

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

LICENCIATURA EN DERECHO

TRABAJO POR ESCRITO QUE
PRESENTA:

HERNÁNDEZ ZAVALETA BRENDA

TEMA DEL TRABAJO:

**“FALTA DE APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL
DE INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ POR LA AUSENCIA DE
REGULACIÓN DE LA RESTITUCIÓN DE MENORES EN EL CÓDIGO
CIVIL FEDERAL”**

EN LA MODALIDAD DE “SEMINARIO DE TITULACIÓN COLECTIVA”

PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO



FES Aragón

NETZAHUALCÓYOTL, MAYO 2012.

FALTA DE APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ POR LA AUSENCIA DE REGULACIÓN DE LA RESTITUCIÓN DE MENORES EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

ÍNDICE

PÁGINA

INTRODUCCIÓN.....	IV
--------------------------	-----------

CAPÍTULO 1

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ

1.1 FAMILIA.....	1
1.2 MENOR.....	3
1.3 PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.....	6
1.3.1 PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ.....	8
1.4 SUSTRACCIÓN.....	10
1.5 RESTITUCIÓN.....	11

CAPÍTULO 2

REGULACIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ Y DE LA RESTITUCIÓN DE MENORES

2.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADO UNIDOS MEXICANOS.....	13
2.2 CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989.....	15
2.3 CONVENCION DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN DE MENORES DE 1980.....	19

2.4	CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE 1989.....	23
------------	--	-----------

CAPÍTULO 3

INAPLICABILIDAD AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ CONSAGRADO EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL TRATÁNDOSE DE LA RESTITUCIÓN DE MENORES EN MÉXICO

3.1	FALTA DE APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SUPERIOR DE LA NIÑEZ POR LA AUSENCIA DE REGULACIÓN DE LA RESTITUCIÓN DE MENORES EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL.....	28
3.1.1	CONSECUENCIAS.....	29
3.2	NECESIDAD DE REGULAR EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL LA RESTITUCIÓN DE MENORES PARA DAR CABAL CUMPLIMIENTO AL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ CONSAGRADO EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.....	36
3.3	ADICIÓN AL ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL.....	37
3.4	CREACIÓN DEL CAPÍTULO IV DE LA SUSTRACCIÓN Y RESTITUCIÓN DE MENORES, EN EL TÍTULO VIII DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL.....	40
	CONCLUSIONES.....	45
	FUENTES CONSULTADAS.....	48

INTRODUCCIÓN

La vieja creencia de la sociedad de que los hijos están programados para crecer junto a los padres ya está siendo contrastada por los cambios que la presentan. Uno de los elementos que produce una mayor disfunción en las familias es la geografía, no cabe duda que los avances tecnológicos actuales permiten relaciones a distancia. Por ello, cuando uno de los padres vive en localidad distinta del hijo, y la distancia se convierte en diferencias de cultura, de idioma y de relaciones personales y si además se trata de continentes los horarios dificultan el contacto. El mundo en que vivimos está siendo objeto en los últimos años de una transformación, que viene en gran parte ocasionada por el fenómeno de la globalización.

En México, cuando un menor se encuentra inmerso en la desintegración familiar, y uno de los padres decide unilateralmente trasladarlo o retenerlo ilícitamente, se da lugar a la sustracción de menores; por su parte el otro padre solicita al país donde presume que se encuentre, la restitución del menor a su residencia habitual.

Varios problemas resultan aquí, ya que en México no hay un procedimiento de restitución que regule la manera de como solicitarlo y quién será competente para resolver; la figura de restitución de menores se encuentra empolvada en las diversas Convenciones de las que México ha ratificado, pero en donde se señalan observaciones de manera general y no contemplan el ámbito de aplicación, situación que deja a los participantes en el proceso de restitución de menores para acudir a recursos o bien a juicios de amparo, por inexacta aplicación a la ley o por violaciones, logrando con ello procedimientos tardados perdiendo la naturaleza del trámite.

Con base a las reformas del artículo 1º y 4º de la Constitución Federal Mexicana, el legislador pretende que se respeten los derechos de los niños, niñas

y adolescentes por encima de toda la gama de derechos, al elevar a rango constitucional el Principio de Interés superior de la niñez y situar en un mismo nivel jerárquico la Constitución Mexicana y los tratados internacionales.

La presente investigación se encuentra estructurada en tres capítulos: el primero es denominado “El Principio Constitucional de interés superior de la niñez”, donde se estudia los términos asociados con la aplicación del principio Constitucional de interés superior de la niñez y restitución de menores resaltando conceptos básicos materia de la presente investigación, el segundo capítulo es titulado “Regulación jurídica del interés superior de la niñez y de la restitución de menores”, haciendo un análisis de la normativa que existe en México y en el ámbito internacional referente a la aplicación del Principio Constitucional de interés superior de la niñez en relación con la restitución de menores. Finalmente, el capítulo tercero es denominado “Inaplicabilidad al principio de interés superior de la niñez consagrado en la Constitución Federal tratándose de la restitución de menores en México “ y en él se analiza la falta de normativa en México que regule el procedimiento de restitución de menores dando como consecuencia la inaplicabilidad al principio constitucional de interés superior de la niñez realizando una propuesta de regulación sobre el proceso de restitución de menores en el Código Civil Federal para dar cabal cumplimiento al Principio Constitucional de interés superior de la niñez consagrado en la Constitución Federal.

En la presente investigación se utilizara una metodología analítica y deductiva.

CAPÍTULO 1

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ

1.1 FAMILIA

Es fundamental saber que significa el término familia, ya que es el punto de partida para poder adentrarse a la presente investigación. Por lo tanto el término “familia proviene del latín *famulus*, referente a famulado, que es una agrupación de personas o servidumbre que habita con el señor de la casa, con los debidos derechos y obligaciones ordenados en función de servicios mutuos”¹. Entonces, La familia se entendía como una mutualidad jerarquizada en donde una persona tenía el mando y los demás atendían las órdenes del señor de la casa.

Ahora bien, desde el punto de vista sociológico, “la familia es la institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y parentesco”², se entiende entonces que es la creación constante por personas que están unidas consanguíneamente, por lo cual es necesario remitirse al término generación.

Desde una perspectiva biológica, “la familia es considerada una unidad sistemática y una categoría taxonómica situada entre el orden y el género”.³ Al procedimiento para clasificar a los seres vivos se le denomina taxonomía, la taxonomía se clasifica en categorías y la *familia* se encuentra colocada entre las categorías de orden y el género; el *orden* es una clasificación que se da de acuerdo a la terminología de los nombres de los seres vivos como por ejemplo *Lactobacillus*, y *género* es una categoría según el tipo de especie por ejemplo un género se agruparía en el nombre de los diversos pinos que existen.

¹ SÁNCHEZ MARQUÉZ, Ricardo, *Derecho Civil*, primera edición, editorial Porrúa, México 2002, p. 230.

² *Ídem*.

³ Licencia bajo la GNU Free Documentation License, tema a consultar: **familia biológica**, fecha de consulta 29 de marzo de 2012, hora de consulta: 23:03, disponible en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Familia_\(biolog%C3%ADa\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Familia_(biolog%C3%ADa)).

En la doctrina jurídica, por familia se entiende “la institución natural de orden público compuesta por lazos de parentesco, matrimonio o concubinato y que surte efectos jurídicos por lo que hace a cada miembro respecto a sus parientes, en la línea recta sin limitación de grado y en la colateral hasta el cuarto grado”⁴. De lo anterior se desprende que toda familia cuenta con las siguientes características:

La familia es una institución natural; es decir sus orígenes son de la humanidad. Además es una institución de orden público; como lo establece el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 138 Ter. “Las disposiciones a que se refieren a la familia son de orden público y de interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros basados en el respeto a su dignidad”.

Para relacionar este artículo con el término familia, se necesita comprender el término de orden público. Para Juan Palomar de Miguel, el orden público es “la situación y estado de la legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protestar”⁵.

Deduciendo de lo anterior, el orden público se considera que tiene una función normativa para lograr la equidad por encima de los intereses particulares, privados o individuales, el orden público es lo que a la sociedad le interesa que se respete por encima de esos intereses particulares y que están protegidos por el Estado, de ahí la denominación de interés social ya que a la sociedad le interesa que el Estado proteja la forma como la familia se desarrolla y organiza.

Así entonces, la familia está integrada por personas con vínculos de diversos lazos, tal y como lo dispone el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo

⁴ DE LA MATA PIZANA, Felipe, et. al, *Derecho Familiar*, segunda edición, editorial Porrúa, México 2004, p.10.

⁵ PALOMAR DE MIGUEL Juan, *Diccionario para Juristas*, Tomo II J-Z, primera edición, editorial Porrúa, México 2000, p. 2093.

138 Quintus, al expresar que “Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.”. Así como esa integración de lazos, dicho artículo no pasa por alto que se deben tener deberes, derechos y obligaciones para lograr la armonía en cada agrupación.

Cabe señalar que el Código Civil indica muy someramente quiénes son los miembros de la familia que están vinculados por el matrimonio, parentesco o concubinato; sin embargo no indica línea o grado de parentesco que de la pauta para limitar su definición. De esta manera se tienen dos sentidos de familia: una en sentido amplio que corresponde a la familia sociológica y otra en sentido estricto, que limita a las personas que la componen en tanto los efectos que la propia ley señala.

Finalmente, tal y como lo establece la Declaración Universal de Derechos de 1948, en su artículo 16.3, la familia “es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Sin embargo, no hay consenso sobre la interpretación del término familia, pues, jurídicamente se encuentra mencionada por algunas leyes, pero no existe una definición como tal, ya que suele darse en función de lo que cada ley establece como el concepto matrimonio, pero, en general se estima que es la base para el desarrollo del ser humano y de ahí la evidencia que la crisis familiar recae en el matrimonio y todo lo que de ello deriva.

1.2 MENOR

El ser humano desde que nace, adquiere derechos y obligaciones pero no puede reclamar sus derechos ni ejercer sus obligaciones debido a la minoridad en que se encuentra, es por ello; que ante ese estado de alta vulnerabilidad en la que se encuentra, es indispensable, que el Estado tome su papel de protector y trabaje debidamente para que se cumplan cabalmente los derechos de la niñez.

Se tiene que hacer mención de la variabilidad del lenguaje al que se refiere el aspecto de la minoridad, por una parte está el concepto menor, niño, niña, y adolescente. Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo cuarto, párrafo sexto traza los términos niños y niñas; por su parte la Ley, Reglamentaria del artículo en comento, hace referencia a los términos semánticos de niños, niñas y adolescentes, sin hacer alguna diferenciación en cuanto a los términos; por otro lado, en la Convención Internacional sobre restitución internacional de Menores de 1989 y la Convención de la Haya sobre los aspectos Civiles de la Sustracción de menores de 1980, son denominados como menores, mientras que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, utiliza el término niño, “aquí la puntualización que cabría hacer es que en el contexto de derecho la denominación clara e indubitada es de menores, sin ninguna connotación negativa ni excluyente”⁶.

La cuestión relativa al desplazamiento que está tomando ese término por el de “niño, niña y adolescente”, como dice Nuria González Martín “es una cuestión que quizá solo se refiera al *nomen iuris*, una cuestión puramente semántica”⁷. Es decir, al significado, sentido e interpretación que se puede dar de toda esa gama de palabras que se utilizan para nombrar a los individuos que no han cumplido los 18 años de edad.

Desde esa misma perspectiva, es decir en el aspecto numérico de la minoridad, se debe hacer alusión a lo que se refiere este punto, ya que también tiene variabilidad: por una parte se tiene en la ley reglamentaria del artículo cuarto Constitucional, distingue y delimita al niño o niña hasta la edad de doce años y el de adolescente de los doce a dieciocho años de edad, mientras que la Convención Interamericana sobre restitución internacional de Menores de 1989 y la Convención de la Haya sobre los aspectos Civiles de la Sustracción de menores

⁶ NURIA GONZÁLEZ Martín, *La familia Internacional en México*, Primera edición, Editorial Porrúa, México 2009, P.23.

⁷ *Ibidem*, p. 30.

de 1980, señala que se considera menor, a toda persona que no haya cumplido la edad de dieciséis años, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 señala que niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad “de lo anterior se desprende que este Convenio establece una regla general que es la previsión de 18 años para determinar la minoridad de edad y una excepción que consiste en alcanzar la mayoría de edad antes de los 18 años, por cualquiera de las leyes que pudiera resultar aplicable.”⁸

La Constitución literalmente no determina cual es la edad para que una persona se considere menor de edad “se tiene que aunque en la Constitución se hace mención a la edad, ésta no se encuentra establecida en alguno de sus artículos. Se podría tomar el artículo 34 como criterio para determinar la edad.”⁹ . Sin embargo, para ser ciudadano se requiere tener más de 18 años, pero no aclara hasta que edad se considera a un menor de edad. También es necesario hacer alusión a lo señalado en el artículo 646 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal donde se establece que la mayoría de edad comienza a los 18 años cumplidos, que a *contrario sensu* se puede dilucidar que la legislación en México hace referencia a que menor de edad es toda persona que no haya cumplido 18 años de edad.

Hay que hacer hincapié que para una uniformidad en la presente investigación, se utilizan los términos mencionados: niños, niñas, adolescentes y menores de manera indistinta haciendo referencia a aquellos individuos que aún no cumplen los 18 años de edad.

1.3 PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

⁸ *Ibidem*, p. 26.

⁹ MATUS CALLEROS, Elieen, **Derecho Internacional Privado ante la restitución Internacional de menores**, primera edición, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas del Instituto Tecnológico Autónomo de México, México 2009, p.14.

Un Principio Constitucional, como lo señala García Canales “pueden ser considerados como una especie dentro del *genus* de los principios generales del derecho; son considerados una fuente subsidiaria del derecho”¹⁰. Subsidiaria en el sentido de que servirán como apoyo al derecho y que si se quiere representar, se encontrarían como subtítulo del término Principio General del Derecho.

Cabe aclarar que los Principios Generales son considerados Principios Constitucionales, Fix Zamudio sostiene que “la esencia de los preceptos constitucionales radica en los valores supremos de toda la comunidad política y en la organización de sus poderes supremos, caracterizándose por lo denominado fundamentalidad.”¹¹ Es decir, todos los artículos constitucionales no tienen sentido si no se basan en principios que sirven de apoyo para darles un significado.

Así entonces, un Principio General del Derecho por muy general que sea, y si no tiene legitimación en la Constitución, carecerá de la obligatoriedad para el aplicador de la ley. Por lo que los Principios Generales, son considerados fuentes del derecho propios de cada Estado o sistema jurídico, es decir, “es de cierto criterio similar y exige al legislador que al realizar su actividad se preocupe de transformar en preceptos formalmente válidos *los principios generales del derecho*”.¹²

Con lo anterior se deduce que los Principios Constitucionales cuentan con las siguientes características:

Son parte del ordenamiento jurídico, porque están contemplados en nuestra Constitución, por lo tanto, se convierten en derecho positivo que rige en nuestro país. También hay que tomar en cuenta que al ser parte del ordenamiento jurídico

¹⁰ GARCÍA CANALES M, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Trimestral Abril-Junio, número 64, México 1989.

¹¹ FIX ZAMUDIO Héctor, *El Juez ante la norma Constitucional*, revista de la Facultad de derecho de México. Tomo XV. Número 57, México 1995, P.25.

¹² GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del derecho*, Undécima edición, editorial Porrúa, México 1965 p. 372.

pueden contraponerse con la norma ordinaria escrita o consuetudinaria si existiera en su momento la inconstitucionalidad de estas. Además de que tienen un valor; al estar considerados en la Constitución y por lo tanto exige una obligatoriedad de cumplirse para los que apliquen la ley.

Cabe aclarar que, los Principios Constitucionales cumplen diversas funciones en nuestro derecho positivo, “siendo las leyes raras, fragmentarias e incompletas y las costumbre no bien fijadas, el juzgador tenía un amplio margen de decisión, suponíasele asistido de la divinidad, posteriormente, como quién podía expresar la conciencia popular. Así crear el derecho e interpretarlo, tomándolo en el sentido de la conciencia popular, era prácticamente una misma cosa”¹³. En consecuencia de lo anterior, es que los Principios Constitucionales funcionan como base metodológica de la interpretación del derecho y en el mismo sentido aún y cuando el texto sea comprensible y tenga dos o más interpretaciones.

Otra función de los Principios Constitucionales es que cumplen una papel integrativo, al estar incorporados a preceptos concretos del derecho positivo, como lo enuncia el último párrafo del artículo 14 de la Constitución Federal “en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundara en los principios generales del derecho”, similar sucede en el caso del artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal y varios de los Códigos civiles de los Estados integrantes de nuestro país, que contienen preceptos equivalentes.

Por último, los principios Constitucionales tienen una función directiva, ya que estos son la base de la creación del poder legislativo y como lógica jurídica también del órgano judicial, esta última como aplicador de la ley formulada por el legislador. El juez no puede limitarse a aplicar el derecho existente, por ello el motivo de lo anunciado en el último párrafo del artículo 14 constitucional, quién

¹³ GÉNY Francisco, *Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo*. Biblioteca jurídica de autores españoles y Extranjeros, Vol. XC. Segunda edición. UNAM 1997.

tendrá que resolver aún ante la ausencia de ley, en los casos de obscuridad o duda o incluso también crearla si no existen preceptos aplicables al caso en concreto.

1.3.1 PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ.

El interés superior de la niñez es considerado un Principio Constitucional por estar contemplado en el artículo cuarto párrafo sexto de nuestra Constitución Federal, principio que tiene su fundamento en la dignidad humana de los niños, las niñas y los adolescentes. Este principio es el rector de todo el sistema de derechos de la infancia, pues obliga a una interpretación e implementación *garantista* de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya que confiere a éstos la seguridad de que en aquellas circunstancias que les afecten, siempre premiarán sus derechos.

El interés superior de la niñez como “Principio rector del *corpus iuris* de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; atiende a las necesidades fundamentales de proteger a éstos, quienes son considerados parte de un grupo vulnerable, independientemente de la condición en la que se encuentren: desarrollo físico, emocional y psicológico”¹⁴. Siendo que, a la luz de lo anterior, se puede afirmar que el Principio del interés superior del niño posee un carácter pluri-objetivo, es decir varios horizontes para su aplicación, pues entraña las siguientes características:

1. Por un lado se configura como un principio programático que obliga al Estado Mexicano a planificar, crear, implementar y fiscalizar políticas públicas, instrumentos normativos, prácticas judiciales y administrativas que aseguren de manera creciente los derechos de los niños, niñas y adolescentes; de tal forma que se asegure su pleno respeto, goce y satisfacción a sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, a fin de lograr su sano

¹⁴ MATUS CALLEROS Elieen, Op.,Cit. P. 18.

desarrollo integral en donde se respete en todo momento la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

Por tanto, no sólo puede limitarse a asegurar la debida asistencia del menor de edad, sino que debe observarse cada vez mayor ejercicio de sus derechos, entre los que se encuentran todos y cada uno de los derechos contenidos en la Convención de los Derechos del niño, en la Convención Americana de Derechos Humanos, Convención de la Haya sobre los aspectos Civiles de la sustracción de menores, en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores, en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en el Código Civil y el Código Procedimientos Civiles Federal, entre otras normas que contemplen derechos humanos y en específico derechos de los niños, niñas y adolescentes.

2. En el mismo sentido que el punto anterior, el Principio Constitucional del interés superior de la niñez es una herramienta útil para la evaluación objetiva de estas políticas públicas, instrumentos normativos, practicas judiciales y administrativas. El cual resulta útil a los tomadores de decisiones para determinar si el Estado Mexicano es respetuoso de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

3. “Figura como un principio sombrilla del cual se engarzan el resto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes debiendo ser aplicado en todos los actos relacionados con los menores de edad”¹⁵. De ahí que, también se haya calificado como un Principio Constitucional, en el sentido de que debe aplicarse en conexión con los principios sustantivos que reconoce la Convención de los Derechos del niño.

¹⁵ LAFAVE, L, *Revista Origins of the Evolution of the Best Interests of the Child Standard*, en South Dakota Law Review, Número 34, trimestral, EUA, 1989, p. 459.

4. Establece un criterio de prioridad en torno al respeto de los derechos y salvaguarda de los intereses de los niños, niñas y adolescentes, relacionados con un procedimiento judicial, de tal suerte que en caso de conflicto entre los intereses de los derechos de un adulto en relación con los de un menor de edad, deben prevalecer jurídicamente los intereses de éste último.

5. Se establece como el fiel de la balanza que ayuda a resolver los conflictos suscitados entre diferentes derechos que se erigen en el ámbito de la Convención de los Derechos del niño.

De todo lo anterior, se deduce que el Principio Constitucional de interés superior de la niñez, además de ser un principio rector de la normativa en materia de niños, niñas y adolescentes, es un principio que relaciona conflictos o choques de los derechos y pone a cargo del Estado medidas especiales de protección en favor de la niñez, por encima de cualquier otro derecho vulnerado a la sociedad.

1.4 SUSTRACCIÓN

Es importante señalar lo que se debe de entender por sustracción, ya que cotidianamente no se reflexiona en ello a tal grado que se le llega a considerar sinónimo de la restitución lo que es erróneo, debido a que para que se dé lugar a la restitución es necesario que primero se dé una sustracción; la sustracción, consiste en que “un menor que se encontraba en un Estado fue trasladado ilícitamente a otro país, lo que implica que dos o más Estados sean parte del mismo acto”¹⁶. Esto atendiendo a la materia penal, por ser el acto ilícito de trasladar a un menor de edad.

En el ámbito Civil, con este término no se refiere al ilícito penal del que plagia como medio de obtener un rescate u otros objetivos como presión política, sino que se está hablando, generalmente, de una pareja en crisis en la que uno de los

¹⁶ MATUS CABALLEROS, Eileen, Op. Cit., p.9.

progenitores priva al otro indebidamente de la compañía de su hijo a lo que se llama guarda y custodia, o de sus visitas, lo traslada del lugar en el que ese niño tenía su vida o su residencia habitual a otro lugar diferente, destacando también que lo hace a decisión propia y aún bajo la resistencia del menor.

Atendiendo a las diversas concepciones que se han destacado, se puede entender que la Sustracción de menor es el acto ilícito de llevarse al menor de edad a otro lugar, sin el consentimiento de la otra persona quién tiene la guarda y custodia o derecho de visitas.

1.5 RESTITUCIÓN

La restitución de menores es definida como “una facultad de quien actúa como protector del incapaz cuya guarda tiene como obligación de ejercer y conservar”¹⁷. A esta facultad protectora por ser de orden Público y de interés social, le tocará al Estado protegerlo. De la misma forma, Nuria González Martín establece, “la Restitución de menores tiene como objetivo la protección de los derechos de guarda, custodia y/o visita asignados a los progenitores.”¹⁸ De tal manera que la Restitución es el resultado lógico esperado después de una sustracción, es decir, para solicitar la restitución se debe tener un acto de sustracción.

La Convención de La Haya sobre sustracción en el año de 1980, presupone dos hipótesis en lo que atañe al ejercicio del derecho de restitución de un menor: retención, es decir que la persona a quien se le confió la custodia provisional para que recibiera la visita de un menor se exceda en el plazo que fue fijada lo cual se traduce en el incumplimiento de la obligación de regresar al menor al lugar de residencia habitual y con la persona que ejerce la custodia permanente; Sustracción o restitución, es decir, que el menor sea desplazado fuera del lugar de

¹⁷ BERRAZ, Carlos, ***Revista de la Protección Internacional de Menores en el Derecho Internacional Privado***, mensual, Argentina, 2000, p. 29

¹⁸ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, Op. Cit., p.29.

su residencia habitual y sometido a una custodia *de facto* a cargo de quien carece de la custodia permanente o incluso temporal.

De lo anterior se infiere que la sustracción es la acción en sí misma de llevarse al menor de edad a otro lugar y la restitución es la consecuencia lógico-jurídica esperada al momento de pedir al Estado como parte de las garantías individuales que tienen todos los individuos por el simple hecho de estar dentro del territorio Nacional, en términos del artículo 42 de la máxima ley mexicana.

CAPÍTULO 2

REGULACIÓN JURÍDICA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ Y DE LA RESTITUCIÓN DE MENORES

2.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADO UNIDOS MEXICANOS

El diez de junio de 2011, fue publicado un decreto de reforma al artículo 1º Constitucional, el cuál entró en vigor al día siguiente, en donde los derechos humanos protegidos y contemplados en los Tratados Internacionales ratificados por México, se elevan a rango Constitucional; reforma que salvaguarda y asegura la aplicación en lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, instrumentos internacionales desarrollados en el presente capítulo; creados para respetar en plena armonía con la Constitución Federal, buscando un equilibrio en la aplicación del Principio de interés superior de la niñez y asegurar la restitución de menores en nuestro país.

Por otro lado, en el artículo 4º párrafo sexto de nuestra Constitución, se encuentra regulado el principio de interés superior de la niñez, estableciendo como obligación del Estado para velar y cumplir la observancia en tal Principio, en todas las decisiones y actuaciones garantizando de manera plena los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Este artículo ha sufrido varias reformas, después de la ocurrida en 1980, señalaba 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”¹⁹, el artículo comenzaba con una oración patriarcal y se colocaba a los padres como intermediarios necesarios, sin respetar el espíritu del derecho internacional sobre la protección de los niños, niñas y adolescentes.

¹⁹PEDROZA S. et al, Los Niños Y Niñas Como Grupo Vulnerable: Una Perspectiva Constitucional, primera edición, editorial cosmos, México 2003, p. 94.

Luego en el 2001, se reforma el artículo multicitado, para ampliar la regulación relativa a los niños y niñas, que tiene como objetivo asegurar un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad para toda la infancia.

Finalmente, el 12 de octubre de 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Federación un Decreto Presidencial en el que se reforma el párrafo 6º del artículo en comento y donde se integra el *principio de interés superior de la niñez* al texto de la Constitución, estableciendo como una obligación del Estado por velar el cumplimiento a este principio logrando garantizar de manera integral los derechos de los menores. La vigencia inició al día siguiente de su publicación, lo que se hace suponer que en todas las actuaciones e intervenciones del Estado, se debe verificar que persista este principio Constitucional referido, por encima de cualquier otro principio, pero sobre todo debe de ser respetado por las leyes secundarias que emanan de la Constitución Federal, como máxima norma jurídica de nuestro país.

En esa misma fecha, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, una adición a la fracción XXIX-P del artículo 73 de nuestra Constitución en donde se establece como facultad del Congreso la expedición de leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, Estados y Municipios en materia de niños, niñas y adolescentes en donde rija el principio de interés superior de los mismos y se dé cumplimiento a lo que establecen los tratados Internacionales de la materia en los que México sea parte.

De tal forma que la adición antes señalada obliga a todas las autoridades del país en sus respectivas competencias y jurisdicciones observar por el cumplimiento al Principio Constitucional de interés superior de la niñez no sólo en sus leyes primigenias si no también en las leyes secundarias.

Ahora bien, por lo que corresponde al estudio sobre los temas de la restitución y sustracción de menores regulados en nuestra Constitución Federal, ésta no hace referencia alguna sobre estos temas en ninguno de sus preceptos.

2.2 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989

El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los derechos del niño, instrumento en materia Internacional que reconoce a todo menor de 18 años de edad como sujetos plenos de derechos.

Desde el punto de vista Internacional “puede considerarse a la Convención como el reconocimiento jurídico de las obligaciones especiales que los Estados contraen respecto de la infancia, en su preámbulo se reconoce que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”²⁰. Lo anterior se refleja desde el momento en que se regula el principio del interés superior del menor, este nuevo instrumento jurídico fue construido con base a la doctrina de protección integral, es decir que expresa un salto fundamental en el aspecto social de la infancia, además en su artículo 3º de la multicitada Convención, hace mención de ello, dispositivo que a la letra indica: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; por lo que al estar contemplado en esta Convención, pone de manifiesto el respeto a dicho Principio, actualmente reconocido en la misma jerarquía que en nuestra Constitución Federal Mexicana.

Dicho instrumento internacional, hace alusión al respeto del Principio Constitucional de interés Superior de la niñez en seis grandes rubros donde intervienen niños, niñas y adolescentes:

²⁰ GRIESBACH, Margarita, El Niño Víctima del delito, primera edición, editorial Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C, México 2005, p.23.

El Artículo 9º, número 1, de la Convención en estudio, indica: “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”; la excepción al precepto para separar al menor de edad de su familia, vela por el cumplimiento al Principio Constitucional de interés superior de la niñez, en caso de detectar maltrato o la existencia de algún delito en que ponga en peligro la integridad física, emocional y sexual de los niños, niñas y adolescentes por parte de la persona que solicita el regreso del menor de edad a su residencia habitual.

El mismo artículo 9º en su punto 3 de la referida Convención, señala: “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”: la excepción para que proceda la solicitud de restitución, se refiere, que si por alguna razón se determina que alguno de los padres no es apto para tener acceso al derecho de visita; se estará apegado al Principio de interés superior de la niñez, en caso contrario el menor de edad estaría corriendo un peligro eminente al convivir con quién puede poner en peligro su integridad física, psicológica y sexual.

En su artículo 18 del instrumento Internacional “los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”, de acuerdo a la institución de la familia y pese a que le corresponde primordialmente a los padres o representantes legales el cuidado de los menores de edad, el Estado debe velar porque

prevalezca el interés superior de la niñez por encima de todos los demás principios y derechos existentes en nuestro país.

El artículo 21 de la multicitada Convención indica que “los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”, en México la institución de la adopción es reconocida, es por ello una de las valoraciones que debe realizar el Estado antes de otorgar la adopción a los solicitantes es asegurar que se respete de manera integral los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En su inciso c) del Artículo 37 de la referida Convención indica: “todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales”, lo anterior asegura a los adolescentes victimarios un acceso a la justicia en donde las determinaciones que se tomen al respecto consideren la condición del niño, niña y adolescente que en la indagatoria en que se actúa no se les revictimice, ni estigmatice, finalmente estos menores de edad victimarios están siendo víctimas también por la sociedad.

Por último el artículo 40 del Instrumento Internacional mencionado, indica: “los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de

que éste asuma una función constructiva en la sociedad”, y su fracción iii) a la letra dice: “Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales”, por lo que en concordancia con el punto anterior, en los procesos ministeriales o judiciales en donde intervengan los niños, niñas y adolescentes como victimarios o violadores a la ley, es necesario el respeto a la dignidad humana, evitando sufrimientos durante el procedimiento y valorando su situación personal y necesidades inmediatas.

Ahora bien, haciendo alusión a la restitución de menores, este instrumento internacional protege a los niños, niñas y adolescentes para que se evite que los trasladen o retengan ilícitamente, tal y como lo indica su artículo 11, número 1 “los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”, por lo anterior se elude el acto ilícito de llevarse al menor de edad a otro lugar, sin el consentimiento de la otra persona quién tiene la guarda y custodia o derecho de visita, y del cuál el Estado tiene la obligación de buscar mecanismos para prevenir y combatir el menor número de traslados o retenciones ilícitos, con ello estaría respetando el Principio Constitucional de interés superior de la niñez.

Dicha Convención al ser ratificado y firmado por México, impone al Estado la obligación estrictamente moral y jurídica de aplicar lo dispuesto por el artículo primero de nuestra Constitución, lo que significa que México se ha comprometido al adecuar sus legislaciones sin contrariar a la Convención estudiada.

De lo anterior se deduce que el país que ratifica o se adhiere a la Convención de los Derechos del Niño, debe realizar una adecuación de forma *real* a la legislación nacional tanto principales como leyes secundarias para cumplir lo que

dispone en la Convención multicitada y por lo tanto el Estado se declara obligado a velar por el interés de todo menor de edad sin hacer algún tipo de discriminación.

2.3 CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN DE MENORES DE 1980

El Convenio relativo fue adoptado en sesión plenaria el 24 de octubre de 1980, cuyos objetivos primordiales se destaca, garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de custodia y visita se respeten cabalmente, con el fin primordial de proteger en todo momento al menor a través de un interés superior de la niñez “este interés si se refleja en el hecho de otorgar facilidades en el reconocimiento de decisiones judiciales”²¹, de ahí la importancia de que este Principio Constitucional, se aplique por encima de toda la gama de derechos, consagrados por la máxima ley mexicana.

Cabe señalar que este pacto Internacional mantiene una relación entre la sustracción con la restitución de menores; una vez que trasladan o retienen ilícitamente al menor de edad a otro lugar, es decir sustraen al menor de edad; deviene el procedimiento de restitución de menores, pidiendo al Estado parte que el menor de edad sea regresado a su residencia habitual.

La Convención en estudio, protege el interés superior de la niñez en cada uno de los Estados parte y señala en su preámbulo: “Los Estados signatarios del presente Convenio, profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia, deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de

²¹ GONZÁLEZ BEILFUSS C, Sustracción Internacional De Niños, editorial Luna, Primera edición, España 1995 p. 93.

establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita, han acordado concluir un Convenio a estos efectos”.

Por lo que este instrumento persigue asegurar el retorno inmediato de los menores de edad desplazados o retenidos ilícitamente de un Estado contratante y hacer respetar efectivamente en los otros Estados contratantes los derechos de guarda y de visita existentes en uno de ellos. Es necesario hacer alusión al artículo 3º, inciso a) de la Convención sobre los aspectos Civiles de la Sustracción de menores, en donde menciona que ”serán considerados ilícitos los traslados y retenciones de menores cuando se hayan producido por infracción de un derecho de custodia atribuido, separado o conjuntamente a una persona, institución, o de cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”, es decir quién se lleve o retenga a un menor de edad a una residencia donde no es la habitual, estará cometiendo una retención o traslado ilícitos.

De la misma manera el mismo artículo 3º inciso b), señala que se considera ilícito los traslados o retenciones “cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado retención o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado a retención”, lo que da entender la protección a aquél que tenga legítimamente la custodia del menor y quién se atreva a infringirlo trasladando o reteniendo a un niño, niña y adolescente a otro lugar donde no es su residencia habitual deberá ser sancionado por haber cometido actos ilícitos.

El artículo 4º de la multicitada Convención, refiere “la Convención dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años”; es de resaltar que esta Convención al referir que aplica solamente para niños, niñas y adolescentes con límite de edad los dieciséis años, se estaría dejando de aplicar lo establecido

a la protección de los menores de edad, es decir de los individuos pasados los dieciséis y dieciocho años de edad se estaría desprotegiendo la obligación que tiene el Estado para velar el cumplimiento a sus derechos. Será que a esa edad, los individuos ya tienen albedrío para decidir su lugar de residencia.

Define los derechos de custodia y de visita, en su artículo 5º, por un lado el derecho de custodia “comprende lo relativo al cuidado de la persona del menor y en lo particular, al de decidir sobre el lugar de residencia”, a lo cuál comprende a los padres ejercer ese derecho, aunque los padres se encuentren separados y por otro lado el derecho de visita “comprende el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente del que tiene su residencia habitual”, como por ejemplo, llevarse de viaje a los hijos.

Por otra parte, la Convención referida, introduce obligaciones hacia las autoridades judiciales o administrativas de los estados parte, encargadas de decidir sobre la restitución de menores o garantizar el ejercicio al derecho de visita. Como lo establece el artículo 8º de la Convención en comentario “La solicitud de restitución debe contener una serie de requisitos, para proceder su tramitación, siendo los siguientes:

- a) Información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que lo haya sustraído o retenido al menor.
- b) Fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla.
- c) Motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor.
- d) Toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que indica estar el menor”.

Los anteriores requisitos, sirven para que las autoridades administrativas y judiciales que les corresponda conocer de la restitución de menores, realicen una pronta investigación y tengan más certera la información para agilizar la

localización del menor y de la persona quién ha retenido o trasladado ilícitamente al menor de edad, con el fin primordial de respetar en todo momento el Principio Constitucional de interés superior de la niñez consagrado en la Constitución Federal.

Cabe aclarar, que de acuerdo a lo señalado por el artículo 13 de la Convención referida, señala tres excepciones para que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no este obligada a ordenar la restitución del menor, si la persona, institución u otro organismo, que se opone a la restitución, demuestra 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 o retención”, esta excepción es razonable en el sentido de que no puede reclamar la restitución a la residencia habitual de un menor, si no acredita personalidad e interés jurídico sobre el menor, también es razonable en el sentido de que si la persona que supuestamente está reteniendo o trasladando ilícitamente al menor de edad ha obtenido el consentimiento de quién legítimamente cuenta con el derecho de guarda y custodia, entonces no se estaría en el supuesto establecido como sustracción de menores y por la tanto la solicitud de restitución de menores resultaría improcedente.

La segunda excepción del numeral en comento, dilucida al expresar que: “cuando existe un riesgo grave de que la restitución del menor, lo exponga a un peligro psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”, esta excepción se puede esclarecer, cuando se suscitó entre el solicitante de la restitución y el menor sustraído o retenido ilícitamente un delito sancionado por las leyes penales mexicanas, como ejemplo violencia familiar, violación, abuso sexual; en donde prevalece en todo momento la protección al Principio Constitucional de interés superior de la niñez, evitando al menor de edad, la exposición a un peligro eminente si es que regresa a vivir con su agresor físico, sexual o emocional.

La tercera excepción en el artículo 13 de la Convención en estudio, expresa que “si se comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y grado de madurez que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones”; lo anterior en vista de respetar su derecho a la participación y otorga al menor de edad cierto protagonismo en el proceso de restitución, por lo cual la autoridad judicial, se hará valer de especialistas para asegurarse que la decisión del menor no haya sido manipulada por el adulto que sustrajo o retuvo al menor de su residencia habitual.

2.4 CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE 1989

Una de las Convenciones más importantes en el tema de la minoridad de edad, con independencia en su origen y foro de creación, cuyo objetivo primordial, como lo establece el preámbulo de la Convención “es asegurar la pronta restitución de menores que tengan su residencia habitual en uno de los Estados parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte o habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente”, de lo anterior se deriva que el Instrumento Internacional en estudio tiene el carácter *inter partes*, pues exclusivamente el Convenio se aplicará entre los Estados Parte, por lo que a *contrario sensu* si el menor procede de un Estado parte pero ha sido trasladado a un tercer Estado no parte, el Convenio no será aplicable lo que establece la Convención en comento, por lo que se vislumbra que es importante que cada vez más Estados formen parte de dicho Convenio, con el fin primordial de Proteger a uno de los grupos más vulnerables que son los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, el preámbulo también menciona como objetivo el de “respetar el ejercicio de derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares”, lo anterior para proteger en todo momento el derecho de los padres hacia los hijos, aún pese a que exista una separación entre los padres. Dice el artículo 2º de

la referida Convención “para los efectos de la Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciocho años de edad”, artículo que guarda plena armonía con la normativa mexicana, ya que en México se considera que los menores de edad son aquellos que no hayan cumplido dieciocho años de edad, protegiendo a lo máximo a los niños, niñas y adolescentes.

Lo establecido en el artículo 6º del instrumento Internacional en estudio, menciona que “son competentes para conocer de la restitución de menores, las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”, lo anterior no indica específicamente el tipo de autoridades administrativas o judiciales que conocerán de la solicitud de restitución en México.

Además del derecho que tiene el actor de presentar, como lo indica el párrafo segundo del artículo 6º de la Convención referida “en situaciones de urgencia, la solicitud directamente a las autoridades administrativas o judiciales del lugar donde se encuentre ilegalmente el traslado o retención o donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio origen a la reclamación”, precepto que protege y respeta el Principio Constitucional de interés superior de la niñez; al permitir al solicitante acudir directamente con las autoridades administrativas o judiciales en donde se encuentre el menor de edad, dicha permisión tiene la finalidad infalible de garantizar las restituciones inmediatas de los niños, niñas y adolescentes.

El artículo 7º del referido instrumento internacional, instituye la llamada autoridad central en los siguientes términos: “para los efectos de esta Convención cada Estado parte, designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le establece esta Convención y comunicará dicha designación la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos”, la Autoridad Central en el caso de México es la Secretaría de Relaciones Exteriores a través de la Dirección General de Protección y asuntos Consulares de la Oficina de Derecho de familia, autoridad central reconocida por el Estado mexicano quién

conocerá del procedimiento de restitución de menores; cabe destacar que pese a que este reconocida dicha autoridad, no indica en alguna ley primaria o secundaria tal señalamiento.

La solicitud de restitución, como lo establece al artículo 9º de la Convención Interamericana de restitución de menores, debe contener varios requisitos:

1. Antecedentes o hechos relativos al traslado o retención ilícitos.
2. Información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor y la persona que ha trasladado o retenido ilegalmente.
3. Fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor de edad.
4. Copia integra de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera o el acuerdo que lo motive.
5. Documentación que acredite la legitimación procesal del solicitante.
6. Certificado o información emitida por la autoridad central u otra autoridad competente del Estado de residencia habitual del menor relativa al Derecho vigente en él.
7. De ser necesario, traducción de los documentos referidos en los puntos anteriores, al idioma oficial del Estado requerido.
8. Indicación de las medidas necesarias para hacer efectivo el retorno.

Requisitos de suma importancia para localizar al menor que fue retenido o trasladado ilícitamente, así como al adulto sustractor, y que sin ellos no habría legitimación e interés jurídico para solicitar el retorno de un menor a su residencia habitual.

Ahora bien, el artículo 11 del presente Instrumento Internacional hace alusión, “ante la solicitud de restitución, el Estado requerido no está obligado a otorgarla si la persona o institución que supuestamente traslado o retuvo ilícitamente al menor de edad, demuestra:

- Que el actor no ejercía efectivamente su derecho al momento del traslado o de la retención, o bien dieron su consentimiento al momento o con posterioridad al traslado o retención.
- Que existe un riesgo grave eminente de que la restitución del menor, pudiera exponerlo a un peligro físico o mental.
- Si el menor de edad, se opone a regresar a su domicilio, y que de acuerdo a edad y madurez sea tomada en cuenta.
- Cuando sea violatoria a los principios fundamentales del Estado requerido sobre los derechos humanos y del niño, como ejemplo violatoria al principio Constitucional de interés superior de la niñez”.

Resulta importante destacar que igual que el Convenio de la Haya sobre sustracción de menores refiere las mismas excepciones que ya fueron desarrolladas, con el fin primordial de ubicar la justicia entre las partes involucradas al procedimiento de restitución de menores.

Por otra parte el artículo 12 del instrumento internacional mencionado refiere que “el procedimiento deberá ser solicitado dentro de un año contado a partir en que el menor fue trasladado o retenido ilegalmente, sin embargo en caso de desconocer el paradero del menor de edad, el tiempo se computará a partir del momento en que se precise su localización”, el plazo de una año que se tiene para solicitar la restitución de un menor de edad es pertinente y adecuado en el sentido de que da otra opción en caso de desconocer el domicilio del menor de edad.

Como lo refiere Nuria González Martín “la dificultad se incrementa cuando en la solicitud de un menor o menores, no se tiene un domicilio. En estos casos es el Director General de Asuntos Policiales e Internacionales e INTERPOL quién solicita la ubicación de los menores, la solicitud se le envía al Jefe de la Agencia Federal de Investigación AFI, la agencia se presenta en aquellas instalaciones donde piense que puede obtener información sobre el paradero o domicilio del

menor o menores, pudiendo presentarse en el Registro Civil, Registro Público de la Propiedad y Comercio, Catastro, Comisión Federal de Electricidad, Policía Judicial, Centro de Readaptación social, correos, Migración, etcétera”²², una vez realizadas todas estas acciones y si se tiene la certeza del domicilio del menor o menores sustraídos o retenidos ilícitamente, entonces empezará a computarse el término de un año.

El artículo 42 del instrumento Internacional establece: “entre los Estados parte de la OEA que fueron parte de esta Convención y del Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980 regirá la presente Convención”, cuestión es de resaltarse como una Convención Regional rige a una Universal, y conforme lo ya estudiado se vislumbra que por lo que toca al tema de la edad, entonces es pertinente aplicar esta Convención multicitada ya que abarca un ámbito de aplicación hasta los dieciocho años de edad, a diferencia de la Convención de la Haya sobre los aspectos Civiles de la Sustracción de menores que refiere la aplicación hasta los dieciséis años.

Sin embargo, el mismo artículo 42 de la referida Convención refiere “ los Estados parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral, la aplicación prioritaria de la citada Convención de la Haya del 25 de octubre de 1980”, dejando a salvo en todo momento, que los Estados parte de común acuerdo decidan que Convención es más benéfica para los niños, niñas y adolescentes, sin contravenir su derecho interno.

²² GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, Op. Cit., p.230.

CAPÍTULO 3

INAPLICABILIDAD AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ CONSAGRADO EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL TRATÁNDOSE DE LA RESTITUCIÓN DE MENORES EN MÉXICO

3.1 FALTA DE APLICABILIDAD AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ POR LA AUSENCIA DE REGULACIÓN DE LA RESTITUCIÓN DE MENORES EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

Cabe hacer notar, que pese a las diversas Convenciones que tratan sobre el la restitución de menores no son suficientes en México, para que compruebe que se esta cumpliendo cabalmente el Principio Constitucional de interés superior de la niñez, ya que las leyes mexicanas internas son omisas respecto al tema de restitución de menores y prácticamente omisas del interés superior de la niñez, temas de suma interés para la protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, provocando con ello que en México cuando alguno de los padres solicita la restitución de menores a otro país donde se presume que está el padre que ilícitamente ha trasladado o retenido a un menor de edad fuera de su residencia habitual, queda desamparado, ya que no existe normativa que regule esta figura, dando como resultado la no aplicación del Principio Constitucional de interés superior de la niñez para el caso en particular.

La mayoría de los Códigos de los diferentes Estados de la República Mexicana como Oaxaca, Chiapas, Guanajuato, San Luis potosí, no observan la figura de restitución de menores y mucho menos el procedimiento para resolver ese tipo de controversias, dando como consecuencia un rechazo en la aplicación de Convenciones.

Como lo establece la definición al Principio Constitucional de interés superior de la niñez, en donde se vislumbra que los derechos de los niños, niñas y adolescentes están por encima de toda la gama de derechos y de principios que

ofrece la normativa mexicana, es de resaltar entonces que el principio no se está aplicando desde diversas vertientes. Por una parte, cuando el padre solicita que su hijo o hija sea regresado a su residencia, se encuentra en total estado de indefensión en el sentido de que no existe en la normativa mexicana la figura de restitución de menores y otorga al Estado Mexicano lagunas de aplicación, porque las autoridades administrativas y judiciales que les corresponde conocer de la solicitud, no cuentan con herramientas jurídicas que funden y motiven su decisión, dejando al arbitrio la aplicación de esas figuras.

Por otra parte el padre que ilícitamente sustrae o retiene al menor de edad en una residencia que no es habitual para él, cuenta con mecanismos y herramientas para defenderse y argumentar que se encuentra apegado a derecho.

Para ambas partes existen mecanismos de defensa, para argumentar que tienen la razón, pueden acudir a diversos recursos e iniciar tardados juicios de amparo; dando como resultado que al menor se esté tomando como un objeto y no como un sujeto de derecho en el que debe prevalecer su interés por encima del interés de los padres, por la simple razón de no estar regulado la solicitud de restitución de menores. Lo que trae como consecuencia que se esté violando lo previsto por la ley mexicana.

3.1.1 CONSECUENCIAS

En consecuencia, la falta de aplicación al Principio Constitucional del interés superior de la niñez, surge por la ausencia de regulación sobre cómo tramitar la solicitud de restitución de menores en las leyes mexicanas, lo que da origen a serios problemas; debido a que existen lagunas para aplicarse las Convenciones que hacen referencia al procedimiento de restitución de menores, problemas que pueden versar por los siguientes aspectos:

En la primera respecto a la competencia, es decir a quién le va a tocar conocer de la solicitud de restitución de menores, ya que artículo 104 Fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos indica: “Corresponde a los tribunales de la Federación conocer: I. de todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano”, por lo tanto la aplicación de las Convenciones que hacen referencia a la restitución de menores en relación con la aplicación al Principio Constitucional de interés superior de la niñez, y la resolución de controversias, competen a los Tribunales Federales.

Lo anterior nos indica que los Tribunales Federales actuarán en competencia concurrente para conocer de restitución de menores, siendo una alternativa del particular para escoger esta competencia, sin que por ello se altere la estructura legal de su pretensión. Sin embargo no pasa por alto la eminente invasión de competencias el ámbito local, para que las Entidades Federativas gozando de autonomía, conozcan del procedimiento de restitución de menores.

Como lo refiere Trigueros Laura “Los tribunales federales son competentes para conocer y resolver una controversia en este supuesto, la aplicación de un tratado internacional. Sin embargo por lo que se refiere a la materia misma objeto de la resolución, la actuación del juez de distrito provocaría una clara interferencia en el ámbito local, una invasión de competencias”²³, si un Juzgado de Distrito admitiere conocer y resolviera sobre un asunto relacionado con la restitución de menores no se estaría frente a un problema de invasión de la competencia local.

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

²³ *Ibíd*em p.40

La situación es diferente por lo que toca a los actos de aplicación de tales acuerdos. La división de competencias entre las instancias Federal y local subsiste. La facultad de las autoridades federales se agota con la celebración de un tratado por el ejecutivo; a partir de ese momento son competentes las autoridades locales para todo lo que se refiere a poner en prácticas sus disposiciones.

La dificultad continúa por cuanto el artículo constitucional mencionado no distingue lo referente al contenido de los tratados. De ahí deriva la necesidad de definir si en estos casos, por virtud de la división de competencias realizadas por la Constitución Federal, los tribunales Federales están impedidos para aplicar las Convenciones de esta naturaleza. En virtud de que carecen de facultades para actuar sobre la materia sustantiva en la que versan.

En esa vertiente, se considera que los instrumentos internacionales por lo que se refiere a criterios para su aplicación, tienen un carácter nacional; es decir deben ser observados en toda la República, sus preceptos son obligatorios para todos los habitantes y autoridades. Por lo tanto, se afirma que son las autoridades federales son las únicas que pueden actuar en este nivel nacional; son ellas las competentes para reglamentar, en los casos en que fuere necesario, los tratados y convenciones de cualquier tipo.

Por lo tanto, no puede afirmarse de manera general que los tratados y convenciones internacionales tengan el carácter de nacional. No pueden aplicarse directamente por los poderes centrales en todo el territorio del Estado. Es necesario que las autoridades locales lo hagan, a través del procedimiento adecuado para ello.

Este problema también ha sido previsto en la comunidad internacional “en el cuerpo de los tratados se han introducido cláusulas que admiten la llamada *reserva federal*. Por medio de ellas el Estado que las utiliza, puede restringir o

limitar su obligación que contrae a ciertas partes de su territorio, y puede asimismo, comunicar apurativamente la ampliación de su aplicación territorial a los demás miembros para que estén en condiciones de aceptarlo”²⁴, México no adicionó en las convenciones estudiadas en el presente capítulo la cláusula Federal, por lo que la aplicación en materia federal o local siguen en esa laguna jurídica, cuestión que deja de proteger a los niños, niñas y adolescentes para aquellos que hayan sido trasladados o retenidos ilícitamente. Ahora bien, se ha analizado como los tribunales federales tienen la facultad para conocer de la tramitación de la restitución de menores, pero también se analizará el la aplicación para el Distrito Federal.

Por cuanto a la competencia, el artículos 156 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se encuadra muy bien en los supuestos sobre restitución de menores y en términos del derecho aplicable, los artículos 14 y 15 del Código Civil para el Distrito Federal. El análisis de esos artículos se harán en postura crítica, lo anterior para hacer una reflexión sobre las grandes lagunas sobre la competencia para conocer del tema de restitución de menores y de la importancia de llevar a cabo una reforma de manera uniforme respetado por todo el Estado mexicano.

El artículo 13 fracción II del Código Civil Federal, menciona lo siguiente: “La determinación del derecho aplicable en el distrito federal se hará conforme a las siguientes reglas: II. El estado y la capacidad de las personas se rige por las leyes aplicables en el distrito federal”, entonces cuales serían las posibilidades de aplicar el derecho extranjero, ya que si siempre se aplica la ley como a la letra indica que posibilidad habría de aplicar lo establecido por el artículo 14 fracción II: “En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: II se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas

²⁴ *Ibíd*em p. 41

mexicanas o de un tercer estado”, la posibilidad de encontrar esta figura desconocida para el estado mexicano como lo es la restitución de menores, pondría a los aplicadores de la ley en una postura vaga, sin saber como actuar, con la posibilidad de que esas decisiones puedan ser impugnadas vía juicio de amparo, y que lo que se establece como Principio Constitucional de interés superior de la niñez se esté dejando de aplicar; inquieta más cuando se vislumbra lo que establece el artículo 15 fracción II: “No se aplicará el derecho extranjero: II.- cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden publico mexicano”, para el caso del padre a quién requieran la devolución del menor a su lugar de residencia , como no descartar que este precepto podría invocarse para su defensa, debido a que no hay una contemplación para los procesos judiciales de restitución de menores “sí y sólo sí se abre un proceso judicial para la substanciación a la petición de restitución” ²⁵, su cumplimiento es estrictamente imposible si no se implementa un procedimiento en que los afectados tengan plena oportunidad de alegar lo que estimen conveniente.

Cabe señalarse que “se debe ser muy escrupuloso para respetar la libertad de los jueces para interpretar la ley, salvo el caso en que la constitucionalidad de una norma pasa por la selección de una serie de determinadas interpretaciones”²⁶, por ello se hace referencia a que existen diferentes foros sobre la competencia para conocer de la restitución de menores, por ello la necesidad de que exista uniformidad en éstos. .

Con el objetivo de vislumbrar este vacío legislativo, por la ausencia de normas que regule los traslados o retenciones ilícitas y máxime sobre quién intervendrá en el procedimiento de restitución de menores, el artículo 156 fracción IV, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece: “es juez competente: el del domicilio del demandado, si se trata del ejercicio de una acción

²⁵ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Revista Lex difusión y análisis, suplemento ecología*, mensual mayo, México 2009, p. 11.

²⁶ *Ídem*

sobre bienes muebles, o de acciones personales o del estado civil”, este artículo no establece la competencia en específico para la restitución de menores, lo que nos hace reflexionar que se debe atender a cada una de las situaciones particulares que se puedan presentar.

Ahora bien, por lo que se refiere a la autoridad central, de conformidad con los términos de la Convención de la Haya, México como estado parte, tiene la obligación de designar a una autoridad central que sirva como canal de comunicación con otras autoridades estatales. Esta autoridad debe proporcionar y solicitar información necesaria en relación con la localización y recuperación de los menores de edad, además de otorgar el apoyo técnico necesario para lograr los objetivos de la convención.

Debe coordinarse con una autoridad federal que regule las actividades que correspondan a cada demarcación territorial y que sirva como órgano de enlace único en el ámbito internacional. En México la autoridad central es el DIF, institución para el Desarrollo integral de la Familia, que es la autoridad central que sirve de enlace hacia el exterior y coordina la actividad de los DIF Estatales, “Su función se circunscribe a proporcionar información a la autoridad competente, sea en su propio país o en el extranjero, a través de los apoyos técnicos necesarios.”²⁷

Por lo tanto, se desempeña como mediador, para lograr la devolución voluntaria del menor a quién tenga derecho a su custodia; esta mediación debe realizarse a través de autoridad judicial competente; dado que la autoridad central tiene carácter administrativo, ésta carece de facultades para ordenar al particular la entrega del niño.

Al comparecer ante la autoridad judicial lo hace en su carácter de autoridad central, como representante de los intereses de quién formuló la solicitud y acreditó su derecho, con fundamento en el tratado. En esa virtud esta legitimada

²⁷ *Ídem*

para actuar, no apoya su gestión en un mandato, pero tampoco carece de una representación jurídica formal, ostenta una especie de representación legal derivada del instrumento internacional y con base en su nombramiento específico.

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

En el escenario del Procedimiento y su fundamento, las convenciones estudiadas en esta investigación, no proveen un procedimiento específico para lograr la restitución. Señala simplemente la obligación de obtenerla lo más rápidamente posible. Deja a los Estados parte en la libertad de recurrir a sus propios procedimientos judiciales o administrativos, pero siempre insiste en que se actúe de inmediato y con urgencia. El procedimiento se instaura con el objetivo de lograr la restitución.

El artículo 133 de la Constitución Federal, faculta a los jueces locales para ajustarse a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

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

No descartar que la aplicación directa de la convención por un tribunal local, puede carecer de legitimación, en la medida en que se está procediendo por una vía inexistente en el derecho local.

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

De todas las consecuencias mencionadas en los rubros que anteceden, se denota la importancia de regular la restitución de menores, con el objetivo primordial de evitar lagunas en la ley y de cumplir cabalmente la aplicación al Principio Constitucional de interés superior de la niñez.

3.2 NECESIDAD DE REGULAR EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL LA RESTITUCIÓN DE MENORES PARA DAR CABAL CUMPLIMIENTO AL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ CONSAGRADO EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

Para hacer factible la propuesta de regular en Código Civil Federal la solicitud de restitución de menores, ya que se considera necesario proteger en todas las figuras jurídicas en México, donde intervengan los niños, niñas y adolescentes y con el objetivo de respetar cabalmente el Principio Constitucional de interés superior de la niñez se perseguirán dos objetivos:

Por una parte se esclarecerá los conceptos sustracción, retención y restitución por ser instituciones desconocidas en las legislaciones existentes de México. Y por otra parte se considera necesario, regular en el Código Civil Federal la restitución de menores, por tratarse de un tema de orden público e interés social, que de intervención a los jueces Federales, familiares de primera instancia en competencia concurrente de conformidad con el artículo 104 fracción I,

Constitucional, y que incluya la acción coercitiva del Ministerio Público como responsable de la sociedad, a los Sistemas Nacionales para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), y a los policías Federales (AFI) e internacionales (INTERPOL), inmersos en un equipo que obligue al cumplimiento de las Convenciones.

Es necesaria una operación de concreción, de transformación aplicativa, para que queden planamente salvaguardadas las garantías de los niños, niñas y adolescentes, de lo contrario no estaría respetándose el Principio Constitucional de interés superior de la niñez.

3.3 ADICIÓN AL ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

La importancia de agregar dentro del mismo artículo 416 del Código Civil Federal, la remisión al capítulo correspondiente de la Sustracción y Restitución de menores, es porque en este artículo se hace referencia al Principio Constitucional de interés superior de la niñez, lo que se pretende en la presente investigación es que se aplique este principio en todas las legislaciones donde intervengan los niños, niñas y adolescentes.

Dicho dispositivo, trata el caso de que los padres se separen y ambos ejerzan la patria potestad, los cuidados y atenciones del menor, con base al interés superior de la niñez quedará bajo uno de los padres. Por ello, se propone la adición al artículo 416 en el Código Civil Federal, para quedar como sigue:

PROPUESTA PARA ADICIONAR EL ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La niñez constituye la población más vulnerable en nuestra sociedad, encontrándose en situaciones de riesgo muchas veces.

Actualmente corresponde al Estado Mexicano y a los padres ser garantes para el respeto a sus derechos humanos, a su dignidad y a la participación de la niñez.

El estado Mexicano tiene la obligación de que se respeten cabalmente todos sus derechos por encima de cualquier otra persona, en la medida que aseguremos tal cumplimiento, se estaría protegiendo el estado natural de vulnerabilidad de la niñez.

Los padres, que cuentan con la patria potestad, adquieren el cumplimiento de respetar en todo momento lo ordenado por el legislador cuando decidió elevar a rango Constitucional el Principio de interés superior de la niñez, guardando la armonía con las Convenciones Internacionales en donde hacen referencia a tal principio.

Por ello, pese a que las parejas decidan separarse, el legislador como una de sus obligaciones, no ha dejado de observar la protección a los niños, niñas y adolescentes, por sobre los intereses de los particulares, en este caso de los padres, dando a los niños su lugar como sujetos de derechos.

Actualmente el artículo 416 del Código Civil Federal, establece observaciones generales cuando los padres deciden separarse, quedando el menor de edad bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos, dicho artículo refiere:

“Artículo 416.- 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 en 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 Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”.

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste 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 de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

Este artículo, para cumplir lo observado por la Constitución, deberá remitir al capítulo IV, lo referente a la propuesta de creación del capítulo referente a la sustracción y restitución de menores.

Por todo lo anterior se realiza la siguiente:

PROPUESTA PARA ADICIONAR EL ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

Artículo 416.- 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 en 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 Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste 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 de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

Para el caso de la solicitud de restitución de menores, se entenderá en términos de capítulo IV de este título.

TRANSITORIOS

ÚNICO.- Esta reforma entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

El ejecutivo del país dispondrá que se publique, circule y se le otorgue debido cumplimiento.

Dado en el salón de sesiones del H. Congreso de la Unión, en la ciudad de México Distrito Federal a los treinta y un días del mes de mayo de dos mil doce.

De conformidad con el artículo 89 fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para su observancia, promulgo el presente decreto en la Residencia del Poder Ejecutivo de la Nación, en la Ciudad de México Distrito Federal a primero de junio de dos mil doce.

**Felipe Calderón Hinojosa, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.
Rúbricas.**

3.4 CREACIÓN DEL CAPÍTULO IV DE LA SUSTRACCIÓN Y RESTITUCIÓN DE MENORES, EN EL TÍTULO VIII DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

Es de vital importancia mencionar que la creación del capítulo IV en el título VIII, dentro del Código Civil Federal, cumpliría cabalmente lo establecido en la Constitución Mexicana es decir, se daría aplicación plena al Principio del interés superior de la niñez, tratándose de la restitución de menores. Propuesta que se hace debido a que guarda relación estrecha con la figura de la patria potestad, por tratarse de un derecho de desarrollo humano para el menor y la intervención de los padres.

Es oportuno reflexionar la importancia de adicionar este capítulo en una legislación federal, para el exacto cumplimiento al Principio Constitucional de interés superior de la niñez, que tienda a restablecer la sana convivencia de los niños, niñas y adolescentes con sus padres, seres dotados de responsabilidad en observancia por el Estado.

Por ello el Estado debe imponer un equilibrio entre las partes que se encuentren inmersos en esa problemática, incluyendo el respeto a todos los derechos de los que intervienen en el procedimiento, pero sobre todo en un punto focal dirigido a niños, niñas y adolescentes, por ello es necesario crear el capítulo cuarto dentro del Código Civil Federal, denominado de la sustracción y restitución de menores, quedando de la siguiente forma:

CAPÍTULO IV DE LA SUSTRACCIÓN Y RESTITUCIÓN DE MENORES

Artículo 449.- Es procedente la restitución de menores cuando una autoridad central solicita a una autoridad central mexicana, el regreso de un menor que haya tenido su residencia habitual en otro estado parte de origen, y que haya sido requerido por la persona o institución que ejerza el derecho de la patria potestad sobre el menor y considere que fue trasladado a alguna parte de la República Mexicana, con infracción de sus derechos vigentes de custodia o de visita, antes de haber sido trasladado o retenido de manera ilícita.

Artículo 450.- Es igualmente procedente la restitución cuando la autoridad central mexicana hace la solicitud a otra autoridad central o donde haya sido trasladado a un menor que tuvo su domicilio actual en México.

Artículo 451.- Para el cumplimiento de los efectos de este procedimiento, se considera sustracción ilegal el acto de desplazamiento por parte de quienes estén ejerciendo la patria potestad sobre el menor o un derecho legítimo de custodia y lo trasladen a otro país, fuera de su domicilio habitual, en el mal uso del ejercicio del derecho de visita que tenga alguna persona o institución sobre el menor, y que se deje de ejercer dicho derecho por haberse producido una retención del menor, durante este lapso de tiempo, por quién lo tenga en custodia.

Artículo 452.- Es obligación de las autoridades centrales, judiciales y administrativas iniciar el procedimiento de restitución del menor que se encuentre dentro de esos supuestos legales, aceptando o negando la solicitud de acuerdo a lo que establece el Código de Procedimientos Civiles Federal y de conformidad con las convenciones o tratados internacionales de los que México sea parte, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en consideración con el interés superior del menor previsto por la constitución federal mexicana.

Artículo 453.- Este capítulo será aplicable a menores de 18 años y sólo para los casos de aceptación o negación de restitución de menor, sin resolver sobre cuestiones de fondo del derecho de custodia.

Artículo 454.- Es motivo de suspensión provisional o definitiva del ejercicio de la patria potestad sobre el menor que fue sometido a una sustracción o retención en contra del padre infractor, como presunción que se hará valer en el lugar del domicilio habitual del menor.

Artículo 455.- Son competentes para conocer de todos los problemas inherentes a la solicitud de restitución internacional de un menor que fue sustraído o retenido fuera de su "residencia habitual", en otro Estado parte y que se encuentre dentro del territorio mexicano, los Jueces de Distrito, de lo Familiar, de Primera Instancia o Mixtos, en caso de ausencia de los anteriores, en aplicación a los Convenios y Tratados de que México sea parte en asuntos de sustracción internacional de menores.

Artículo 456.- Este procedimiento se aplicará a todo niño, niña y adolescente que tenga su residencia habitual en el Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita, hasta antes de que alcance la edad de 18 años.

Para efectos de aceptación u oposición del menor a su restitución, se considerará su madurez y opinión de los 7 a los 18 años.

El procedimiento de este capítulo, se considera de orden público y de interés social.

Artículo 457.- Respecto al procedimiento de sustracción y restitución de menores se aplicara lo estipulado en el código de Procedimientos Civiles Federal, sin embargo ese procedimiento es de tramitación urgente para evitar daños que se pueden producir a los niños y adolescentes, por ese traslado o

retención ilícitos y a las propias partes inmersas en dicho procedimiento, por lo cual el tiempo máximo para dicho trámite será de seis meses computados a partir de la fecha de iniciación en los procesos judiciales.

Artículo 458.- El procedimiento de restitución de menores, se inicia mediante una solicitud ante la autoridad central, denominada para tal efecto a la Secretaría de Relaciones exteriores, la cual está facultada para cumplir los objetivos de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores, para dictar medidas precautorias y cautelares que tiendan a asegurar y preservar el pronto retorno de los menores de edad trasladados o retenidos ilícitamente en nuestro país.

Asimismo los Sistemas para el Desarrollo integral de la Familia (DIF), coadyuvarán con dicha autoridad central para que se realicen medidas de protección urgente a favor de los niños, niñas y adolescentes. Fungirá como responsable para el cuidado y atenciones provisionales de los menores de edad, en lo que se resuelve su situación jurídica.

Artículo 459.- Se dará vista al Ministerio Público adscrito, por ser un procedimiento de orden público y de interés social. En su desahogo de la vista solicitará si es pertinente el arraigo domiciliario del sustractor.

Artículo 460.-En el primer auto inicial se fijará día y hora para que dentro de los tres días hábiles siguientes tenga verificativo la audiencia de conciliación, pruebas y alegatos, que se llevará a cabo el mismo día, la cuál versará sobre los siguientes puntos:

I.- En esta audiencia participarán las partes involucradas con sus abogados patronos, un abogado del menor de edad designado por el juez competente, el Ministerio Público adscrito, peritos y psicólogos que dictaminarán sobre el daño que pudiera tener el menor o en caso de que existan causas de excepción que la propia convención establezca.

II.- Se ofrecerán pruebas documentales, sin requisito de legalización, los que se desahogarán por su propia y especial naturaleza.

III.- Las partes serán oídas por el Juez, quién los exhortará para que den por finalizadas las diligencias mediante un convenio de retorno del menor, regulación de las visitas y convivencias que se tendrán con el padre que lo retuvo ilícitamente.

IV- Se dará tiempo de alegatos a cada parte para que manifiesten lo que a su derecho convenga.

V- La sentencia definitiva se dictará dentro de los cinco días hábiles siguientes a que se haya desahogado la audiencia de desahogo de pruebas y alegatos.

Artículo 461.-Se consideran como medidas precautorias y cautelares para substanciación del procedimiento de restitución de los menores relacionados con una sustracción los siguientes:

I.- El depósito inmediato del menor al juez que conozca del asunto, quién inmediatamente dará aviso al Procurador de la Defensa del Menor del que corresponda para que se decida un lugar temporal que se hará cargo del cuidado del menor durante el procedimiento.

II.- El arraigo del padre sustractor para que personalmente se presente a todas las diligencias realizadas en el procedimiento de restitución del menor.

III.- El depósito de los documentos migratorios y pasaporte ante el juez que conozca del asunto, hasta la terminación del procedimiento de restitución.

IV.- Multa por 300 días de salario mínimo vigente en el lugar en donde se encuentre el menor por negativa a presentarlo.

V- arresto por 36 horas incommutables en caso de desacato por órdenes judiciales.

VI.- Cateo para el caso de ser necesario, orden de rompimiento de cerraduras, auxilio de la fuerza pública, para la substanciación de la restitución del menor a su residencia habitual y entrega del menor.

Para la ejecución de medidas precautorias y cautelares para substanciación del procedimiento de restitución de los menores relacionados con una sustracción, se podrá solicitar el auxilio de la Agencia Federal de Investigación (AFI) y la INTERPOL (Organización Internacional de Policía Criminal), quién a través del Juez que conozca de la tramitación de restitución de menores, ejecutará las órdenes.

La propuesta de regular en el Código Civil Federal, un capítulo específico sobre la sustracción y restitución de menores, es de suma importancia, ya que se considera que sería óptimo la regulación en materia familiar y sobre todo que esta regulación esté unificada para todas y cada una de las entidades federativas.

Como lo refiere Sonia Rodríguez “tendríamos un solo cuerpo normativo aplicable, creado en un mismo contexto social- político- económico. Considerar esta materia como Federal y no Estatal con el objetivo de simplificar los cuerpos normativos aplicables y conseguir una interpretación uniforme y pareja”.²⁸ Lo que traería como consecuencia una adecuada aplicación y cumplimiento del principio del interés superior del menor, consagrado en la Constitución Federal mexicana.

A la luz de lo anterior, si existe un criterio uniforme sobre los términos y la forma de aplicarse las solicitudes de restitución de menores en México evitará lagunas en la ley que puedan ser sujetas a impugnarse vía juicio de amparo,

²⁸ RODRÍGUEZ, Sonia. *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, Primera edición, editorial Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2006, p. 21.

dando cabal cumplimiento a la protección del Principio Constitucional de interés superior de la niñez establecido en la Constitución Federal.

Es imperativo del Estado y de la sociedad coadyuvar esfuerzos que permitan la protección a los derechos por sobre toda la gama de derechos, por ello la importancia de que los legisladores se den a la tarea de aplicar el principio Constitucional de interés superior de la niñez en las leyes secundarias y para el caso en concreto sobre la restitución de menores.

La importancia de introducir la regulación de restitución de menores en una ley que sea aplicada de manera general para todo el territorio Nacional, “restablecerá dentro de un marco jurídico, la sana convivencia que debe prevalecer entre dos seres que fueron dotados por la naturaleza de la alta responsabilidad del cuidado de su prole, aun cuando sus orígenes, costumbres y culturas sean distintas en relación a un menor de edad inmerso en una problemática de desintegración familiar y otorgar al juzgador las herramientas para darle cumplimiento al compromiso internacional adquirido por México ante la comunidad Internacional²⁹”, cuestión que brinda a todas luces la falta de aplicación al Principio Constitucional de interés superior de la niñez insertado en nuestra Constitución Federal, la postura del legislador es ubicar a este principio por encima de toda la gama de derechos existentes en México, al no encontrarse contemplado se estaría mermando la aplicación a este principio Constitucional.

²⁹TRIGEROS G, Laura. Revista Alegatos, cuatrimestral septiembre-diciembre, número 25, México 2003 p.11.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Hoy en día el Principio de interés superior de la niñez se encuentra inmerso en el texto de la Constitución Federal, la intención del legislador fue respetar por encima de todos los derechos de los individuos, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y en donde se tiene que observar en todas las figuras jurídicas donde intervenga un menor de edad, su exacto cumplimiento en armonía con este Principio; por lo que corresponde a la restitución de menores, en México no está regulado el procedimiento y por ende no se está aplicando el Principio Constitucional de interés superior de la niñez.

SEGUNDA.- Actualmente Existen instrumentos internacionales que regulan la figura de restitución de menores y contemplan el Principio Constitucional de interés superior de la niñez, sin embargo en México carece de normatividad que regule de manera uniforme en toda la República Mexicana la forma en que se debe solicitar la restitución de menores ya que las leyes mexicanas son omisas en este tema y es importante que los participantes en el proceso de la restitución de menores, tengan claro la tramitación y seguimiento, para brindar una correcta certeza jurídica.

TERCERA.- A pesar de que México ha ratificado instrumentos internacionales sobre la restitución de menores, aún no cuenta con ordenamientos necesarios para la aplicación del Convenio dejando lagunas graves en la normativa mexicana, y provocando que las partes involucradas en el procedimiento de restitución de menores, tengan un abanico de recursos y juicios de amparos para promover haciendo de la tramitación y substanciación de la restitución de menores, procesos tardados y perdiendo su esencia.

CUARTA.- A falta de ordenamientos vigentes en México sobre la sustracción y restitución de menores, y pese a que en México conforme a la reforma Constitucional al artículo 1º mantiene a los instrumentos internacionales en la

misma jerarquía con la Constitución Federal, aun así no es suficiente que formen parte del derecho Mexicano si no se conocen dichos instrumentos, falta una mayor difusión de las Convenciones que México ha ratificado sobre todo tratándose de los niños, niñas y adolescentes en donde prevalece el Principio de interés superior de la niñez por encima de toda la gama de derechos existentes.

QUINTA.- Es de suma importancia introducir la regulación de restitución de menores en una ley que sea aplicada de manera general para todo el territorio Nacional, debido a que si se deja la autonomía a todos los Estados de la República Mexicana de aplicar a su arbitrio la tramitación de restitución de menores, se estaría complicando la interpretación al existir diversos criterios para juzgar, interpretación que ocasionaría contradicción de tesis para los encargados de aplicar la ley.

SEXTA.- Es imperativo del Estado y de la sociedad coadyuvar esfuerzos que permitan la protección a los derechos por sobre toda la gama de derechos, por ello la importancia de que los legisladores se den a la tarea de aplicar el Principio Constitucional de interés superior de la niñez en las leyes secundarias y para el caso en concreto sobre la restitución de menores.

SÉPTIMA.- Es necesario insertar en una legislación aplicable para toda la República Mexicana, los conceptos jurídicos básicos para solicitar la restitución de menores y cuestiones de observancia general aún si no se encuentran mencionados en las Convenciones ni en nuestra legislación mexicana, tales como los términos interés superior de la niñez, sustracción, restitución, derecho de visita, derecho de guarda, denominación de la autoridad central, la edad y tiempo máximos para solicitar la restitución de menores, lo anterior para lograr una uniformidad referente a la técnica jurídica.

OCTAVA.- Es de imperante necesidad, regular la competencia para las autoridades judiciales y administrativas que conozcan de la tramitación sobre la

restitución de menores, lo anterior para evitar invadir competencias con todas las Entidades Federativas de México, y para que las partes tengan claro que esas autoridades administrativas y judiciales que conozcan de la restitución de menores únicamente versarán en el estudio de la solicitud y más no en temas de fondo como la decisión de la guarda y custodia, patria potestad, régimen de visitas, entre otros; lo que corresponderá conocer a la autoridad competente designada para ello, en virtud de tratarse de cuestiones con naturaleza diferente.

NOVENA- Con la Introducción de un capítulo sobre restitución y sustracción de menores en el Código Civil Federal, se tendría un exacto cumplimiento al Principio Constitucional de interés superior de la niñez, que restablecería la sana convivencia de los niños, niñas y adolescentes con sus padres, seres dotados de responsabilidad en observancia por el Estado y otorgando a los niños, niñas y adolescentes como seres humanos sujetos de derechos el cabal respeto a todos sus derechos universalmente conocidos.

FUENTES CONSULTADAS

BIBLIOGRÁFICAS

DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, et. al, Derecho Familiar, segunda edición, editorial Porrúa, México 2004.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo Introducción al Estudio del derecho, Undécima edición, editorial Porrúa, México 1965.

GÉNY Francisco, Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo. Biblioteca jurídica de autores españoles y Extranjeros, Vol. XC. Segunda edición, UNAM 1997.

MATUS CALLEROS, Elieen, Derecho Internacional Privado ante la restitución Internacional de menores, primera edición, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas del Instituto Tecnológico Autónomo de México, México 2009.

NURIA GONZÁLEZ Martín. La familia Internacional en México, Primera edición, Editorial Porrúa, México 2009.

PEDROZA S. et al, Los Niños Y Niñas Como Grupo Vulnerable: Una Perspectiva Constitucional, editorial cosmos, México 2003.

RODRÍGUEZ, Sonia. La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano, Primera edición, editorial Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2006.

SÁNCHEZ MARQUÉZ, Ricardo. Derecho Civil, primera edición, editorial Porrúa, México 2002.

METODOLÓGICAS

WITKER, Jorge, Metodología Jurídica, editorial Mc GRAW-HILL, México 2007.

WITKER, Jorge, Técnicas de Investigación Jurídica, Editorial Mc GRAW-HILL, México 1996.

LEGISLATIVAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención de Viena Sobre los derechos de los tratados

Declaración Universal de Derechos

Convención sobre los Derechos del Niño

Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores

Código Civil Federal

Código de Procedimientos Civiles Federal

Ley para la protección de los niños, niñas y adolescentes del Distrito Federal

Código Civil para el Distrito Federal

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

ECONOGRÁFICAS

PALOMAR DE MIGUEL Juan, Diccionario para Juristas, Tomo II J-Z, editorial Porrúa, México 2000.

HEMEROGRÁFICAS

BERRAZ, Carlos, Revista la Protección Internacional de Menores en el Derecho Internacional Privado, mensual, Argentina, 2000.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, Revista Lex difusión y análisis, suplemento ecología, mensual mayo, México 2009.

FIX ZAMUDIO Héctor. El Juez ante la norma Constitucional, revista de la Facultad de derecho de México. Tomo XV. Número 57, México 1995.

GARCÍA CANALES M. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Trimestral Abril-Junio, número 64, México 1989.

LAFAVE, L., Revista Origins of the Evolution of the Best Interests of the Child Standard, en South Dakota Law Review, Número 34, trimestral, EUA, 1989.

TRIGEROS G, Laura. Revista Alegatos, cuatrimestral septiembre-diciembre, número 25, México 2003.

MESOGRAFÍCAS

Licencia bajo la GNU Free Documentation License, tema a consultar: familia biológica, fecha de consulta 29 de marzo de 2012, hora de consulta: 23:03, disponible en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Familia_\(biolog%C3%ADa\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Familia_(biolog%C3%ADa)).