no regresaría al mismo aunque devolviera al menor. Con ello el niño perdería el contacto con éste progenitor. Y ello puede ocurrir y, tal vez, llegue a ocurrir en muchos casos.

Con lo anterior no descartamos que lo razonable fuera que si ambos progenitores viven en países diferentes, se establezca un régimen de tenencia y visitas que contemple esta realidad. Pero la sustracción ilegal genera una alteración anímica en todos los involucrados, que dificulta que puedan adoptar por sí mismos medidas razonables para reparar el conflicto.

Pensándolo desde el interés superior del niño, es indudable que si para mantener el vínculo del niño con ambos progenitores se hace necesario que uno de ellos se traslade al país al que no quiere ir, el que debe hacer ese sacrificio es el progenitor que cometió la sustracción ilegal, ya que en lugar de concertarlo con el otro o recurrir a la justicia del lugar para lograrlo, recurrió a la justicia por mano propia.

En los conflictos familiares donde hay menores, la justicia por mano propia que realiza uno de los progenitores a expensas del otro, es un ataque al niño que sufre pasivamente una privación del vínculo emocional con su otro progenitor".⁸⁵

⁸⁵ Caballero, Humberto. www.abogadodefamilia.com.

CAPITULO V

V.- ALCANCES Y CONSECUENCIAS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN EN MEXICO DE LA CONVENCION DE LA HAYA DE 1980, EN MATERIA DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES.

“Que todo el que se queje con justicia tenga un tribunal que lo escuche, lo ampare y lo defienda contra el arbitrario” JOSE MARIA MORELOS Y PAVÓN.

¿Qué pasa cuando el que queda desamparado es un menor que fue desplazado de un país que era su residencia habitual a otro?, ¿Y cuando el arbitrario que le afecto sus derechos de convivencia familiar, es uno de sus padres?, ¿Y para que proceda el amparo de sus derechos tiene que mediar la petición de un tercero para que un Tribunal por vía indirecta, accione una herramienta que no sabe usar o que teme usarla por desconocer la forma y los efectos que tendrá su decisión?

A esta situación se le llama sustracción o retención ilícita internacional de menor, que se convalida cuando los padres que se han separados de jure o de facto, deseosos de proteger a sus hijos toman unilateralmente la decisión de sacarlos de su entorno habitual trasladándolos a otro país, que es el lugar que por lo regular le pertenece al padre sustractor, produciendo con ello situaciones dolorosas para un menor que suelen convertirse en confusiones de difícil solución, sobretodo cuando no se tiene un manual de procedimientos o una sustanciación para lograr el objetivo final, que es la restitución del menor al domicilio que habitualmente tenía antes de la infracción, todo ello en cumplimiento a un ordenamiento de cooperación internacional.

En el mundo moderno, las situaciones personales, familiares o comerciales que afectan a más de un país son muy habituales. Tales situaciones pueden verse afectadas por las diferencias que existen entres los sistemas jurídicos vigentes en estos países.

Con el fin de resolver estas cuestiones, los estados han adoptado reglas especiales conocidas en su conjunto como derecho internacional privado.

Para el cumplimiento de la restitución internacional de menores, México se suscribió el 25 de octubre de 1980 a la Convención de la Haya de los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores, misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1991.

Asimismo ha signado otros instrumentos internacionales relacionados con menores para buscar su mejor beneficio, en el entendido de que son instrumentos de reciprocidad internacional con la obligación de dar cumplimiento a lo que en estos se contiene, aún por encima de sus leyes y reglamentos internos.

Entre estas convenciones a las que México ha contratado tenemos las siguientes:

- La Convención sobre los Derechos del Niño, signada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.
- La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 15 de julio 1989.
- El Convenio de la Haya de 19 de Octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

Desafortunadamente, los mecanismos de cooperación internacional para hacer efectivos los ordenamientos convencionales, se desarrollan con gran dificultad en el derecho interno. Principalmente por una ausencia de normatividad que permita el buen cumplimiento de los objetivos de las convenciones sobre menores, basadas principalmente en Favor Filli.

Lo anterior hermanado a la gran demanda de solicitudes de restitución de menores que recibe la Secretaria de Relaciones Exteriores y el impedimento de la intervención de abogados litigantes particulares, dando como resultado una tácita falta de cumplimiento a obligaciones de reciprocidad internacional.

En efecto, las leyes internas mexicanas prácticamente son omisas respecto de la restitución por sustracción y/o retención de menores.

Por lo que respecta a las leyes sustantivas en la materia, sólo algunos códigos se conforman con enunciar esos actos como supuestos de la restitución, como es el caso de Chihuahua en su Art. 350 del Código Civil y el de Durango en su artículo 974 del Código de Procedimientos Civiles.

La gran mayoría de los códigos civiles y de procedimientos civiles de los diferentes Estados de la República Mexicana ni siquiera observan la figura y menos aún la solución de la controversia, suponiendo con ello, a ojos de la comunidad internacional, un desprecio o un rechazo a las obligaciones contenidas de acuerdo al derecho convencional internacional.

Es así que, el objeto de este trabajo es revisar con dinamismo la necesidad de implantar en México el procedimiento a nivel Federal de Restitución de Menores del Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Así como también su funcionamiento actual con sus aciertos y deficiencias en casos prácticos en México y proponer una normatividad aplicable para asegurar el buen funcionamiento y el cumplimiento efectivo de la obligación adquirida internacionalmente.

En este orden de ideas, el motivo por el cual se entra a este estudio, nace de la dificultad y diferencia de actitudes asumidas por las autoridades

inmersas en la solución del problema de la aplicación de los tratados celebrados por México.

Principalmente en materia de desplazamiento ilícito o retención de menores, así como en la aplicación de estos ordenamientos internacionales en sus diferentes ámbitos de aplicación, pero, especialmente en cuanto a las absurdas decisiones que hemos venido observando al tratar de restituir a un menor que se encuentra en los supuestos de sustracción o retención ilegal.

Practica y teóricamente el procedimiento de restitución en territorio mexicano se realiza de manera precaria, la búsqueda de los menores desaparecidos se lleva a cabo por medio y con auxilio de las Autoridades migratorias, Policía local y Autoridad central.

Para lo cual primero se tiene que obtener un oficio de la autoridad judicial que este conociendo la controversia, dirigido a las autoridades citadas con antelación, y si esto lo unimos a la gran carga de trabajo de las mismas, resulta en tiempo muy demorado.

En la razón, para evitar que una persona se traslade dentro del territorio mexicano, lo más valioso es el tiempo y la rapidez con que se evite tal desplazamiento.

Por otro lado, acertadamente pero no suficiente, las autoridades centrales y judiciales dan seguimiento acerca del bienestar de los menores en cuestión, haciendo visitas para verificar el domicilio y el bienestar de los menores, informando sobre sospechas de abuso o maltrato físico o psicológico.

La Dirección General de Protección de Asuntos Consulares de la Secretaría de Relaciones Exteriores recibe las peticiones al amparo de lo establecido en la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y se turnan a los Tribunales Superiores de Justicia para su trámite.

Posteriormente se envía al Juez, la petición del caso sintetizado, abocándose únicamente a la restitución del menor sin estudiar la cuestión de fondo.

Es obligación del Juez cuidar y respetar en todo momento el derecho de audiencia de la contraparte. Dándose vista al Ministerio Público en la materia a efecto de salvaguardar las garantías procesales.

Las partes y los que coadyuvan en la restitución de menor, allegarán todos los elementos probatorios al Juez, para crearle convicción y pueda así dar su decisión.

En lo relativo al resguardo del menor, en tanto se resuelva la restitución, compete al DIF, INTERPOL o Autoridades de procuración de justicia (AFI).

Nuestro país no debe olvidar que, la finalidad de la Convención es garantizar la restitución inmediata de los menores cuando han sido sustraídos o retenidos ilícitamente de su país de residencia habitual y velar por que los derechos de custodia y de vista de los padres que se encuentren en uno de los Estados Contratantes.

La Convención de La Haya sobre la Restitución Internacional de Menores, será aplicable cuando se sustraiga o retenga ilícitamente a un menor de 16 años de su domicilio habitual, en un Estado contratante.

El objeto primordial de la Convención de La Haya es el de restituir al menor que fue sustraído o retenido ilícitamente a su residencia habitual. Dicha Convención *no resuelve asuntos de guarda y custodia*.

En Estados Unidos de Norte América, en especial en California existe una preocupación relativa al problema de los menores que han sido sustraídos ilícitamente y separados de uno de sus padres, ya que consideran, se constituye una forma de abuso de menores.

Así como también el respeto por los derechos de guarda, custodia y de visitas vigentes en uno de los Estados parte, como consecuencia, la restitución del menor sustraído ilícitamente y con ello evitar posibles daños en el mismo.

Para que se aplique la Convención en cuestión se requieren cuatro factores:

1. La sustracción de manera ilícita;
2. Residencia habitual del menor en un Estado contratante;
3. La solicitud de restitución por el padre que tenga el derecho de custodia o visita;
4. Que el menor no alcance la edad de 16 años.

El derecho para solicitar la restitución deberá ejercitarse en un periodo inferior a un año, desde el momento en que se produjo el hecho. Sin embargo, aún cuando haya transcurrido más de un año de la sustracción, existe la obligación por parte del Estado contratante de restituir al menor.

5.1.- Regulación al Amparo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“Históricamente el texto de artículo 133 Constitucional tiene su origen en el artículo III, Sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América, texto que fue recogido en uno de nuestros primeros documentos libertarios y más tarde incluido en la Constitución de 1824 (artículo 161, fracción III).

Este texto fue aprobado en los términos propuestos y pasó a formar parte del artículo 126 de la Constitución Política de la República Mexicana y del 5 de febrero de 1857.

Es importante señalar que existen tres diferencias en la disposición Constitucional de 1857 con respecto de la de 1824:

La primera.- Tiene que ver con la Constitución Mexicana no hay supremacía del orden federal sobre el orden local, las competencias están distribuidas en el artículo 124 y estas competencias, según el artículo 103 no pueden ser recíprocamente invadidas.

La segunda.- En esta se hace notar la distinción entre el poder ejecutivo que celebra los tratados o convenciones internacionales y el congreso que los aprueba; en nuestro constitucionalismo se aceptó la posibilidad de que el legislativo cediera facultades legislativas al poder Ejecutivo, siendo este en materia de tratados internacionales, el que lleva a cabo la negociación de los términos del tratado y la aprobación a que lo somete el Legislativo. El legislativo, simplemente se limita a aprobar o no.

En México se buscaba un Ejecutivo fuerte y no sólo un coordinador de las necesidades de los miembros de la Unión.

La tercera.- Consiste en que el dispositivo está dirigido a los jueces estatales por ser autoridades que aplican la Ley. No que dichos jueces lleven a cabo una labor de control constitucional sino que la Constitución y las demás leyes derivadas de ésta sean un referente que siempre sea tomado en cuenta en sus decisiones.

El artículo 133 Constitucional fue propuesto en el dictamen del 20 de enero de 1917, el 25 de enero de 1917 fue aprobado por una mayoría de 154 votos, asimismo, fue reformado en 1934, en esta modificación se incluyeron dos elementos:

Primero, que los tratados estén de acuerdo con la Constitución; Respecto a este elemento, se deja ver la extrema necesidad de que existiera en forma expresa la conformidad de los tratados con la Constitución para evitar controversias entre la propia Constitución y los Tratados Internacionales, ya que después de ser aprobados dichos tratados alcanzarían el mismo rango de la Constitución.

Segundo, confirmar que la aprobación fuese solo por la Cámara de Senadores. Situación que dio origen a una nueva discusión con motivo de una nueva propuesta de reforma del artículo 133 en 1979.

El 11 de diciembre de 1979 se presentó un proyecto en el cual se pedía una reforma a la Constitución en su artículo 133 para darle cabida también a la Cámara de Diputados en la aprobación de los tratados Internacionales.

Lo anterior en base a que, si bien es cierto que la naturaleza de la Cámara de Senadores se relaciona directamente con el pacto federal y que los Estados Libres y Soberanos representados en dicha Cámara deben aprobar o desaprobar los tratados celebrados por la Federación, pero también, por la amplitud de las obligaciones que se adquieren con ellos, ya que afectan a la

sociedad mexicana en su conjunto, de ahí la propuesta de que por la aplicación en materia local, la Cámara de Diputados también participase”.⁸⁶

Es así que, a partir de los años setenta el gobierno mexicano inició una apertura lenta pero constante del sistema jurídico al negociar, firmar y someter a ratificación del Senado, varias convenciones internacionales en los campos del derecho internacional privado, situación que emana modificaciones a los principios tradicionales.

Estas trajeron como consecuencia controversias sobre lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tal es caso del artículo 133 Constitucional, el cual versa como a continuación se anuncia:

“Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Doctrina, nos muestran una panorámica actual del estado que guarda la citada disposición constitucional; las tesis y jurisprudencias en relación con el artículo 133, son escasas. “Estas pueden resumirse en tres direcciones:

1. Se reafirma el concepto de dualismo jurídico;
2. Se ubica a los tratados en el mismo nivel jerárquico de las leyes de Congreso.
3. Se confirma la procedencia del juicio de amparo, en contra de los tratados internacionales.

Según el concepto de dualismo jurídico, el derecho internacional y el derecho interno son dos ordenamientos jurídicos absolutamente separados, por tener fundamentos de validez y destinatarios distintos”.⁸⁷

Por lo que respecta a la ubicación de los tratados en el mismo nivel jerárquico de la “Leyes del Congreso”, lo que se pretende es que los tratados no tengan igual jerarquía que la Constitución sino que se encuentren en el mismo nivel que las Leyes derivadas de esta, ya que si los tratados tiene la jerarquía de la Leyes derivadas de la Constitución y en algún punto la contrarían, puede ser susceptible de impugnación mediante juicio de constitucionalidad.

“En relación con el tema de la supremacía de las Leyes, que el texto de la primera parte del artículo 133 es impreciso en sus términos ya que el dispositivo está referido a las *leyes y tratados constitucionales* por ello las

⁸⁶ Diario Oficial de la Federación del 18 de enero de 1934.

⁸⁷ VERDROSS, Alfredo. “Derecho Internacional Público”. Editorial Aguilar. Madrid 1967. p. 63.

leyes y tratados federales son constitucionales y prevalecen sobre las leyes de los Estados.

Sólo en este sentido las leyes federales tienen supremacía sobre las locales, pero esta primacía no proviene de desigualdad de las jurisdicciones, por lo que en caso de conflicto entre estas, goza de supremacía la que esta de acuerdo con la Constitución, consagrándose así una defensa subsidiaria de esta, al imponer los jueces locales la obligación de no aplicar las leyes locales que están en pugna con la Constitución Federal.

Cabe mencionar que, las leyes federales sólo pueden privar sobre las locales cuando éstas sean inconstitucionales.

La reforma de 1934 fue para precisar dos momentos diferentes: la existencia del derecho internacional y la del derecho nacional, sin que aquél pudiese afectar a éste, y segundo, cuando los tratados estén acordes con la Constitución y sean ratificados por el Senado, serán ley suprema al igual que ésta”.⁸⁸

Pero en un ámbito de aplicación diverso y separado: el internacional por el contrario, en el derecho interno, la primacía es del derecho nacional sobre el internacional.

Lo anterior, en el sentido de que se acepta que si el tratado se ajusta a los preceptos establecidos en la Ley Fundamental; o sea, si está acorde con ella, y si el tratado es celebrado por el Presidente de la República y aprobado por el Senado, el tratado adquirirá rango jerárquico de ley suprema igual que la Constitución.

Es importante preguntarnos que “en caso de conflicto entre las estipulaciones de un tratado internacional del que México sea parte y las de derecho mexicano ¿Qué norma prevalece? Por lo que encontraríamos que el problema tiene tres niveles:

1. Conflicto con la Constitución.
2. Conflicto con las leyes Federales.
3. Conflicto con las leyes locales”.⁸⁹

De acuerdo al propio artículo 133 Constitucional, el tratado prevalece con respecto de los dos últimos tipos de leyes, siempre y cuando no sea contraía a la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni tampoco viole garantías individuales, los tratados hoy en día ya no son exclusivamente fuentes de obligaciones en el ámbito internacional, sino que son, fuentes de normas generales de derecho aplicables internacionalmente; generadoras tanto de normas generales como de obligaciones individualizadas.

⁸⁸ TENA, Ramírez Felipe. “Derecho Constitucional Mexicano”. Editorial Porrúa. México 1992. p. 545 y siguientes.

⁸⁹ PEREZNIETO, Castro Leonel. Op. Cit. p. 273.

“Hay propuestas en el sentido de que la intersección de los tratados internacionales en el sistema jurídico mexicano se dé a través de la aprobación de los tratados por el Congreso, y no solo por el Senado.

Por lo que es de opinión generalizada entre los juristas, considerar a los tratados dentro del orden jurídico mexicano por encima de las leyes secundarias y con un ámbito de aplicación mayor del que tienen las leyes federales”.⁹⁰

“Las características de admisión del sistema jurídico mexicano para los tratados internacionales, el nivel jerárquico que los tratados alcanzan en el sistema jurídico una vez que son admitidos aportan algunos cambios que pueden dar mayor certeza y seguridad jurídicas.

“Es precisamente el artículo 133 Constitucional quien establece el nivel jerárquico en el que el tratado se incorpora al sistema jurídico; en el caso de los tratados debe concurrir un supuesto fundamental que consiste en que estos sean conformes a la Constitución, si este requisito es salvado, entonces procede una jerarquización normativa.

La disposición establecida es en sentido de que se considera Ley Suprema en toda la Unión La Constitución, Las Leyes del Congreso que emanen de ella y los tratados, esto con la condicionante a que sólo deben de cumplir con los criterios de identidad para ser admitidos en el sistema jurídico mexicano, tal y como lo establece el dispositivo del artículo 133 que los ubica en el mismo nivel jerárquico de ésta.

El Doctor en derecho Leonel Pereznieto Castro, propone situar a los dos sistemas jurídicos internacional y nacional en un mismo rango, previo el reconocimiento de que el primero no sea contrario al segundo. Esta fórmula permite en lazar a ambos órdenes jurídicos en uno sólo sin sumisión el uno de otro”.⁹¹

Al establecer un dispositivo como el artículo 133 Constitucional, en el cual se aceptó la posibilidad de que el sistema interno que estaba creando no debía ser hermético y para lo cual abría la posibilidad de que se enriqueciera con esa normatividad internacional y para que ella no perneará a todo sistema jurídico mexicano había que darla naturaleza de *Ley Suprema de la Unión* ubicándola a un nivel jerárquico igual a la Constitución.

En este sentido, los Estados al constituirse en unión, cedieron una parte de su soberanía al conceder el Poder Ejecutivo, con autorización del Senado, el manejo de las relaciones internacionales de México.

“En materia de tratados, mientras que estos no violen alguna prohibición constitucional o vaya en contra de la Constitución, su aceptación significa que se constituirán en ley suprema de toda la unión, más allá de las leyes federales que tienen ámbitos delimitados por los propios estados constituyentes de la

⁹⁰ BECERRA, Manuel. “México Internacional”. Octubre de 1992. p. 7.

⁹¹ PEREZNIETO, Castro Leonel, Op. Cit. p. 280.

unión, por lo que los tratados son normas internas de aplicación nacional, igual que la Constitución y no siendo contrarias a esta son normas que tienden a desarrollar varios temas y conceptos incluyendo algunos no previstos originalmente.

Si el tratado no es contrario a la Constitución, al ser admitido a nivel Constitucional en el sistema jurídico mexicano provoca dos tipos de efectos: Complementa conceptos o materias previstas en la Constitución o provoca ampliación de la experiencia normativa de la propia Constitución, en una serie de materias y conceptos de origen internacional, no previstas en ese máximo ordenamiento.

Con ello, se cumpliría el deseo del Constituyente que, al saber que no podría preverlo todo, dejó abierta esta vía de “adición” en nuestra carta fundamental”.⁹²

Cabría entonces hacerse eco de acuerdo a los cuales, la figura del Presidente en funciones legislativas debe ser complementada con la participación ya no sólo del Senado que, en la práctica sólo desempeña una función de veto, sino también de la Cámara de Diputados, es decir del congreso de la Unión, y dotarlo de una mayor participación en la aprobación de Tratados ya que se estaría modificando, por vía de adición, de tal manera que diera lugar a una alternativa diversa del Constituyente Permanente tradicional.

La última conclusión, en los tiempos actuales, resulta necesario reformar la Constitución, al artículo 133 específicamente, para establecer un nuevo sistema de la incorporación de la normatividad internacional a la nacional.

Un sistema que complete la realidad actual, la diversidad de niveles y la gradualidad de compromisos que la dinámica de las relaciones internacionales impone a México como nuevo actor en el concierto mundial.

Cabe distinguir “tres niveles de vinculación a través de acuerdos, convenios y tratados internacionales:

El que no modifica al orden jurídico interno y que sólo tiene por objeto ampliar y fortalecer las relaciones internacionales con México, los acuerdos o convenios son de cooperación técnica y científica y científica o de cooperación cultural.

Sí produce modificaciones legislativas, por lo que con frecuencia se afecta al sistema jurídico de las entidades federativas. Se trata de una práctica que debiera ser conocida y aprobada por el mismo órgano que emite leyes o las modifica.

Además de las legislaciones legislativas provoca alteraciones en la normatividad constitucional, aquí los convenios o tratados internacionales plantean la modificación o adición a las disposiciones constitucionales. Se trata de realidades no contempladas por la Constitución y a la que esta puede adecuarse.

⁹² Ibidem. p. 281.

Cabe aclarar que en la Ley sobre Celebración de Tratados (Diario Oficial de la Federación del 02 de enero de 1992) se regulan este tipo de tratados con el nombre de “acuerdos institucionales”.⁹³

En este último, existen contradicciones con el artículo 104 fracción I, de la Constitución por lo que corresponde a la competencia exclusiva de los tribunales federales.

“En la independencia de la Soberanía se consideró como la facultad que deberían tener los criollos para administrar y dirigir el país sin intromisión de manos extrañas, manteniendo fidelidad al pacto originario, mejor definida posteriormente por Hidalgo al poner la libertad como fundamento, como fuente originaria de todo orden social: *El Pueblo*.”

Recalcando que, todos los hombres son iguales, el poder político es una delegación revocable, es una investidura del pueblo soberano, denotándose la autodeterminación de los pueblos en lo interno”.⁹⁴

Es así que, en materia de relaciones internacionales un Estado cede funciones en beneficio de la comunidad internacional con el único fin de contribuir al desarrollo y fortalecimiento de dicha comunidad, en las relaciones bilaterales entre estados, hay casos en los cuales éstos ceden parte de sus funciones con el ánimo de desarrollar las relaciones mutuas y regular fenómenos que desbordan sus fronteras como podría ser el caso de la cooperación judicial internacional.

La decisión política del gobierno mexicano y su instrumentación jurídica puede ser analizada en el ámbito de la cesión de funciones a que conducen este tipo de tratados y sus efectos en el concepto de la soberanía, no significa que se constituya una afectación a la soberanía estatal, se trata en todo caso, de un ejercicio de coordinación de actividades entre Estados y de la definición de la naturaleza de esas funciones, a la luz de una nueva realidad internacional.

Se trata en todo caso de, cesiones de funciones que no son básicas para el Estado.

“Es posible ceder una serie de factores constituyentes de la capacidad autónoma del Estado-Nación sin que eso implique necesariamente una pérdida de la soberanía, siempre y cuando ésta se conciba como un punto de orientación normativa en la conducción de los asuntos del Estado.

El fin es, impulsar el desarrollo económico de México como vía para que los mexicanos tengan un mejor nivel de vida. “Cesión de funciones” sería un

⁹³ BERNAL, Carlos. “Los Convenios ejecutivos ante el derecho constitucional e internacional”. Revista “jurídica”. No. 12. Universidad Iberoamericana. 1980. p. 33.

⁹⁴ VILLORO, Luis. “El proceso ideológico de la revolución de independencia”. Editorial UNAM. 1997. p. 44.

instrumento para que, en última instancia, mediante un amplio desarrollo económico, se logre el fortalecimiento del control político”.⁹⁵

En consecuencia, el concepto tradicional de soberanía deba ser sometido a un proceso continuo de análisis a fin de que sea un instrumento que explique lo que acontece con la mayor cercanía de las relaciones entre Estados, en especial con la cantidad y calidad de compromisos jurídicos que fortalezcan la calidad del control político de los gobiernos de la República en el manejo de sus asuntos internos y en sus relaciones internacionales.

Antes de concluir este comentario, es de vital importancia tomar en consideración lo establecido por el artículo 104 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice:

“Artículo 104. De La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos. Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer:

I.- De todas las controversias de orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado”;

“En este supuesto y en unión al artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se aplica una jurisdicción concurrente. Toda vez que en nuestro se aplica un sistema plurilegislativo, al mismo tiempo que nuestro país no existe un único derecho de familia, ni un único sistema sustantivo regulador de la familia, esto es, un derecho nacional, armónico o unificado.

Es por ello que la aplicación de los Convenios firmados por México serán aplicables en todo su territorio, ya que la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes de la que México es parte, cuando los Estados parte tienen dentro de sus territorio dos o más ordenes jurídicos podrán declararla, al momento de la firma de la Convención, que ésta solo se aplicará a una o más unidades, pero no a todas.

México no cuenta con una disposición similar a la de otros países con sistemas plurilegislativos, como la que precisa que en el caso de aplicación de una norma extranjera, en cuyo lugar existen diversos sistemas jurídicos, el sistema a aplicar se determinará por el derecho conflictual interno de ese Estado”.⁹⁶

Lo más cercano que tenemos es el artículo 121 Constitucional que a la letra versa de la siguiente manera:

⁹⁵ PEREZNIETO, Castro Leonel, Op. Cit. p.288 y 289.

⁹⁶ SILVA, Jorge Alberto. Revista de Derecho Privado. Numero 4, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad nacional Autónoma de México enero-abril de 2003, p.160 y 161.

“Artículo 121. De La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos. En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes:

I. Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él; (segundo párrafo). Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció, y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir en juicio.

II. Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado tendrán validez en los otros”.

“En México tenemos un órgano del poder legislativo federal que legisla y más de treinta, los de cada entidad federativa y el Distrito Federal, que también legislan autónomamente.

Las situaciones se complican para el operador jurídico cuando tomamos en cuenta que no solo existe un cuerpo normativo para cada entidad federativa, sino que se trata de normas jerárquicamente inferiores a la de los tratados. Que las leyes de las entidades difieren entre sí y las de estas frente a los tratados.

Aunase a lo anterior, que no solo se aplica la ley de una entidad federativa, sino que algunos aspectos son regulados por la ley federal.

Pareciera increíble, pero en varias entidades federativas aún está pendiente la implementación de los tratados, por lo que hace necesario que los aspectos establecidos en el derecho convencional internacional sean regulados, con el fin de facilitar la aplicación de esos tratados, pues de lo contrario se presentan conductas no reguladas que hacen infructuoso lo pactado a nivel internacional”.⁹⁷

5.2.- Regulación de la Cooperación Procesal Internacional en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

En el Libro Cuarto, Título Único, del Capítulo 1 del Código Procesal Federal dictamina lo siguiente sobre La Cooperación Procesal Internacional, que a la letra dice:

“Artículo 543. En los asuntos de orden federal, la cooperación federal internacional se regirá por las disposiciones de este libro y demás leyes

⁹⁷ SILVA, Jorge Alberto. Op. Cit. p. 162 - 165.

aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte”.

“**Artículo 544.** En materia de litigio internacional, las dependencias de la federación y de las entidades federativas estarán sujetas a las reglas especiales previstas en este libro”.

Los artículos citados con anterioridad, nos marcan la línea procesal que hay que seguir ante una controversia de derecho internacional, toda vez que este ordenamiento jurídico será la base para llevar a cabo la contienda judicial, sin dejar de la lado la Supremacía jerárquica de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los tratados internacionales que no se contrapongan a ella.

Con base a lo anterior, es de entenderse que por el hecho de no existir un procedimiento idóneo para aplicar la convención internacional sobre restitución de menor, tema que nos ocupa en el presente trabajo de investigación de tesis.

En consecuencia, el procedimiento a seguir será el que mejor se adecue a la controversia en cuestión, tal y como lo establece el artículo 104 de nuestra Carta Magna, siempre y cuando estos tratados internacionales no se contrapongan a ella por su supremacía jerárquica.

El **Artículo 545** del Código Procesal Federal, arriba citado. Señala que “La diligenciación por parte de tribunales mexicanos de notificaciones, recepción de pruebas u otros actos de mero procedimiento, solicitados para surtir efectos en el extranjero no implicará en definitiva el reconocimiento de la competencia asumida por el tribunal extranjero, ni el compromiso de ejecutar la sentencia que se dictare en el procedimiento correspondiente”.

Toda vez que los tribunales mexicanos no están obligados a cumplir o ejecutar las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, ya que esto implicaría un sometimiento a esos estados, atentaría contra nuestra soberanía y la violación de nuestra carta magna.

Cuando México y el país dictaminador tengan el estatuto de estados firmantes del convenio internacional sobre ejecución de sentencias, estas determinaciones se ejecutaran siempre y cuando tales determinaciones judiciales no se contrapongan al interés público, al interés superior del menor o al estado de derecho del estado ejecutante.

Por lo que respecta a la práctica de diligencias en el país extranjero, el **Artículo 548** del ordenamiento en cuestión, en su segundo párrafo establece que, “en los casos que así proceda, dichos miembros podrán solicitar a las autoridades extranjeras competentes su cooperación en su práctica de las diligencias encomendadas”.

Para llevar a cabo una mejor ejecución de las sentencias dictadas por un estado firmante diverso al ejecutor, los estados parte sean comprometido a

cooperar entre si en la practica de diligencias tanto en el procedimiento, así como en el cumplimiento de la sentencia judicial dictada por el tribunal conecedor de la controversia en cuestión.

5.3.- Calidad Migratoria de las personas según la Ley general de población.

Con la finalidad de definir la calidad migratoria y las obligaciones, en los casos en los que uno de los cónyuges es extranjero, empezare por transcribir el primer artículo de la Ley General de Población, misma que a la letra dice:

Art. 1º de Ley General de población; “Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de observancia general en la República. Su objeto es regular los fenómenos que afectan a la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional, con el fin de lograr que participe justa y equitativamente de los beneficios del desarrollo económico y social.

En el ejercicio de estas facultades, la Secretaria de Gobernación velará por el respeto a los derechos humanos y, especialmente, por la integridad familiar de los sujetos a esta ley”.

“Los nacionales y extranjeros para entrar o salir del país, deberán cubrir los requisitos exigidos por la ley General de Población, tomando en cuenta lo establecido por el Artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se prevé que los extranjeros tienen derecho a las garantías que otorga la Constitución Federal, también lo es que tanto los extranjeros como los nacionales, están obligados a sostener las leyes del país, sin que tal acatamiento implique una violación de esas garantías”.⁹⁸

En el tema que se esta tratando necesario hacer mención del artículo 39 de la Ley en cita, el cual versa de la siguiente manera:

Art. 39 de la Ley general de Población. “Cuando los extranjeros contraigan matrimonio con mexicanos o tengan hijos nacidos en el país, la Secretaría de Gobernación podrá autorizar su internación o permanencia legal en el mismo.

Si llegare a disolverse el vínculo matrimonial o dejare de cumplirse con las obligaciones que impone la legislación civil en materia de alimentos, se perderá la calidad migratoria que la Secretaría haya otorgado y se le señalará al interesado un plazo para que abandone el país, excepto si ha adquirido la calidad de inmigrado”.⁹⁹

“Es también obligación de la Secretaría de Gobernación, realizar el registro y la acreditación de la identidad de todas las personas residentes en el país y de los nacionales que residan en el extranjero. Esto con la finalidad de

⁹⁸ PEREZNIETO, Castro Leonel. “Manual practico del extranjero en México”. Editorial Harla, Universidad Nacional de México, 1993. p. 53, 54 y 57.

⁹⁹ Ibidem. p. 70.

registrar a cada una de las personas que integran la población del país, con los datos que permitan certificar y acreditar fehacientemente su identidad.

En este registro se inscribe a los mexicanos, menores de edad y extranjeros, a través del catálogo de los extranjeros residentes en la República Mexicana”.¹⁰⁰

5.4.- Ley para la Protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

“Actualmente los asuntos que se derivan de las relaciones paterno-filiales han tenido un incremento en el ámbito del Derecho Internacional Privado, especialmente en México, por situaciones socioeconómicas, así como el incremento de las disoluciones matrimoniales demandadas por mujeres que algunas veces traen como consecuencia el tráfico, la sustracción y/o retención ilegal de niños”.¹⁰¹

“Es por ello que es Estado al verse involucrado en estas situaciones, debe actuar de manera pronta y práctica, de modo que la norma interna que regula y protege ese interés es de aplicación inmediata y, además, por lo general desplaza en cualquier país a las leyes que podrían ser aplicables. De ahí que el interés en cuestión tenga que ser valorado y resuelto por la autoridad que conozca del problema de tráfico jurídico internacional planteado”.¹⁰²

Algunos foros internacionales han preferido referirse al interés superior del menor; es el caso de la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño del 31 de julio de 1990. Tomando esta convención como base, nuestra legislación ordena la continuación de los deberes de los que ejercen la patria potestad, así como el ejercicio de la guarda, custodia, vigilancia y convivencia con los menores, con base en el multicitado interés superior del menor.

“El interés del menor se determinará con base en las creencias y cultura propias del foro. Será diferente el interés superior del menor cuando se analice en un país musulmán o en uno cristiano con creencias menos polarizadas a favor del padre, como ocurre en México. Podría ser que, debido a factores culturales, dicho interés provoque respuestas contradictorias.

Algunos consideran al “interés del menor como un concepto jurídico indeterminado y que como tal es precisamente la aplicación en concreto al caso lo que permite dilucidar su contenido, y este contenido se lo dará el juez en cada aplicación que haga de la ley”.¹⁰³

¹⁰⁰ Ibidem. p. 103.

¹⁰¹ PEREZNIETO, Castro Leonel. “Derecho Internacional Privado. Parte especial”. Edit. Oxford, México 2000. p.150.

¹⁰² Ibidem. p. 151.

¹⁰³ “La protección internacional de los derechos del niño”, Secretaría de Cultura de Jalisco, Universidad Panamericana, 1999. p. 95.

“Esta tendencia a favor de los derechos de los menores representa la elevación de una nueva actitud contemporánea, tan es así que, en México la Ley para la protección de los Derechos de las Niñas, niños y adolescentes fue recientemente en publicada en el Diario Oficial del 28 de abril de 2000. Con el fin de evitar que como en otras épocas, utilizando la patria potestad como escudo, se privilegié en gran medida al padre”¹⁰⁴.

Las políticas mundiales a favor del menor se han fortalecido con diversos convenios internacionales que plantean soluciones a problemas paterno-filiales.

El Derecho Internacional Privado convencional ha servido para impulsar instituciones más justas en los sistemas jurídicos nacionales. Ahora falta estimular y fortalecer una mejor aplicabilidad y eficacia procesal en la práctica de esta rama del derecho.

Los Derechos del Niño

Son derechos que poseen los niños, niñas y adolescentes por la simple razón de nacer. Son inalienables, irrenunciables, innatos e imprescindibles para una buena infancia.

“Los derechos del niño pueden dividirse en las siguientes categorías:

- **Derechos a la supervivencia:** que buscan proteger y garantizar el derecho a la vida y a satisfacer sus necesidad más básicas, como el alimento, el abrigo y la protección de salud.
- **Derechos al desarrollo:** que buscan proteger y garantizar su pleno desarrollo físico, espiritual, moral y social, como el derecho a educación, a la cultura, al juego y la libertad de pensamiento, conciencia y religión.
- **Derechos a la protección:** que buscan proteger y garantizar que no sean objeto de abusos, negligencia y explotación, como el derecho al nombre nacionalidad y cuidado, es procurar su identidad.
- **Derechos a la participación:** que buscan proteger y garantizar su participación en las decisiones que les afectan y en las actividades de sus comunidades locales y países, como la libertad de expresión.
- **Derechos a ser escuchado:** que buscan proteger y garantizar su respeto por los demás. Por que si no escuchas a un niño, el niño tampoco escuchara a los demás, procurando con ello su educación”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 96.

¹⁰⁵ GUITRÓN FUENTE VILLA, Julian. Memoria del primer congreso mundial sobre derecho familiar y derecho civil. México, UNAM, 1978. p. 102.

5.5.- Manual de Restitución de Menores de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

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

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

En los casos en que, aún sin mediar resolución judicial, la ley confiere a ambos padres el ejercicio conjunto de los derechos antes citados, suelen producirse consecuencias similares.

La consecuente problemática de la migración de connacionales, hacen que el problema lleve a sus consecuencias al ámbito internacional, generándose con ello, serias dificultades desde el punto de vista jurídico.

Lo anterior es relacionado con los conflictos de leyes que surgen en virtud de que dichos menores se encuentran sujetos simultáneamente a la jurisdicción de los tribunales familiares de su país de origen y a la de los tribunales del país de recepción.

Además, la dificultad de ejecución de sentencia en materia de custodia y derechos de visita a nivel internacional, no ha logrado consolidarse adecuadamente a la luz de los criterios localistas de los jueces familiares y a la falta de asistencia jurídica gratuita.

El gobierno de México ha mostrado cierto interés por modernizar su legislación familiar y encauzar la protección jurídica del menor en diversas materias relacionadas con el bienestar de la niñez.

Por ello, el 20 de julio de 1991 México se adhirió a la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. En el marco jurídico, la citada Convención consta de cuarenta y cinco artículos divididos en seis capítulos.

Cuya finalidad es la de proteger a los menores de los efectos nocivos de un traslado y/o retención ilícitos, imponiendo a cada uno de los Estados Contratantes la obligación de **garantizar la restitución INMEDIATA** de los mismos a su país de residencia habitual, así como la protección de los derechos de visita.

Esta obligación no ha sido cumplida por México a causa de la falta de procedimiento para llevar a cabo de manera pronta la restitución de los menores solicitados.

Tomando en cuenta que “los principales objetivos de la Convención son los siguientes:

- Asegurar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante; y
- Asegurar que los derechos de custodia y de vista vigentes en uno de los Estados Contratantes sean respetados en los demás Estados Contratantes.

Para la aplicación de dicho instrumento, se obliga a los Estados parte a tomar las medidas apropiadas para el cumplimiento de los objetivos señalados debiendo para ello recurrir a los procedimientos más expeditos de que dispongan.

Para comprender mejor el marco de dicho instrumento, se considera que el traslado y/o retención de un menor es ilícito cuando:

Tenga lugar en violación de un derecho de custodia atribuido a una persona, institución u otro organismo, separada o conjuntamente, de conformidad con la legislación del Estado en que el menor era residente habitual inmediatamente antes de su traslado y/o retención; y

En el momento del traslado y/o de la retención estos derechos se ejercían en forma efectiva, separada o conjuntamente, o se hubieran ejercido de este modo de no haberse producido dicho traslado o retención”¹⁰⁶.

Los derechos de custodia mencionados pueden ser resultado de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

Pero, “la Convención sólo se aplicará al menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de vista, dejando de tener efecto cuando el menor alcance la edad de 16 años.

Para la ejecución y vigilancia en la aplicación de las disposiciones de dicho tratado, las partes deberán designar a una Autoridad Central, que en el caso de México fue, la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores, los Sistemas Nacional y Estatales para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF).

¹⁰⁶ Convención interamericana sobre restitución internacional de menores.
www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b

En el caso de los Estados Unidos de América, en donde nuestro país ha registrado el mayor número de sustracciones ilícitas de menores, lo es el Departamento de Estado.

Las Autoridades Centrales deberán cooperar entre sí para asegurar el retorno inmediato de los menores y conseguir los demás objetivos del instrumento.

Por lo que, deberán adoptar todas las medidas apropiadas que permitan:

1. Localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
2. Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptaran o harán que se adopten medidas provisionales;
3. Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
4. Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el fin de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule y se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
5. Garantizar, la restitución voluntaria del menor sin peligro;
6. Mantenerse mutuamente informados sobre la aplicación de la Convención, eliminando los obstáculos que puedan ponerse a su aplicación”¹⁰⁷.

“La Convención faculta a toda persona, institución u organismo para que denuncie ante la Autoridad Central de la residencia habitual del menor o a la de cualquier otro Estado Contratante, el hecho de que un menor ha sido trasladado o retenido con infracción del derecho de custodia.

En caso de que la Autoridad requerida tenga razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado Contratante, transmitirá la solicitud a este último. La solicitud incluirá:

- Información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega ha sustraído o retenido al menor;
- La fecha de nacimiento del menor;
- Los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor;
- Toda la información disponible relativa a la localización del menor y a la identidad de la persona con la que se supone que éste se encuentra”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Convención interamericana sobre restitución internacional de menores.

www.oas.org/Juridico/spanish/tratados

¹⁰⁸ Id.

Por lo que se refiere al procedimiento, “la Convención establece que las Autoridades administrativas y judiciales de los Estados Contratantes actuarán en forma expedita; por ello, tienen un plazo de seis semanas, contando a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos respectivos, para decidir sobre la procedencia de la solicitud. De lo contrario, la Autoridad Central del Estado requiere o el solicitante mismo, podrá exigir una aclaración de las razones de la demora.

La Autoridad requerida deberá ordenar la restitución inmediata del menor de que se trate, salvo en el caso de que haya transcurrido un año desde la fecha de iniciación del procedimiento administrativo o judicial de restitución del menor de que se trate, y siempre que quede demostrado fehacientemente que el menor ha quedado integrado a su nuevo medio.

La Autoridad Central requerida no estará obligada a ordenar la restitución en los siguientes casos:

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

Si existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico y psíquico;

Si habiendo alcanzado una edad o grado de madurez en que resulte oportuno tener en cuenta sus opiniones, el menor se opone a su restitución; Si la restitución implica una violación a los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Dichas Autoridades tendrán la facultad de requerir al solicitante o la Autoridad Central requirente una certificación que acredite que el traslado y/o retención del menor era ilícito en el sentido previsto por la propia Convención de La Haya.

Las autoridades judiciales y administrativas del Estado requirente no resolverán de fondo la cuestión del derecho de custodia, sino que únicamente ordenarán la restitución inmediata del menor.

En virtud de que las cortes competentes para resolver de fondo el problema de custodia son que aquellas donde el menor ha residido habitualmente, ya que ahí se encuentra con los elementos probatorios para la adecuada sustanciación del juicio correspondiente”¹⁰⁹.

“Debe agregarse que el sólo hecho de que una decisión relativa a la custodia haya sido dictada, o sea susceptible de ser reconocida en un Estado

¹⁰⁹ Id.

contratante, no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en la Convención.

La Convención no limita las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento, sin que la decisión adoptada en ese sentido sea considerada como una decisión de fondo sobre el derecho de custodia.

México debe atender y procurar en todo momento, la protección del ejercicio efectivo de los derechos de visita se tramitará en forma similar a las modalidades inherentes al retorno del menor, y las Autoridades Centrales deberán procurar la cooperación recíproca para asegurar el ejercicio pacífico de dicho derecho y el cumplimiento de las condiciones a que el mismo estuviera sujeto.

Las solicitudes, comunicaciones o cualquier otro documento serán enviados en el idioma oficial del país requirente, e irán acompañados de una traducción al idioma oficial del país requerido.

Cuando dicha traducción sea difícilmente realizable, se anexará una traducción al inglés o al francés.

Cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación de la Convención. Sin embargo, un Estado Contratante podría declarar, haciendo la reserva correspondiente, que no estará obligado al pago de los gastos generados por la participación de un abogado o de los gastos judiciales.

La Convención entrará en vigor entre el Estado adherido y los Estado Contratantes que hayan declarado aceptar dicha adhesión, el primer día del tercer mes del calendario después de efectuado el depósito del instrumento de adhesión o aceptación respectivo.

La Convención tendrá una vigencia de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor, incluso para los Estados que posteriormente se hayan adherido a la misma. No obstante, será renovada tácitamente de cinco en cinco años, salvo denuncia.

La solicitud de restitución de menor la puede exigir toda persona que sea titular de un derecho de custodia o de visita sobre un menor cuya residencia habitual se entraba establecida en México, deberá acudir a la Oficina de Derecho de Familia, de la Dirección General de Protección y Asuntos Consulares, en su carácter de la Autoridad Central para la aplicación de La Haya sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores¹¹⁰.

De esta manera iniciará un procedimiento de restitución del menor de conformidad con el citado instrumento internacional.

¹¹⁰ Id.

“Los connacionales que encontrándose en el extranjero presentan este tipo de problemas, deberán acudir a la Autoridad Central del país en que se encuentran en ese momento, y no las representaciones diplomáticas o consulares de México en ese lugar, las cuales, canalizarán al interesado al organismo o institución que corresponda el menor de que se trate

Los interesados deberán requisitar, tanto en español como con el idioma oficial del país en cuyo territorio se encuentra el menor de que se trate, el formato que al efecto ha sido elaborado por la propia Secretaría.

A dicho formato deberá anexarse a la siguiente documentación:

- Relación de los hechos en que se haya verificado la sustracción y/o retención ilícita;
- Copia certificada del acta de nacimiento del menor;
- Fotografía del menor;
- Copia certificada del acta de matrimonio de los padres (en su caso);
- Fotografía de la persona que presuntamente sustrajo al menor;
- Certificación de la Sentencia o convenio relativo a la custodia o derechos de visita (en su caso);
- Traducción al idioma oficial del país en que el menor se encuentre residiendo ilícitamente, de los documentos a que se refieren los puntos b), d) y f) antes citados.

Después de estudiar la solicitud de restitución, y determinar su procedencia, la Autoridad Central Mexicana elaborará los fundamentos legales que de conformidad con los artículos 3, 4 y 5 de la Convención darán sustento a la misma.

La documentación a que se refiere en los puntos precedentes, es enviada a la Autoridad Central del país cuyo territorio se presume que se encuentre el menor, acompañada de una petición formal de restitución de menor hecha por el Gobierno Mexicano al Gobierno de dicho país.

La procedencia de esta solicitud, estará condicionada a que el menor en cuestión no haya alcanzado la edad de 16 años, ni haya transcurrido un año desde la fecha en la que tuvo lugar el traslado y/o retención.

Tampoco podrá solicitarse la restitución de un menor cuando el mismo haya sido trasladado o retenido con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención entre ambos países.

La función de la Autoridad Central requerida será la de localizar y restituir al menor en cuestión a México o, la de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de visita que alguno de los padres tenga sobre el mismo.

Para tal efecto iniciará un procedimiento judicial tendiente a obtener una resolución en ese sentido, dentro del cual se aplicará la legislación doméstica de ese país, e informarán de los resultados a la Autoridad Central Mexicana.

Tratándose de menores cuya residencia se encontraba establecida en el extranjero, y que hayan sido sustraídos o retenidos ilícitamente en México la solicitud respectiva será enviada por la Autoridad Central requirente a la Oficina de Derecho de Familia de la Dirección General de Protección y Asuntos Consulares de la Secretaría de Relaciones Exteriores, que a su vez la remitirá al Tribunal Superior de Justicia del Estado que corresponda y al sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en su carácter de Autoridad Central Estatal.

Esta oficina se encargará de estudiar las circunstancias del caso concreto tales como la fecha de entrada en vigor de la Convención entre México y el país requirente, la fecha de sustracción, la edad del menor y la existencia de un derecho de custodia o de visita sobre el mismo a favor del solicitante que haya sido violado por virtud de un traslado y/o retención.

De acuerdo a lo anterior se deriva, con base en la Convención de la Haya, que la solicitud es procedente, la Autoridad Central Mexicana estará obligada a adoptar, en coordinación con las autoridades competentes de cada Estado de la República Mexicana, todas las medidas apropiadas que permitan:

- Localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el fin de obtener la restitución del menor y, permitir que se regule o ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- Conceder o facilitar, la obtención de asistencia judicial y jurídica,
- Garantizar, la restitución del menor sin peligro;
- Mantenerse informados sobre la aplicación de la multicitada Convención y eliminar, los obstáculos que puedan oponerse a su aplicación.

Es importante resaltar que, no obstante que la autoridad que en México conozca del caso estará a lo previsto por las disposiciones de la legislación local que le sean aplicables, la procedencia de una solicitud de restitución y el

desahogo del procedimiento respectivo estará siempre determinada por la propia convención”¹¹¹.

Toda vez que de conformidad con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión, por lo que los jueces de cada Estado deberán aplicarlos no obstante las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes locales.

De conformidad con la legislación familiar prevaleciente en todos los Códigos Civiles de los Estados de la República, los jueces familiares están facultados para intervenir de oficio en los asuntos que afectan a la familia, especialmente tratándose de menores y, por lo tanto, gozan de amplias facultades para decretar las medidas que tiendan a protegerlos.

Estas circunstancias le permiten a México prescindir de abogados litigantes que se hagan cargo de los procesos de restitución de menores. Cabe destacar que dicha disposición genera para el Departamento de asuntos jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores una excesiva carga de trabajo, misma que podría verse disminuida en gran número, con la intervención de los litigantes.

En el momento de en el que el juez familiar local recibe la solicitud de restitución procederá a analizarla y a ordenar lo conducente dependiendo de la naturaleza del caso. Dicha orden pudiera ser el resultado de un medio preparatorio del juicio. De conformidad con la legislación mexicana, estos podrían considerarse como etapas preliminares del procedimiento judicial que desemboque en el proceso.

Desahogar con eficacia y prontitud una solicitud de restitución que haya sido planteada con fundamento en la Convención de La Haya en los términos apuntados en los párrafos precedentes, pudiera permitir al Gobierno de México cumplir con el objetivo de la Convención.

Toda vez que “el juez de lo familiar que conozca del asunto de que se trate, únicamente ordenará el retorno inmediato del menor a su país de residencial habitual, sin resolver sobre la cuestión de fondo del derecho de custodia, misma que, será de la competencia del tribunal familiar de dicho país y materia de un proceso posterior que podrá iniciarse con eficacia una vez que el menor se encuentre dentro de la jurisdicción de ese tribunal.

Resulta importante puntualizar que el objetivo de la Convención es el restituir inmediatamente a los menores sustraídos ilícitamente al lugar en donde residían habitualmente.

¹¹¹ Convención interamericana sobre restitución internacional de menores.
www.oas.org/Juridico/spanish/tratados

En virtud de que las cortes competentes para resolver de fondo el problema de custodia, son precisamente las de ese lugar, ya que ahí se cuenta con los elementos probatorios para la adecuada sustanciación del juicio correspondiente.

Por ello, los tribunales a los que les sea solicitada la restitución de un menor, no resolverán de fondo la cuestión del derecho de custodia, sino que únicamente ordenarán, mediante acto prejudicial de depósito personas, la restitución inmediata del menor a su país de residencia habitual y su depósito provisional ante las autoridades del Sistema Nacional, Estatal o Municipal, según corresponda, para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), mientras gestiona su entrega a la Autoridad Central del país requirente.

De conformidad con el artículo 17 de la tan citada Convención, el sólo hecho de que una decisión relativa a la custodia haya sido dictada o sea susceptible de ser reconocida en México, no podrá justificar la negatividad para restituir a un menor conforme a lo dispuesto por la misma. Cabe destacar que los jueces de lo familiar podrán negar la restitución de un menor únicamente en los casos:

Cuando se demuestre que la persona, institución u organismo que se hubiere hecho cargo de la persona del menor, no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado y/o retención;

Cuando se compruebe que existe grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier manera ponga al menor en una posición intolerante; y,

Cuando el propio menor se oponga a su restitución, siempre y cuando haya alcanzado una edad (16 años) y grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Es necesario expresar que dichas excepciones únicamente serán procedentes, cuando quien esgrima dichos hechos pueda probar fehacientemente su existencia.

Cuando la persona con la cual el menor se encuentre viviendo se oponga a restituirlo voluntariamente, el juez procederá a emplazarla a juicio, prohibiéndole, mediante un arraigo, que se ausente del lugar mientras éste se desarrolla, como mediada precautoria durante el procedimiento de restitución.

En aquellos supuestos en los que no sea factible localizar al menor, el juez dictará una orden dirigida a la Policía Judicial del Estado a fin de que se inicie una investigación tendiente a ubicar el lugar en que éste se encuentre.

Una vez decretada la restitución del menor, el juez de lo familiar correspondiente procederá a notificar dicha resolución al Sistema Integral para el Desarrollo Integral de la Familia, mismo que se encargará de hacerlo del

conocimiento de la Autoridad Central requirente, a efecto de coordinar el regreso del menor a dicho país.

En la mayoría de los casos, estos son trasladados por la persona que solicito su restitución. Cuando los interesados no cuentan con los recursos económicos necesarios, se procede a solicitar la asistencia financiera a la embajada o Consulado del país que solicitó la restitución”¹¹².

5.6.- Casos Prácticos.

En nuestro país la Institución que funge como AUTORIDAD CENTRAL es la Dirección General de Protección y Asuntos Consulares de la Oficina de Derecho Familiar de la Secretaria de Relaciones Exteriores.

México tiene aproximadamente 500 solicitudes de restitución recibidas en la Dirección General de Protección y Asuntos Consulares de la Oficina de Derecho Familiar de la Secretaria de Relaciones Exteriores.

Aproximadamente el 90% de las solicitudes de restitución de menores vienen de Estados Unidos de Norteamérica, con soluciones extendidas en tiempos, limitadas o negadas, provenientes de diferentes países, de las cuales únicamente se han resuelto en el presente año 51.

En lo personal, en los casos que tuve oportunidad de conocer, los padres o madres “sustractores” eran mexicanos, cuyos hijos tenían su “residencia habitual” en Estados Unidos quienes trasladaron a sus hijos a México, posteriormente a pesar de que los padres a los que les fueron restringidos sus derechos de Custodia, hicieron su solicitud ante la Autoridad Central que le correspondía a la residencia habitual de los menores (Estados Unidos de Norteamérica), no se logró la restitución, porque:

En uno de los caso no se localizó a la menor ya que, debido a lo lento de los tribunales, el padre huyo con esa menor.

En otro porque un niño de 6 años expreso que “le gustaba más estar con su mamá” y la decisión se negó después de mucho tiempo de procedimientos porque llegó hasta el amparo después de aproximadamente 3 años.

En otra quedó sin solución porque la madre se enteró de la audiencia y volvió a sustraer a su menor hija.

Actualmente, he tenido la oportunidad de conocer de cerca el trámite dos casos de sustracción internacional de menores, de los cuales:

Un niño mexicano de 4 años de edad, de padre mexicano y madre venezolana, fue sustraído por su madre el 14 de septiembre de 2004, con

¹¹² Convención interamericana sobre restitución internacional de menores.
www.oas.org/Juridico/spanish/tratados

“residencia habitual” en la Ciudad de León, Guanajuato, México, y trasladado primeramente a Caracas, Venezuela y posteriormente a la ciudad de Miami.

Se hizo la solicitud de asistencia de restitución, en la Dirección General de Protección y Asuntos Consulares de la Oficina de Derecho Familiar de la Secretaría de Relaciones Exteriores el 7 de diciembre de 2004 a Estados Unidos a su oficina central.

Como consecuencia, el 22 de diciembre se radicó en la corte de Florida, respecto a dicha solicitud, el tribunal que conoció de la solicitud de restitución, el día 5 de enero de 2005, definió la restitución de conformidad con el mandamiento Habeas Corpus de la Convención y otra medida provisional del Tribunal.

El Juez que tuvo conocimiento de esta solicitud de restitución, simplemente se cercioró que la residencia habitual del menor era México, por lo que sentenció que se devolviera inmediatamente a su país.

Lo relevante en este asunto es que la solicitud de restitución internacional, del inicio al final en la corte norteamericana, tuvo un tiempo de tramitación de 15 días naturales y del momento en que se pidió la ayuda a la autoridad Central mexicana al final, fueron 29 días.

Por otro lado, tenemos en trámite, otra solicitud de una menor, actualmente de 8 años, Británica de nacimiento, que se inició desde el 25 de febrero de 2004, mediante la autoridad central de Gran Bretaña, quien es hija de padre mexicano y madre británica.

La última residencia habitual, era Inglaterra quien llegó a México el 1° de Abril de 2003, en compañía de sus padres de vacaciones, sin embargo, inmediatamente de su llegada el padre escondió los pasaportes de la señora y la niña y evito la salida de su esposa tratando de establecer domicilio conyugal en México, y domicilio habitual para la menor.

La señora huyo a Inglaterra el 5 de noviembre de 2003, para tratar de recuperar a su hija desde su último domicilio habitual.

Al llegar a Inglaterra acude ante su Autoridad Central, en donde se le dio trámite a su solicitud en la hipótesis de sustracción y/o retención ilícita como ya he mencionado, el día 25 de febrero de 2004, por lo que se radicó ante tribunales del Estado de México, el 28 de junio de 2004, por ser el lugar en donde esta localizada la menor y el padre.

Hasta el momento, a pesar de que el trámite judicial ha concluido, aún no se ha decidido si se otorga o se niega la solicitud de restitución.

Lo interesante es que durante este procedimiento, ha habido omisiones por las Autoridades administrativas (DIF, peritos del Tribunal, Trabajadoras Sociales) y desacatos por parte del Padre que han retenido a la niña durante los últimos dos años.

Resulta evidente que el padre ha tratado de hacer tiempo a que la niña se encuentre en el supuesto de negativa relacionado con los artículos 12, 13 y 20 de la Convención, para que se establezca el tiempo y situación de excepción al comprobar que se ha integrado a su nuevo entorno social y familiar.

5.6.- PROPUESTA.-

Toda vez que, de las Convenciones y Tratados Internacionales de las que nuestro país es Estado firmante, en concreto, La Convención de la Haya sobre Restitución de menor del 25 de octubre de 1980, forman parte de nuestro sistema jurídico como una norma de derecho positivo vigente, la cual establece que los Tribunales Adoptaran todas las medidas que se tomen concernientes a los menores, atendándose principalmente al interés superior del niño, que como ya se cito anteriormente, tiene derecho a conocer y coincidir con sus padres, para procurar un desarrollo físico, psicológico, emocional, así como, una identidad cultural.

Ante tal situación y tomando en cuenta que la Convención es un ordenamiento aceptado y firmado por mas de 70 países, aun no tiene una reglamentación igual en todos los Estados Contratantes y cada uno de ellos tiene diferentes forma de aplicación en su legislación local, es por ello que el presente trabajo de investigación de tesis hace la siguiente propuesta;

1.- Primeramente, adicionar en el Código Civil Federal, la figura o conceptos legales de SUSTRACCION ILEGAL, RETENCION ILICITA y RESTITUCION DE MENORES, sugiriendo redactarlos de la siguiente manera:

En el Código Civil se propone adicionar el artículo 417 Ter, 417 Quater, agregar la Fracción VIII al artículo 443, los cuales dirían:

Artículo 417 Ter.- Se considera SUSTRACCION ILEGAL INTERNACIONAL DE MENOR, cuando este es trasladado a otro país, fuera del domicilio habitual en el que se desarrollaba su vida, antes de haber sido removido, violentando un derecho legítimo de custodia sobre él.

Se considera RETENCION ILICITA DE MENOR, cuando con motivo del ejercicio de visita que tenga el padre que no ejerce la guarda y custodia sobre él, lo desplace o traslade a un domicilio que no es el habitual, impidiendo el retorno, creando con este hecho violaciones a los derechos de guarda o custodia, que ejercían individual o conjuntamente los padres, tutores o institución, o aunque teniendo los derechos de guarda y custodia violente los derechos del otro padre respecto a las visitas y convivencias, derivadas de dicha retención ilícita.

Para efectos de esta figura, se considera como custodia el cuidado del menor en su bienestar y desarrollo integral, independientemente de quien ejerza su

guarda, cuidando su derecho a no ser variada su residencia, en consideración al interés primordial del mismo.

Artículo 417 Quater.- *Los supuestos establecidos en el artículo anterior se encuentran dentro de la Convención Internacional de la Haya sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de menores firmada el 25 de octubre de 1980 y la solicitud de la autoridad central al Juez familiar competente, será exclusivamente para aceptar o negar la solicitud de restituir al menor al menor a su ultimo domicilio habitual.*

El juez de lo familiar aplicará de oficio, para el cumplimiento de la restitución, las medidas precautorias y cautelares previstas en el Código de Procedimientos Civiles, para el cumplimiento de esta Convención.

Artículo 443.- La patria potestad se acaba:

VIII.- Por sustracción o retención indebida del menor.

2.- Establecer la obligación de las autoridades centrales, judiciales y administrativas iniciar el procedimiento de restitución del menor que se encuentre dentro de estos supuestos legales, aceptando o negando la solicitud de acuerdo a lo establecido en el Código de procedimientos Civiles y de conformidad con la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores suscrita en la Haya en 1980, o cualquier otro ordenamiento previsto en los tratados internacionales celebrados por México en consideración al interés primordial del menor.

3.- La aplicabilidad será dirigida únicamente a menores de 16 años y solo para los casos de aceptación negativa de restitución sin resolver sobre cuestiones de fondo del derecho de custodia.

Teniendo derecho a intentar este procedimiento el titular del derecho a la patria potestad que se ha visto privado del ejercicio legal de custodia sobre el menor que la venia ejerciendo, antes de haber sido sustraído o retenido sin su anuencia.

4.- Ser motivo de suspensión provisional o definitiva del ejercicio de la patria potestad sobre el menor que fue sometido a una sustracción, en contra del padre infractor, como presunción que se hará valer en el lugar del domicilio habitual del menor.

5.- Ser competente el Juez de lo familiar de Primera Instancia del lugar en donde se encuentra sustraído o retenido el menor que se encuentre en las hipótesis de la Convención de la Haya de 1980, para conocer de la solicitud de restitución de un menor de conformidad con el procedimiento que así lo establezca el Código de Procedimientos Civiles.

5.1.- El procedimiento que trata este capítulo es de ORDEN PUBLICO y con reglas de aplicación federal, con posibilidad de ser sustanciado ante cualquier juzgado o centro de mediación y conciliación, en caso de que en el lugar no exista un juez familiar de primera instancia de conformidad con el artículo 133

Constitucional en atención al mayor beneficio de los menores, niños y niñas, por lo que se asistirán de todas las leyes relacionadas con menores internacionales y locales.

5.2.- El Juez estará facultado para intervenir de oficio y decretar las medidas precautorias que tiendan a preservar la seguridad y el retorno de un menor que ha sido trasladado o detenido en otro país diferente al de su residencia habitual, de manera unilateral, provocando que esta acción se vuelva ilícita y, a suplir las deficiencias de las partes en sus planteamientos de derecho.

5.3.- Recibida una solicitud de la Autoridad Central por el Juez competente, dentro de la 24 horas siguientes, le comunicará a esa autoridad, la necesidad de que se complementen los documentos o requisitos que le permitan darle trámite a la solicitud, en caso de ser necesarios, o en el mismo termino dictará un auto en el que ordene se giren los oficios necesarios a las autoridades administrativas competentes que coadyuven a la búsqueda del menor y en el que dictará las medidas provisionales y cautelares para el cumplimiento de su orden, para que sean cumplidas en el término de 3 días hábiles.

5.4.- una vez recibidos los informes, dará vista al Ministerio Público adjunto y a la parte demandada y señalará día y hora dentro de los siguientes ocho días para que tenga verificativo una audiencia de conciliación, pruebas y alegatos, que se llevará a cabo de la siguiente manera:

a).- En esta audiencia, participaran las partes involucradas, el menor, los abogados patronos y en ausencia de defensa, se proporcionará un abogado de oficio que puede ser de la unidad de conciliación y mediación del juzgado, el Ministerio Público, el traductor proporcionado por el Tribunal, en caso de ser necesario y los peritos psicólogos que dictaminarán del daño que pudiera tener el menor o para el caso de que exista causas de excepción que la propia Convención.

b).- Se ofrecerán pruebas documentales y si fuera el caso debidamente legalizadas o apostilladas, traducidas al idioma nacional, mismas que se desahogarán por su propia y especial naturaleza.

c).- El Ministerio Público vigilará que se cumplan con los cuidados requeridos para el menor.

d).- En caso de que existan testimoniales se desahogarán en la misma audiencia quienes responderán a preguntas y respuestas directas, para indagar y conocer la verdad de los hechos.

e).- Las partes involucradas sin formato alguno serán oídas una por una por el Juez tratante, quien les interrogará directamente, exhortándolos de inició a que voluntariamente den por finalizadas las diligencias, decidiendo en un convenio la ejecución del retorno del menor y las visitas y convivencias que tendrá con el padre que lo retuvo ilícitamente, en atención al derecho y beneficio del menor.

f).- Se permitirá al final de la audiencia quince minutos de alegatos a cada una de las partes.

g).- Se pasaran a sentencia definitiva los autos, misma que se dictará dentro de los siguientes cinco días.

5.5.- Los autos que acepten la solicitud y el desahogo de la audiencia no admitirán recurso alguno.

5.6.- Es apelable la sentencia de restitución, sin efecto suspensivo, la que se solicitará exponiendo los agravios desde el Juez A-quo dentro de los siguientes tres días para ambas partes junto con las copias de las constancias que así lo comprueben, en caso de ausencia de las constancias por parte del apelante se dejara sin efectos la apelación.

5.7.- La ejecución de sentencia se tramitará en vía de apremio, por el Juzgado que haya conocido del negocio en primera instancia, quien señalará un plazo de 24 horas para que presente al menor con sus documentos migratorios, ante el Juez de conocimiento con la presencia del Ministerio Público, para que sea entregado al padre solicitante o en su caso a la Autoridad Central para dar por concluido el trámite de restitución.

5.8.- Una vez aceptada la apelación se remitirán los autos al Tribunal de Distrito, quien decidirá dentro de los siguientes cinco días, y sólo procederá en efecto devolutivo, sin suspensión de las medidas provisionales establecidas al inicio del procedimiento.

5.9.- El amparo sólo procederá por violación a las garantías individuales de las partes, especialmente en relación a la falta de derecho de audiencia, pero por tratarse del beneficio de menores, serán tramitados en máximo cinco días a partir de su inició, solicitando por tanto los informes a las autoridades dentro de las 48 horas.

5.10.- Para la tramitación de esta solicitud de restitución los tribunales tratarán de sustanciarla en un máximo de 6 semanas a partir del inicio del procedimiento judicial.

5.11.- Para la ejecución de la sentencia el Juez solicitará la ayuda de la Policía Federal o Estatal y la presencia del personal del propio juzgado, que se habilitará para recoger al menor del lugar en donde se haya tenido retenido, después de la sustracción o retención ilícita, estando siempre presente un Ministerio Público, Notario Público, Notificador o personal habilitado del propio juzgado que conoció del asunto, o en su caso un representante de la Procuraduría de la Defensa del Menor del DIF, quien dará fe y propiciará que la entrega del menor sea expedita y sin problemas y con el menor sufrimiento del mismo.

5.12.- Se consideran medidas precautorias para el cumplimiento del trámite de sustanciación de la Sustracción Ilícita de Menores, las siguientes:

El depósito inmediato del menor al D.I.F., haciendo del conocimiento al Juez que conozca del asunto, quien designará inmediatamente quien será la persona o institución que se hará cargo del cuidado del menor, durante el procedimiento, durante la audiencia de ley.

El arraigo del padre sustractor para que personalmente se presente a todas las actuaciones del procedimiento, pudiendo continuar con el cuidado del menor, a juicio del juzgador, con el compromiso de atender a todas las decisiones judiciales, previa declaración bajo protesta de decir verdad, ante el juez, de no trasladar al menor del lugar en el que actualmente se encuentre.

El depósito de los documentos migratorios ante el juzgado, hasta la terminación del procedimiento.

Multa de hasta 200 días de sueldo mínimo por negativa a presentar al menor.

Arresto inmutable de 36 horas en caso de desacato a las órdenes judiciales.

5.13.- Se establecen como medidas preventivas consulares para el momento de la ejecución de la restitución, las siguientes:

a).- La solicitud de la presencia de la Policía Federal o Estatal, para el momento de la entrega del menor.

b).- La solicitud de la presencia de la presencia del Ministerio Público Adscrito, Notario Público o Procurador de la Defensa del Menor del DIF que le corresponda, para que de fe de los actos que se realicen.

5.14.- El tiempo máximo de duración del procedimiento de restitución en atención a la solicitud realizada con apego a la Convención Internacional de la Haya, por parte de la Autoridad Central, a partir de haberse iniciado judicialmente ante el Tribunal competente, será de 6 semanas hábiles, debiendo notificar a la Autoridad Central del desarrollo y decisión final, al menos cada 15 días, por medios electrónicos. Solicitando la ayuda de la propia Autoridad Central para que intervenga ante las diferentes autoridades que estén retrasando el procedimiento, quien instará al Tribunal que este conociendo de la solicitud para su inmediato cumplimiento.

5.15.- Se creará un sistema de datos entre las diferentes autoridades para información constante de los buenos o malos resultados, que serán estadísticos y de uso constante, incluyendo jurisprudencias. A esta información tendrá acceso cualquier autoridad extranjera vinculada con el objeto de estas disposiciones.

5.16.- Se condenará al padre sustractor al pago de gastos y costas y en su caso el pago por daño moral, que sean como mínimo el costo de los pagos efectuados por el padre solicitante para promover la solicitud, incluidos todos los viáticos.

Por lo anterior, se concluye que;

1.- La familia como institución desde el punto de vista del derecho y la sociología es el eje rector y sustento de toda sociedad, dentro del cual uno de los principales miembros lo constituyen los hijos, quienes en caso de ser menores de edad presentan una capacidad de goce y ejercicio restringidos convirtiéndolos en un grupo vulnerable que conviene a la propia sociedad proteger en su entorno psicoemocional para garantizar la coexistencia basada en normas y principios que permitan forjar al buen ciudadano del mañana, evitando la descomposición del grupo social y el desapego al ordenamiento legal.

.2.- Destaca la urgencia para dar eficacia y prontitud a la solicitud hecha a México por un Estado firmante, de restitución de un menor y la posibilidad de demostrar las excepciones para negarla, ya que el menor al estar alejado de los padres sufre indudablemente un daño psicológico, moral y emocional, por ello la urgencia de la aplicación restrictiva de las excepciones del tratado para el retorno del menor.

3.- Los derechos de convivencia deben ser entendidos como el derecho inherente y recíproco entre padres e hijos para convivir, el cual se encuentra íntimamente relacionado con el deber de guarda y custodia, que permite lograr una estabilidad personal y emocional entre los involucrados, que inclusive a consideración del suscrito dicho derecho no solo se suscribe a la convivencia entre padres e hijos, sino al entorno familiar que permite un correcto desarrollo psicoemocional, moral y afectivo. Dicho ámbito, que a la luz de la legislación mexicana se encuentra perfectamente determinado y regulado, carece en su parte sustantiva del sustento legal que permita una correcta aplicabilidad del derecho internacional privado, principalmente de los principios contenidos en la convención de la Haya de 1980.

4.- La materia relacionada con sustracción ilícita y restitución de menor, ha sido contemplada por diversas disposiciones internacionales siendo éstas, la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores del 15 de Julio de 1989 y el Protocolo de Medidas cautelares de Ouro Preto suscrito el 16 de diciembre de 1994, La Convención sobre los Derechos del Niño, signada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, el Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre Argentina y Uruguay del 31 de julio de 1981. México mostró su interés en dicha materia mediante la inclusión a las dos primeras convenciones en los años 1991 y 1992 respectivamente, sin embargo, a la fecha en el ámbito federal dichas figuras brillan por su ausencia, haciéndose apenas presentes en algunas disposiciones locales, como lo son el Código Civil para el Estado de Durango y el Código Civil en relación con el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chihuahua.

5.- Es necesario que dentro de la legislación Federal Mexicana, en coordinación con los diversos ordenamientos locales, se consagren los principios contenidos en la convención de la Haya de 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores del 15 de Julio de 1989, consistentes en: a) La pronta localización del menor sustraído y/o retenido ilícitamente, b) asegurar el pronto retorno de los menores sustraídos o retenidos ilícitamente a su lugar de residencia habitual; c) garantizar la estabilidad emocional del menor mediante la implementación de medidas cautelares por parte de las autoridades judiciales de los países firmantes; d) asegurar que los derechos de custodia o visita sean respetados y restaurados con la mayor prontitud.

6.- Actualmente los acuerdos alcanzados en las convenciones internacionales en materia de restitución de menores no son motivo de cumplimiento en México, toda vez que la normatividad aplicable en el ámbito federal y local (con excepción de los Estados de Durango y Chihuahua), no contempla la figura jurídica de la sustracción, retención y restitución de menor; así mismo, de nada sirve firmar y ratificar un tratado y/o convención internacional, la cual no se aplicara de acuerdo a su esencia y finalidad, cegada en la teoría y la aplicabilidad incorrecta, provocando con ello violaciones a los derechos de los menores, de sus padres con consecuencias psicológicas irreparables

7.- Un aspecto importante en la implementación de los acuerdos alcanzados en la convención de la Haya de 1980, lo es la aplicación de medidas precautorias y sanciones coercitivas tendientes a procurar y garantizar el respeto y cumplimiento de los derechos de los menores, así como evitar mayores daños en su ámbito y desarrollo psicoemocional.

8.- La modificación de los diversos ordenamientos legales no garantizaría la aplicabilidad de los principios y acuerdos contenidos en los diversos convenios internacionales, si no se cuenta con una debida plataforma humana y tecnológica en todos los ámbitos de gobierno, para lo cual es necesario contar con un programa permanente de capacitación, actualización, evaluación y certificación en materia de restitución de menores, dentro de los cuales deberá quedar incluido como materia obligatoria dentro de los planes y programas de estudio de los niveles educativos que corresponda a la materia.

BIBLIOGRAFIA.-

- 1.- PEREZNIETO CASTRO, Leonel.
Jurídica, EL Artículo 133 Constitucional: una Relectura.
Editorial Departamento de derecho, Universidad Iberoamericana.
1995-II, No 25. págs. 265 a 292.
- 2.- PEREZNIETO CASTRO, Leonel.
Derecho Internacional Privado, parte especial.
Editorial Oxford.
Oxford. México 2000.
- 3.- PEREZNIETO CASTRO, Leonel.
Derecho Internacional Privado, parte general.
Séptima Edición.
Editorial Exford. México 1998.
- 4.- GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián.
Memoria del primer congreso mundial sobre derecho familiar y derecho civil.
México, UNAM; coordinación de humanidades 1978.
- 5.- TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo
Estudios de Derecho Internacional Privado.
México, UNAM 1980.
Estudios Doctrinales.
- 6.- TELLECHEA BERGIMAN, Eduardo.
Derecho Internacional Privado de familia y minoridad.
Prestación internacional de alimentos, restitución internacional de menores,
bases para futuras convenciones internacionales.
Uruguay, 1988.
Fundación de Cultura Universitaria.
- 7.- SILVA, Jorge Alberto.
Revista de derecho Comparado.
Nueva época, año 11. Número 4,
Enero- abril 2003.
Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México.
Pags.151-195.
- 8.- FLORIS MARGADANT, Guillermo.
El derecho Privado romano.
XIV edición, México 1986.
Editorial Esfinge S.A. de C.V.
Pags. 503.

- 9.- MONTERO DUHALT, Sara.
Derecho de Familia.
Editorial Porrúa, México 1990.
4ª edición, pags. 429.
- 10.- ZANON MASDEU, Luis.
Guarda y Custodia”.
Bosh casa Editorial, S.A.,
Barcelona España, 1996.
- 11.- HUGO D´ ANTONIO, Antonio.
Derecho de menores.
Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De palma,
Buenos Aires, 1994.
- 12.- SEPÚLVEDA, Cesar.
Derecho Internacional.
Editorial Porrúa, México 1988.
Edición XV, pags. 713.
- 13.- CRUZ, Lizandro.
Derechos de niñez.
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,
7ª edición, México 1990.
- 14.- GARCÍA MORENO, Víctor Carlos.
Derechos de niñez.
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,
5ª edición, México 1990.
- 15.-MANTEROLA, Alejandro.
Derechos de niñez.
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,
3ª edición, México 1990.
- 16.- TENA RAMÍREZ, Felipe.
Derecho constitucional mexicano.
México, 2004
Editorial Porrúa, S.A. 36ª edición.
- 17.- GALINDO GARFIAS, Ignacio.
Derecho civil, primer curso: parte general personas, familia.
Editorial Porua, México 1998.
17ª edición, 758 pgs.
- 18.- MORINEAU IDUARTE, Martha.
Derecho Romano.
Editorial Harla, México 1998.
Pgs. 295.

19.- PEREZ CONTRERAS, María de Montserrat.
Derecho de los padres y de los hijos.
Editorial UNAM, México 2001.
2ª edición, pgs. 99.

20.- ÁLVAREZ COZZI, Carlos.
Restitución Internacional de menores.
Editorial Mac-Cawn Hill,
Edición 24, México 1998.

21.- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco.
El Derecho de Visita, Teoría y Praxis.
Editorial Eunsa,
Pamplona España, 1982.

22.- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón.
Los grandes cambios en el Derecho de Familia de México.
Editorial Porrúa,
México 1991.

23.- STILERMAN N., Martha.
Menores: Tenencia, Régimen de visitas.
Editorial Universidad,
2ª edición, Buenos Aires 1992, 1999.

LEYES CONSULTADAS.-

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
- 3.- Ley General de Población.
- 4.- Código Civil Federal.
- 5.- Código Federal de Procedimientos Civiles.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS.-

- www.clio.rediris.es
- www.monografias.com
- www.cndh.org.mx

- www.juridicas.unam.mx
- www.oas.org
- www.scjn.gob.mx
- www.abogadodefamilia.com