



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

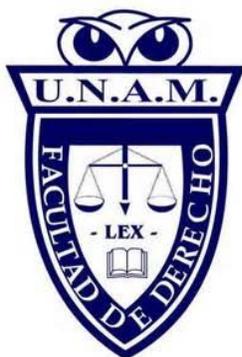
**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL**

**“RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES,
LA NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO
ESPECIAL”**

**TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A:
ANA KARINA LOZANO BAUTISTA**

**ASESOR DE TESIS:
LIC. ARTURO GÓMEZ PADILLA**



MÉXICO, D.F.

2015



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Índice	Página
Introducción	1
Capítulo 1 Marco teórico-conceptual	4
1.1 Antecedentes de la protección Internacional de Menores	4
1.2 Movilidad internacional y conceptos básicos	6
1.2.1 Significado de familia	7
1.2.2 Significado de menores	10
1.2.3. Patria potestad	14
1.2.4 Guarda o custodia	18
1.2.5 Derecho de visita	21
1.2.6 Residencia habitual	22
1.2.7 Traslado y retención	25
1.2.8 Interés superior del menor	26
1.2.9 Restitución internacional de menores	36
Capítulo 2 Legislación aplicable	38
2.1 Marco jurídico internacional	39

2.1.1 Convención de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980	39
2.1.2 Convención interamericana sobre la restitución internacional de menores	56
2.1.3 Convención sobre los derechos del niño	60
2.2 Legislación local, tesis y jurisprudencias	72
Capítulo 3 Problemática actual	83
3.1 Obligaciones internacionales	84
3.2 El incumplimiento de tratados internacionales	87
3.3 Problemas de la inexistencia de un procedimiento especial de restitución	90
Capítulo 4 Procedimiento de restitución internacional de menores	94
4.1 Ejecución actual en México	94
4.2 Etapas del procedimiento	100
4.2.1 Etapa administrativa	100
4.2.2 Etapa judicial	101
4.3 Ley Modelo sobre normas procesales para la	

aplicación de los convenios de sustracción internacional de menores	102
4.3.1 Objeto procesal	104
4.3.2 Finalidad del proceso	105
4.3.3 Principios procesales	108
4.3.4 Sujetos procesales	108
4.3.4.1 Tribunal	108
4.3.4.2 Partes legitimadas para intervenir	110
4.3.4.3 Niño, niña o adolescente	111
4.3.4.4 Representante de la causa pública	112
4.3.4.5 Auxiliares del tribunal	112
4.4 Estructura procesal	113
4.4.1 Primera fase	113
4.4.2 Segunda fase	114
4.4.2.1 De la solicitud de restitución	114
4.4.2.2 Audiencia	118
4.4.3 Segunda instancia	120

4.5 Consideraciones procesales	122
Conclusiones	125
Bibliografía	129
Anexo	I

Introducción

La sustracción internacional de menores es un problema que agobia a la niñez de muchas naciones. En un intento por remediarla, los países han convenido en general un mecanismo de Restitución Internacional mediante el cual, se busca que el menor objeto de sustracción regrese con la persona quien detenta los derechos de guardia y custodia.

En México a pesar de haber ratificado la “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” y la “Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores”, cuenta con un marco jurídico ineficiente e incluso ineficaz para dar cabal cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas.

El punto de inicio de esta investigación parte de las siguientes premisas: ¿qué es la restitución?, ¿por qué surge?, ¿con qué figuras nos encontraremos al abordar este tema?, ¿cuáles son las controversias que se pueden y deben resolver en una restitución?, a ello nos referiremos en el capítulo 1.

En el capítulo 2 se realiza un análisis de las convenciones que regulan la materia y así como las que se vincula con la tutela de los derechos humanos de los niños. En el ámbito internacional es evidente la preocupación por los derechos de la infancia y ello hace indispensable conocer las acciones que se han adoptado en México al respecto.

En ese orden de ideas, analizaremos la legislación nacional en ésta materia, así como las tesis y jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En el capítulo 3 se analizan los siguientes puntos: ¿qué es una obligación internacional?, ¿en qué momento surge?, ¿qué consecuencias genera? y, por supuesto ¿qué consecuencias genera su incumplimiento?, ¿México tiene una obligación?, ¿cumple con ella?, todo esto con el fin de vincular los conceptos, la legislación, y los aspectos prácticos en la substanciación de los procedimientos judiciales de restitución en nuestro país y todas sus implicaciones.

Finalmente en el capítulo 4 se estudia la forma en que se lleva a cabo el procedimiento en México y el contenido de la “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Menores”.

Uno de los objetivos principales de esta investigación es compartir con el lector, no sólo con el estudioso del derecho sino con cualquier persona que tenga interés en la materia, la parte humana que se esconde detrás de cualquier procedimiento legal.

Es de resaltar que las decisiones tomadas en un proceso de esta índole afectarán el futuro de menores que desafortunadamente no siempre son escuchados.

No se trata de perder de vista el aspecto jurídico, se trata de tener siempre presente que las decisiones que se toman en los juzgados tienen repercusiones en la vida de las personas y que sus efectos no se agotan en el texto de la sentencia, toda vez que los individuos afectados por la resolución que al efecto se emita tendrán que modificar su vida para acatar la misma.

La responsabilidad es mucha, la regulación insuficiente, incompleta y ambigua, por lo cual consideramos factible que mediante este trabajo de investigación, se realice una propuesta adecuada que aporte una solución práctica en el tema que nos ocupa.

Capítulo 1

Marco teórico-conceptual

1.1 Antecedentes de la Protección Internacional de Menores

Dentro del mundo jurídico en la antigüedad, los menores fueron ajenos al concepto de persona al igual que mujeres y esclavos, es a partir del siglo veinte en donde se plantea la preocupación por proporcionarles a los niños y niñas mejores condiciones en cuanto a educación, salud, alimentación y protección jurídica.

La “Declaración de Ginebra” es el primer instrumento jurídico internacional que reconoce de manera puntual los derechos del niño, fue aprobada por la Sociedad de las Naciones en 1924 pero solamente impone a los adultos la prestación de obligaciones asistenciales y mantiene a los menores como objetos de la obligación mas no como sujetos de un derecho.

Esa Declaración revisada y ligeramente ampliada, sirvió de base para que la Organización de las Naciones Unidas aprobara, en 1948, una segunda “Declaración de los Derechos del Niño”.

Once años después, el 20 de noviembre de 1959, surge la tercera “Declaración de los Derechos del Niño” adoptada por unanimidad de votos en la Asamblea General de las Naciones Unidas, esta declaración es considerada el documento en el que se cristalizan los esfuerzos internacionales por reconocer la

especificidad de los derechos de las niñas y los niños, a diferencia de las anteriores, ésta sí reconoce a los niños como sujetos de derecho, dejan de ser objetos de derecho y los obligados ya no son los hombres y mujeres de todas las naciones, sino que están específicamente determinados al instar a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas.

Tuvieron que pasar 30 años desde que surgió la “Declaración de los Derechos del Niño” para que se presentara ante la Organización de Naciones Unidas el “Proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño”, esta fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre del año de su presentación, 1989, y ratificada por nuestro país en 1990.

La “Convención sobre los Derechos del Niño” es el instrumento internacional más importante de todos los previamente aprobados pues además de comprender todos los derechos de los niños en un solo documento, es el primer tratado con fuerza vinculatoria para los Estados parte en la materia.

La “Convención sobre los Derechos del Niño” impone a los Estados parte la obligación de proteger los derechos de la infancia, para lo cual deberán tomar

las medidas conducentes tanto administrativas como legislativas para que los niños disfruten de los derechos que la Convención les reconoce¹.

Nueve años antes de la adopción de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, se adoptó la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” el 25 de octubre de 1980, por su parte en el mismo año de la adopción de la “Convención sobre los Derechos del Niño” el 15 de julio de 1989 se adoptó en Montevideo, Uruguay la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”.

1.2 Movilidad internacional y conceptos básicos

Una vez presentada la evolución histórica de las Convenciones que se encargan de tutelar los derechos de los menores y con el propósito de entender la materia objeto de estudio, esto es, la restitución internacional de menores, es necesario saber cómo surge este fenómeno y precisar los conceptos básicos que se utilizarán a lo largo de la investigación.

Uno de los factores que dan lugar a un procedimiento de restitución es la movilidad internacional de personas, misma que se ha incrementado drásticamente en los últimos años, según el Primer Informe del Sistema

¹ Cfr. ÁVAREZ DE LARA, Rosa María, El concepto de niñez en la Convención de los Derechos del Niño y en la legislación mexicana, S.N.E., Editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, D.F., 2011, págs. 1 y 2.

Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas² solamente en nuestro país durante la primer década de los años 2000, han emigrado nueve millones cuatrocientos veintinueve mil ochocientos ochenta y dos personas, el principal destino son los Estados Unidos de América con una cifra de nueve millones trescientos treinta y seis mil quinientos treinta personas.

Es un fenómeno social natural que se ha visto favorecido con el avance y fácil acceso a medios de comunicación y transporte, sin embargo en la presente investigación, más allá del cambio de residencia que se efectúa con el objetivo de alcanzar un mejor nivel de vida, en lo que centraremos nuestra atención es en el derecho de familia que ahora se desarrolla en un mundo globalizado, las familias que se crean como consecuencia del traslado transfronterizo de personas representan un reto para el derecho pues exigen su reconceptualización y actualización para lograr la solución de conflictos frente a familias multiculturales o multinacionales.

1.2.1 Significado de familia

Un concepto fundamental que debemos de tener claro es el de “familia”, antropólogos, sociólogos, psicólogos y en general todo aquel que estudia al ser

² *Cfr.* ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Migración Internacional en las Américas” en Primer Informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas, Washington, D.C., 2011. http://www.migracionoea.org/sicremi/documentos/SICREMI_2011.pdf

humano y sus relaciones sociales primarias, afirman que la familia es tan antigua como la propia humanidad.

Rousseau afirmó que la familia es la más antigua de las sociedades y la única que surge espontáneamente por razones naturales, aunque la continuidad en la misma se da por una voluntad de sus miembros de seguir unidos.³

Recaséns Siches coincide al calificar a este núcleo social primario como un grupo surgido por las necesidades naturales de sus integrantes, sobre todo aquellas referidas a la crianza y al sostenimiento de los hijos e hijas, sin embargo señala que lo anterior es una consideración incompleta ya que si bien es cierto que la familia es un producto de la naturaleza, es también una institución creada y estructurada por la cultura a fin de regular a los individuos, sus relaciones, su conducta y todo aquello relacionado con el intercambio generacional.⁴

El concepto familia ha evolucionado a lo largo de la historia y actualmente se enfrenta a nuevos retos, no es posible presentar una definición universal para explicarla.

³ Cfr. ROUSSEAU, Juan Jacobo, "El contrato social", citado por PÉREZ DUARTE Y N., Alicia Elena, Derecho de Familia, 1ª ed., Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM., México, D.F., 1990, pág.1.

⁴ Cfr. RECASÉNS SICHES, Luis, "Sociología", citado por PÉREZ DUARTE Y N., Alicia Elena, Derecho de Familia, 1ª ed., Editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM., México, D.F., 1990, pág. 7.

De cualquier forma diversos instrumentos internacionales han proporcionado un concepto de la familia, entre ellos, la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” en su artículo 16º señala: *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*⁵, por su parte el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en su artículo 10º establece: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges (...)”*.⁶

La falta de una definición homogénea de familia no impide señalar su importancia universal, puesto que le corresponde la realización de determinadas funciones tales como: reproducción biológica, crianza, formación de identidad personal, satisfacción de necesidades afectivas y de seguridad y desarrollo de la identidad psicosocial.⁷

⁵ CENTRO DE INFORMACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), Francia, París, 10 de diciembre de 1948. <http://www.cinu.mx/onu/documentos/declaracion-universal-de-los-d/>

⁶ SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Nueva York, Estados Unidos de América, 16 de diciembre de 1966, D.O.F. 12 de mayo de 1981, en [Tratados celebrados por México](http://www.sre.gob.mx), <http://www.sre.gob.mx>

⁷ Cfr. PÉREZ DUARTE Y N., Alicia Elena, [Derecho de Familia](#), 1ª ed., Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM., México, D.F., 1990, pág.1.

Podemos señalar la existencia de diferentes tipos de familia que han dado origen a clasificaciones tales como: familias nucleares, extendidas, monoparentales, homoparentales, ensambladas; cada una con las particularidades propias de la individualidad y personalidad única de cada uno de sus componentes.

La familia es la primigenia célula de organización, el primer grupo social al que se enfrenta el ser humano y donde además de definirse como individuo encontrará refugio, apoyo y cariño; además su estabilidad psicológica y emocional, sobre todo en sus primeros años de vida, depende en su totalidad del grupo familiar y su adecuado o incorrecto funcionamiento se reflejará en la realidad del Estado.

1.2.2 Significado de menores

El concepto “menor” implica dos connotaciones ópticas: la jurídica y la semántica, refiriéndose la primera a la fijación de la minoría de edad que se establece en los diferentes tratados internacionales de los que México es parte y en las respectivas legislaciones internas de los Estados, esto es, la determinación que se incluye en cada convenio o ley para delimitar su ámbito de aplicación personal; por otro lado la connotación óptica semántica es la que se refiere a la utilización del concepto en los convenios y su impacto en el Derecho Internacional Privado.

Dentro de la connotación jurídica es fundamental que el concepto sea delimitado en su vertiente numérica ya que los convenios existentes señalan distintas edades para fijar la minoría, al respecto señala Berraz: *“estas diferencias de calificación, y, si se quiere, la carencia de un criterio uniforme respecto del tema, plantean una situación contradictoria y marcan una suerte de desprolijidad en la labor de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado) (...). Más allá de tener presente lo arduo que resulta desarrollar una labor como la desempeñada, entendemos que el proceso de codificación encarado por las CIDIP deberían guardar uniformidad en cuanto a las calificaciones adoptadas. Ello, a pesar de entender que se trata de cuestiones distintas y de que, a nuestro criterio, la edad de dieciocho años resultaría la más apropiada”*.⁸

Coincidimos con esta opinión pues creemos que debería mantenerse un criterio uniforme que proporcione seguridad jurídica en la práctica, toda vez que la edad a la que se considera o deja de considerarse menor a una persona varía ya no sólo entre Estados sino entre Convenciones. Creemos igualmente que la edad de dieciocho años es la idónea por ser la que establece la “Convención sobre los Derechos del Niño” y que por tanto resulta aceptada universalmente.

⁸ BERRAZ, Carlos, “La Protección Internacional del Menor en el Derecho Internacional Privado”, citado por GONZÁLEZ MARÍN, Nuria, Familia internacional en México. Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2009, pág. 26.

En este contexto existen tres grupos de Convenciones que protegen a la infancia y cuyos ámbitos de aplicación difieren entre sí.

El primero fija su ámbito de aplicación a todo aquel menor de 16 años, en este grupo encontramos la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” y la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” mismas que serán objeto de análisis más adelante.

El segundo grupo establece su ámbito de aplicación a los menores de 18 años.

Finalmente, el tercer grupo fija la minoría de edad a los 21 años, es el caso del “Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias respecto a Menores.”

Por su parte, en el ámbito interno, la “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” en su artículo 34º señala: *“Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos: I.- Haber cumplido 18 años, y II.- Tener un modo honesto de vivir.”*⁹, de lo anterior concluimos que en el caso de México se considera como mayor de edad aquella persona mayor de 18 años.

⁹ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 34ª ed., Editorial Esfinge, México, 2013, pág.103.

Por su parte el artículo 646 del “Código Civil para el Distrito Federal” es muy claro al señalar que: *“La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos”*¹⁰, mientras que la “Ley para la protección de los derechos de los niñas, niños y adolescentes” nos ofrece una diferenciación entre niños y adolescentes en su artículo 2º que a la letra dice: *“Para los efectos de esta ley, son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos.”*¹¹

Por lo que se refiere a la connotación semántica, se ha propagado en la legislación mexicana el cambio de “menor” por el de “niños, niñas y adolescentes”, y se considera al primero como desfasado, obsoleto y hasta peyorativo; sin embargo en el contexto de Derecho Internacional Privado la denominación correcta es la de “menores” sin ningún tipo de connotación excluyente o negativa. Lo anterior es claro en los títulos de los tratados internacionales de la materia, como son, la “Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores”, la “Convención Internacional para la Supresión de la Trata de Mujeres y Menores” y la “Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional”, por mencionar algunos.

Al hablar de menor, nos referimos a una persona que es titular de los mismos derechos fundamentales que tendría cualquier otra pero además, de los que se le puedan atribuir como parte de un sector altamente vulnerable, así, se da

¹⁰ “Código Civil para el Distrito Federal”, S.N.E., Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México, 2013, pág. 88.

¹¹ “Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes”, última reforma 19 agosto 2010 en Leyes Federales Vigentes www.diputados.gob.mx

origen a un conjunto extenso y complejo de derechos inviolables, personales e irrenunciables.

El menor es aquella persona cuya capacidad de obrar y/o actuar se encuentra limitada y necesita de la figura de la patria potestad o tutor.

El menor es incapaz como adjetivo mientras que la incapacidad es un status temporal.

1.2.3 Patria potestad

El Derecho romano edificado sobre la idea del ejercicio del poder y del mando, consecuencia de la estructura militar y aristocrática del Estado, concibió a la patria potestad como una institución del derecho civil por virtud de la cual se le confería al jefe de familia un poder riguroso y absoluto sobre sus descendientes pues no se modificaba ni por la edad ni por el matrimonio de los hijos; la autoridad del padre se borraba frente a la del abuelo; pertenecía sólo al jefe de familia al cual le estaba dado castigar, vender, abandonar y hasta matar a sus hijos.¹²

A pesar de que la figura de la patria potestad no es mencionada en la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de

¹² Cfr. CÁRDENAS CAMACHO, Alejandro, “Alcances de la patria potestad y la custodia” en Congreso Internacional de Derecho de Familia 22 al 24 de Noviembre de 2005, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM., México, D.F., 22-24 Noviembre 2005, págs. 2 y 3.

1980”, consideramos fundamental explicar lo que significa en el sistema jurídico mexicano por la importancia que reviste en nuestro país.

Con relación a la patria potestad el Título Octavo, Capítulo Primero, artículo 411 del “Código Civil para el Distrito Federal”, se refiere a los efectos de la misma respecto de los hijos y señala: *“En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición.*

Quienes detentan la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.”¹³

El artículo 413 del mismo ordenamiento va más allá al establecer de manera específica sobre quien se ejerce la patria potestad: *“La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guardia y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.”¹⁴*

¹³ “Código Civil para el Distrito Federal”, *Op. Cit.*, pág. 55.

¹⁴ *Ídem.*

Siguiendo la línea que nos presenta el “Código Civil para el Distrito Federal” es necesario señalar el artículo 414 Bis, que establece: *“Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:*

I.- Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;

II.- Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;

III.- Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y

IV.- Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

*Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias. (...)*¹⁵

Bejarano señala que: *“La patria potestad es una situación jurídica, que tiene como fuente el hecho jurídico del nacimiento y ocasionalmente el parentesco*

¹⁵ “Código Civil para el Distrito Federal”, Op. Cit., pág. 55.

*civil, y se constituye por un conjunto de deberes y derechos imputados al titular, que crea igualmente derechos a favor de los menores sujetos al poder paterno.*¹⁶

Por su parte el maestro Galindo Garfias la define como: “(...) *una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habido fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación.*”¹⁷

Por otro lado y derivado de la interpretación a *contrario sensu* de la jurisprudencia denominada **“PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA NO CONLLEVA INDEFECTIBLEMENTE IMPEDIR QUE EL MENOR EJERZA EL DERECHO DE CONVIVENCIA CON SUS PROGENITORES**¹⁸”, podemos señalar que la patria potestad se conforma por una serie de derechos respecto de los hijos, tales como exigir la obediencia y el respeto de los menores, la facultad de llevar su representación legal, la administración de sus bienes, decidir, participar y opinar sobre asuntos inherentes a su educación,

¹⁶ BEJARANO Y SÁNCHEZ, Manuel, Controversias del orden familiar. Tesis discrepantes, S.N.E., Editado por Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, D.F., 2004, pág. 55.

¹⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, S.N.E., Editorial Porrúa, México, D.F., 1993, pág. 669.

¹⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “*Patria Potestad. Su pérdida no conlleva indefectiblemente impedir que el menor ejerza el derecho de convivencia con sus progenitores*”, jurisprudencia, Contradicción de tesis 123/2009, 9 de septiembre de de 2009, Unanimidad de cuatro votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXXI, pág. 176.

conservación, asistencia, formación y demás relativos a aspectos no patrimoniales.

Es importante resaltar en este momento que el hecho de que se pierda la patria potestad no conlleva indefectiblemente que se le impida al menor convivir con sus progenitores pues ese derecho no es exclusivo de los padres, sino también de los hijos, por ello resulta indispensable atender al interés superior del menor, para lo cual deben propiciarse las condiciones que le permitan un adecuado desarrollo psicológico y emocional, que en la mayoría de los casos implica la convivencia con ambos progenitores, independientemente de que ejerzan o no la patria potestad sobre aquel.

Con los elementos señalados nos atrevemos a proponer un concepto concreto de patria potestad en el siguiente sentido: La patria potestad se refiere a una situación jurídica que engloba una serie de derechos y obligaciones que se dan de manera recíproca entre los ascendientes y descendientes, comprende obligaciones de crianza y protección de la seguridad personal y bienes de aquellos sujetos sobre los cuales recae ésta figura, asimismo los derechos de convivencia y seguridad de los que los descendientes son titulares respecto de sus padres.

1.2.4 Guarda o custodia

El origen de la guarda es la ausencia de la convivencia entre los padres y la consiguiente imposibilidad de que ambos convivan con el niño. Ante esta situación, el

niño tiene necesariamente que vivir con uno o con otro, llamándose guarda a la posición que ocupa respecto del padre que con él convive.

En el derecho convencional, la “Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” ha puesto de manifiesto las líneas generales del derecho de custodia, y refleja en varias disposiciones la autonomía de su calificación jurídica respecto al derecho interno de los Estados.

El artículo 3º de la mencionada Convención señala: *“El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:*

*a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención...;”*¹⁹ lo anterior implica reconocer la noción de custodia, de su atribución y de los derechos y obligaciones que genera.

La “Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” no ahonda en el alcance del derecho de custodia solo enfatiza que éste comprende la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del niño y por tanto del traslado del mismo.

¹⁹ “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O.F., 6 de marzo de 1992 en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, S.N.E., Editorial Porrúa, México, 2011, págs. 351-360.

En este orden de ideas la “Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980”, en su artículo 5º establece y da sentido a los dos elementos claves que definen la custodia: *“El derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”*²⁰.

Por lo tanto, la guarda significa encomendar el cuidado directo del niño y de la convivencia con él a uno de los progenitores, dado que la falta de convivencia entre los dos impide que tal tarea sea desempeñada por ambos; esta es su única razón de ser en virtud de que sólo el que convive con el niño puede desarrollar lo que llamamos cuidado directo.²¹

Al hablar de guarda debemos señalar que *“la guarda no es una potestad que se reconozca a los padres en forma autónoma, sino que se les otorga en función del cumplimiento del deber de educación que es el gran deber que preside las relaciones entre padres e hijos”*.²²

²⁰ *Ídem*.

²¹ *Cfr.* GARCÍA PASTOR, Milagros. “La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales”, citado por LUCERO, Myriam Diana, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, S.N.E., Editorial Porrúa, México, 2011, pág. 108.

²² ZANNONI, Eduardo A. “Derecho de Familia”, citado por CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, 5ª ed., Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 284.

La guarda del menor se define como el *“derecho de los padres de tener consigo a sus hijos, cuidarlos y vigilarlos y, correlativamente, éstos tienen la obligación de vivir en casa de sus progenitores, no pueden dejarla sin su permiso (...)”*.²³

El derecho de guarda es también definido como *“el atributo del ejercicio de la patria potestad, por la cual el legitimado por ese derecho tiene la obligación y el poder de velar por el menor”*.²⁴

La custodia, por su parte, hace referencia a la *“combinación de derechos, privilegios y obligaciones establecidas o decretadas a una persona, por autoridad judicial competente, normalmente a cualquiera de los padres, para el cuidado y desarrollo integral de otro, en este caso, un niño o niña menores de edad; es decir los hijos, casi siempre, implica el ejercicio de derechos y obligaciones con respecto a los hijos y la convivencia con los mismos en la vida diaria y comprende el deber y la facultad de tener a los menores en compañía de los padres, afectando, únicamente a una parte de las facultades integrantes de la patria potestad”*.²⁵

²³ GOLDSTEIN, Mabel, Diccionario Jurídico Consultor Magno, S.N.E., Editorial Círculo Latino Austral S.A., Buenos Aires, 2008, pág. 301.

²⁴ *Ibidem*, pág. 208.

²⁵ ZANÓN MASDEU, Luis, “Guarda y custodia de los hijos”, citado por PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, D.F., n. 116, 2011, pág. 64.

La convivencia tiene por objeto lograr la estabilidad personal y emocional del menor, darle afecto y cuidado integral. Estimamos vital resaltar la importancia de la convivencia del menor no sólo con quien tenga a su cargo la guarda y custodia, sino en el caso de una restitución con el padre que detente el derecho de visita, pues lo más importante es el interés superior del menor y éste no sólo tiene derecho sino que necesita convivir con ambos progenitores.

1.2.5 Derecho de visita

Cuando existe una separación de los cónyuges, uno de ellos tendrá a su cargo la guarda y custodia del o los menores y el derecho correlativo para el otro cónyuge será el de visita el cual debe ejercerse en beneficio del interés superior del menor, del derecho que tiene el hijo de convivir para su beneficio y desarrollo emocional, psicológico, mental, escolar, individual con ambos padres a pesar de la situación que de hecho ha cambiado como consecuencia de la separación de estos.

El derecho de visita se define como *“la potestad que tiene el cónyuge separado o divorciado, que no goza de la tenencia de los hijos del matrimonio, a visitarlos o permanecer con ellos periódicamente”*.²⁶

²⁶ GOLDSTEIN, Mabel, Diccionario Jurídico Consultor Magno, S.N.E., Editorial Círculo Latino Austral S.A., Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 210.

La “Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores” en su artículo 3º b) señala que se entiende por derecho de visita *“la facultad de llevar al menor por un periodo limitado a un lugar diferente de su residencia habitual.”*²⁷

1.2.6 Residencia habitual

El concepto de residencia habitual del menor se incorpora en las convenciones internacionales referentes a menores elaboradas en los últimos veinte años, mismas que aunque incorporan el concepto “residencia habitual del menor” no agregan su calificación, es por ello que recurrimos a la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” que establece en su artículo 31.1 que *“deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”*.²⁸

De lo anterior se desprende que la residencia habitual es aquel lugar en el que un menor de edad desarrolla sus actividades cotidianas, tiene su centro de vida, esto es, el lugar donde asiste a la escuela, se le brinda atención médica, realiza actividades de recreación y deportivas, la cultura que conoce y en la que se desenvuelve, el lenguaje que utiliza y en general, donde de manera usual desarrolla su vida.

²⁷ “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, Montevideo, Uruguay, 15 de Julio 1989, D.O.F. 18 de noviembre de 1994, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, S.N.E., Editorial Porrúa, México, 2011, págs. 361-367.

²⁸ “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F. 14 de febrero de 1975, en CONTRERAS VACA, Francisco José, Derecho Internacional Privado. Parte Especial, 1ª ed., Editorial Oxford University Press, México, 2004, págs. 413-445.

El artículo 29 del “Código Civil para el Distrito Federal” establece como domicilio de las personas físicas: *“El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren. Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses.”*²⁹

Como podemos apreciar el “lugar donde residen habitualmente” es empleado en la descripción propia del domicilio y en el mismo artículo *in fine* especifica en qué momento tiene lugar la presunción de residencia habitual, misma que se configura cuando una persona permanece en un lugar por más de seis meses.

Además se hacen las siguientes especificaciones respecto del domicilio legal en el artículo 30 del citado ordenamiento: *“El domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente.”*³⁰

De manera más específica, en el caso de los menores de edad no emancipados: *“Artículo 31. Se reputa domicilio legal: I. Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto (...)”*³¹

²⁹ “Código Civil para el Distrito Federal”, *Op. Cit.*, pág. 5.

³⁰ “Código Civil para el Distrito Federal”, *Op. Cit.*, pág. 5.

³¹ *Ídem.*

A este respecto, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado superó los obstáculos que se presentan en la práctica al sustituir el término “domicilio” -y con ello sus implicaciones- por el de “residencia habitual del menor” para establecer el punto de contacto en función del menor, no de sus representantes.

La importancia de comprender adecuadamente la “residencia habitual del menor” reside en que estaremos en posibilidad de determinar al juez competente en la materia.

1.2.7 Traslado y retención

Dentro de la restitución también encontraremos las figuras del traslado o sustracción y la retención, la primera se refiere al acto de desplazar a un menor fuera de su lugar de residencia habitual y someterlo a una custodia de facto, a cargo de quien carece de la custodia permanente o incluso temporal.³²

Por otro lado, la retención es un supuesto que se configura cuando la persona a la que se le confió la custodia provisional para recibir la visita de un menor, se excede del plazo que se le fijó, lo que se traduce en el incumplimiento de la obligación de regresar al menor a su lugar de residencia habitual a cargo de quien ejerce la custodia permanente.³³

³² Cfr. GONZÁLEZ MARÍN, Nuria, Familia internacional en México. Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata, *Op. Cit.*, pág. 197.

³³ Cfr. *Ídem*.

La retención de un menor también se define como el “*delito que comete una persona que, hallándose encargada de la persona de un menor de edad, no lo presenta a los padres o guardadores que lo solicitan o no da razón satisfactoria de su desaparición*”.³⁴

1.2.8 Interés superior del menor

El interés superior del menor es pieza clave de las resoluciones que afectan a menores, pero también es un concepto jurídico indeterminado, en este sentido primeramente lo analizaremos en el contexto donde se ha presentado históricamente para estar en posibilidad de entenderlo.

En principio lo encontramos en la “Declaración Universal de los Derechos del Niño” de 1959 en la que se proclamó que “*la humanidad debe reconocer a la niñez sus derechos y que el Interés Superior de las niñas y los niños debe inspirar a quienes tienen responsabilidades al respecto*”.³⁵

La “Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional”, también habla del interés superior del menor en su preámbulo, al señalar:

³⁴ GOLDSTEIN, Mabel, Diccionario Jurídico Consultor Magno, S.N.E., Editorial Círculo Latino Austral S.A., Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 500.

³⁵ GONZÁLEZ MARÍN, Nuria, Familia internacional en México. Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata, *Op. Cit.*, pág. 32.

“Teniendo presente que, en todos los procedimientos de adopción y colocación en hogares de guarda, los intereses del niño deben ser la consideración fundamental(...)”³⁶, lo mismo en su artículo 5º al expresar: “En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental”.³⁷

La “Convención sobre los Derechos del Niño” también señala en su artículo 3º fracción I, como premisa general: *“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”*.³⁸

De los documentos mencionados se desprende que si bien se resalta la importancia del interés superior del menor, no existe una definición del mismo, la propia “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” sólo señala en su preámbulo: *“Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una*

³⁶ “Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional”, Nueva York, Estados Unidos de América, 3 de diciembre de 1986, Resolución 41/85 Asamblea General de las Naciones Unidas.

³⁷ “Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional”, Nueva York, Estados Unidos de América, 3 de diciembre de 1986, Resolución 41/85 Asamblea General de las Naciones Unidas.

³⁸ GONZÁLEZ MARÍN, Nuria, Familia internacional en México. Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata, Op. Cit., pág. 33.

*importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia (...)*³⁹
sin detallar su contenido.

No obstante lo anterior, podemos encontrar de manera más precisa el “Informe Explicativo de la Convención”, elaborado por Elisa Pérez-Vera que trata de explicar el alcance del interés superior del menor, toda vez que se invoca a menudo y la parte dispositiva del Convenio no contiene referencia explícita alguna, a este respecto señala: *“se ha puesto de manifiesto con razón que la norma jurídica que descansa sobre el interés superior del menor es, a primera vista, de tal imprecisión que parece más un paradigma social que una norma jurídica concreta. ¿Cómo dar consistencia a esta noción para decidir cuál es el interés último del menor sin caer en suposiciones, que sólo tienen su origen en el contexto moral de una cultura determinada?*

... no hay que olvidar que en nombre del “interés superior del menor”, en el pasado, a menudo las jurisdicciones internas han concedido finalmente la custodia en litigio a la persona que se había llevado o había retenido al menor de forma ilícita (...) el recurso, por parte de autoridades internas, a semejante noción implica el riesgo de traducir manifestaciones de la particularidad cultural, social, etc. de una comunidad nacional dada y por tanto, en el fondo, de

³⁹ “Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, págs. 351-360.

formular juicios de valor subjetivos sobre la otra comunidad nacional de la que el menor acaba de ser arrancado.

Por los motivos invocados, entre otros, la parte dispositiva del Convenio no contiene referencia explícita alguna al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos de forma ilícita. No obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan...

la filosofía del Convenio al respecto (...) se podría definir de la forma siguiente: la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona. En este sentido conviene recordar la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa cuyo primer principio general señala que "los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios."⁴⁰

⁴⁰ "Informe explicativo de Doña Elisa Pérez-Vera", en TENORIO GODINEZ, Lázaro, et al., La Restitución Internacional de la Niñez, Op. Cit., págs. 453-505.

Una vez conocido el uso del concepto interés superior del menor en el ámbito internacional y regional, así como la pretensión de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado de incluirlo en la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” es necesario saber si se ha incorporado o no a nuestro ámbito nacional y de ser así, ¿de qué manera?, si ha dado resultados reales o sus efectos se quedan en el tintero.

La “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” fue reformada el 12 de octubre de 2011 al publicarse el el “Decreto por el que se reforman los párrafos sexto y séptimo del artículo 4º y se adiciona la fracción XXIX-P al artículo 73º, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Las reformas consistieron en lo siguiente:

Texto anterior	Texto reformado	Comentarios
<p>Artículo 4.- ...</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.</p>	<p>Artículo 4.- ...</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los</p>	<p>Se incorporó el principio del interés superior de la niñez, para que todas las decisiones y actuaciones del Estado vayan encaminadas a cumplir este principio y a garantizar</p>

<p>Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.</p> <p>...</p> <p>...</p>	<p>niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.</p> <p>Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.</p> <p>...</p> <p>...</p>	<p>plenamente sus derechos.</p> <p>Las políticas públicas que se dirijan a la infancia deberán guiarse por el principio del interés superior del menor.</p>
	<p>Artículo 73. ...</p> <p>I a XXIX-O</p>	

	<p>XXIX-P. Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte.</p> <p>XXX. ...</p>	<p>Se incorpora una fracción al artículo 73, donde se señala que se legislará en materia de menores (niños, niñas y adolescentes) velando por su interés superior.</p> <p>Además se incluye la obligación de cumplir los tratados internacionales de la materia de los que México sea parte.</p>
--	---	--

Cabe hacer notar que la “Convención sobre los Derechos del Niño” fue realizada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, México la firmó el 26 de enero de 1990 y la publicación de su promulgación en el Diario Oficial de la Federación fue el 25 de enero de 1991, tuvieron que pasar veinte años desde que entró en vigor en México para lograr una reforma constitucional que incluyera el “interés superior del menor” que ya se recogía en el artículo 3º fracción I del instrumento citado.

Esto es solo un ejemplo del retraso que se maneja a nivel nacional respecto de la incorporación de las obligaciones internacionales que adquiere el Estado Mexicano.

El interés superior del menor se menciona además en el artículo 416 Ter del “Código Civil para el Distrito Federal”: *“Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:*

I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;

II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;

III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;

IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y

V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables”⁴¹.

Al respecto es necesario hacer algunos comentarios, en primer lugar, el “Código Civil para el Distrito Federal” no proporciona una lista exhaustiva, sino meramente enunciativa de los aspectos que deben ser garantizados a favor de los menores.

⁴¹ “Código Civil para el Distrito Federal”, *Op. Cit.*, pág. 50.

Del mismo ordenamiento se desprende que la ley le otorga al interés del menor un nivel que esta por encima de los derechos de cualquier otra persona.

Recurrimos ahora a los criterios del poder judicial mexicano, que como fuente del derecho en el sistema jurídico nos ayudan a aclarar el concepto en la realidad del país.

En primer lugar, nos permitimos transcribir la jurisprudencia denominada ***“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO. Por interés superior del menor se entiende el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social”***.⁴²

Asimismo encontramos los alcances de éste principio en la jurisprudencia:

“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ALCANCES DE ESTE PRINCIPIO. El sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y

⁴²QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, *“Interés superior del menor. Su concepto”*, jurisprudencia, Amparo Directo 309/2010, marzo de 2011, Unanimidad de votos, Novena Época en Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXXIII, pág. 2188.

*social en favor de los menores, lo que se refleja tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, de donde deriva que el interés superior del menor implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana, se realicen de modo que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidos”.*⁴³

Al no ser suficiente el concepto y sus alcances, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha emitido un criterio al respecto de la relación que guarda éste concepto con los adultos en: **“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU RELACIÓN CON LOS ADULTOS.** *El concepto interés superior del menor, cuya salvaguarda es prioritaria en el sistema jurídico mexicano, permite delimitar con precisión y claridad los derechos y obligaciones que corresponden a las personas adultas en relación con los niños, para lo cual se privilegia el deber de atenderlos y cuidarlos, con el objeto permanente de alcanzar el mayor bienestar y beneficio posibles para ellos, como un imperativo de la sociedad; de manera que su protección se ubica incluso por encima de la que debe darse a los derechos de los adultos, con lo cual se cumple una trascendente función social de orden público e interés social”*⁴⁴.

⁴³QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO *“Interés superior del menor. Alcances de este principio”* jurisprudencia, Amparo Directo 309/2010, marzo de 2011, Unanimidad de votos, Novena Época en Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXXIII, pág. 2187.

⁴⁴QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, *“Interés superior del menor. Su relación con los adultos”*, jurisprudencia, Amparo Directo 309/2010, marzo de 2011, Unanimidad de votos, Novena Época en Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXXIII, pág. 2188.

De lo anterior y hasta este momento, podemos señalar que el interés superior del menor es un concepto complejo que incluye entre sus ideas fundamentales:

- Los valores, interpretaciones, acciones y procesos que contribuyen a que el menor disfrute un desarrollo integral;
- La creación de condiciones materiales óptimas para que vivan plenamente en el ámbito personal y familiar;
- Que al Estado le corresponde promover y garantizar su protección, para lo cual el sistema jurídico ya cuenta con prerrogativas de orden social y personal a favor de los menores;
- Que la política, las acciones y toma de decisiones relacionadas con ellos deben buscar su beneficio directo y lo más importante;
- Su protección se ubica por encima de la que debe darse a los derechos de los adultos.

Lo preocupante para los estudiosos de la materia es la discrecionalidad que tiene la aplicación de este concepto jurídico indeterminado en los órganos jurisdiccionales.

En todo caso habrá que atender cada situación con sus especificidades para saber que es lo mejor para el menor en particular.

1.2.9 Restitución internacional de menores

La restitución internacional de menores es un procedimiento que surge como consecuencia de una sustracción o retención, la figura con que cuenta el titular del derecho de custodia que ha sido separado del menor para solicitar a las autoridades competentes el regreso del mismo a su lugar de residencia habitual.

Es importante mencionar que además de las implicaciones jurídicas que analizaremos a lo largo del desarrollo de la presente investigación, no podemos perder de vista el dolor que le causa a los progenitores, pero sobre todo al menor que no sólo fue separado de uno de sus padres sino que fue arrebatado de su entorno social, de la cultura, el idioma, la gente, los amigos, las ideas que conoce, y más allá de eso, que el menor ahora se ha convertido en un elemento para ejercer presión o ir en contra del otro cónyuge.

El problema de las sustracciones internacionales es reconocido como una situación que incumbe a todos los países y que se debe resolver de manera internacional con la cooperación de las autoridades centrales y el conocimiento y aplicación de las Convenciones en la materia. Para su efectividad se requiere que el poder judicial se inmiscuya en el contexto de las sustracciones, conozca el contenido de las Convenciones, sus alcances y límites para poder alcanzar los resultados que se pretenden.

Capítulo 2

Legislación aplicable

Existen varios supuestos que pueden dar origen a una solicitud de restitución internacional, entre ellos podemos mencionar los siguientes:

- Uno de los progenitores decide salirse del domicilio que habitualmente ocupa y se lleva consigo a sus menores hijos –fuera del país de residencia- sin el consentimiento del otro cónyuge.
- El progenitor que ejerce un derecho de visita decide retener al menor y no regresarlo al lado de quien detenta la custodia judicialmente decretada, o bien;
- El menor abandona su lugar de residencia habitual con permiso de viaje –temporal- y al vencimiento de éste, el menor es retenido por el progenitor con quien salió del país.

La legislación vigente en la materia será aplicable cuando se configure alguno de los supuestos mencionados.

2.1 Marco jurídico internacional

2.1.1 Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980

La Convención es un instrumento celebrado para obtener una solución urgente que evite que una situación de hecho consolide situaciones que en origen son ilícitas, causadas por el traslado o no retorno de un menor y requiere para su operatividad de la cooperación interestatal entre jueces y autoridades centrales.

Ésta convención no trata sobre derecho aplicable, ni reconocimiento y ejecución de resoluciones; se limita a regular la acción directa de restitución como instrumento para garantizar la tutela del interés del menor y el ejercicio efectivo del derecho de custodia⁴⁵ además la jurisdicción concedida por la Convención tampoco incluye situaciones de fondo relacionadas con la custodia, por ello se recomienda que durante el procedimiento se preserve el derecho de visitas como medida provisional.⁴⁶

La aplicación de la Convención al facilitar el pronto retorno de los niños irregularmente sustraídos o retenidos fuera del país de su residencia habitual constituye un apoyo fundamental de los principios y derechos de los menores de edad, se incluye el derecho a mantener relaciones personales y contacto

⁴⁵ Cfr. SABIDO RODRÍGUEZ, Mercedes, "La Sustracción de Menores en Derecho Internacional Español: algunas novedades que introduce el Reglamento 2201/03", citado por CAPUÑAY, Luz María, La Restitución Internacional de la Niñez, S.N.E., Editorial Porrúa, México, 2011, pág. 3.

⁴⁶ Cfr. CANALES PÉREZ, Adriana, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, S.N.E., Editorial Porrúa, México, 2011, pág. 119.

directo con ambos padres, tal como se reconoce en distintos instrumentos de derechos humanos en particular la “Convención sobre los Derechos del Niño”.

La “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” fue adoptada en sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 1980 por el decimocuarto período de sesiones de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado por unanimidad de los Estados presentes. El 25 de octubre de 1980 los delegados firmaron el acta final del periodo de sesiones que incorpora el texto de la convención y una recomendación que contiene un formulario modelo de las demandas de retorno de los menores desplazados o retenidos de forma ilícita.⁴⁷

Analizaremos a continuación los ámbitos de aplicación de la Convención.

- Ámbito de aplicación material.

Son dos los objetivos que se resguardan a través de este Convenio y se recogen en el artículo 1º: “*La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; b) Velar por que los derechos de*

⁴⁷ Cfr. GONZÁLEZ MARÍN, Nuria, Familia internacional en México. Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata, *Op. Cit.*, pág. 198.

*custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes*⁴⁸.

Así, el primer objetivo de la Convención es el restablecimiento del *status quo* del menor, afectado desde la sustracción o retención ilícita a través la restitución inmediata.

El segundo objetivo recogido en el texto convencional presenta un carácter autónomo, pero está íntimamente relacionado con el primero y se refiere a que el retorno del menor pretende restablecer la situación modificada por el sustractor de forma unilateral, mientras que el respeto a los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes por parte del resto constituye un presupuesto de la restitución: el respeto a los derechos de guarda reconocidos y otorgados por una autoridad, lo que lleva a la devolución del menor al lugar en el que residía y en el que esos derechos se ejercían.⁴⁹

⁴⁸ “Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O.F. 6 de marzo de 1992, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, págs. 351-360.

⁴⁹ *Cfr.* BENAVIDES SANTOS, Diego, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, S.N.E., Editorial Porrúa, México, 2011, pág. 92.

- Ámbito de aplicación personal.

El artículo 4º de la Convención establece que ésta dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años.

La justificación de elegir esta edad se basa en que la persona mayor de dieciséis años posee voluntad propia para decidir con cuál de los dos progenitores se quiere quedar, por lo anterior la autoridad judicial o administrativa podrá negarse a ordenar la restitución si comprueba que el propio menor se opone a ésta, derecho consagrado en el artículo 13º de la Convención.

El ámbito de aplicación personal se determina en función de la residencia habitual del menor y no en función del domicilio de sus representantes.

Es importante mencionar en relación al traslado y retención del menor el artículo 3º convencional que señala cuales actos son considerados ilícitos: *“El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse*

*producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionada en a) puede resultar, en particular; de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado”.*⁵⁰

Con relación a lo anterior surge la siguiente interrogante: ¿quién puede ser titular del derecho de custodia según la Convención? Lo será la persona física, institución o cualquier otro organismo a quien se le atribuya la custodia de conformidad con el derecho vigente en el Estado donde el menor tuviera su residencia habitual.

- *Ámbito de aplicación espacial.*

Los países signatarios de la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” son Albania, Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Belarús, Bélgica, Belice, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Fidji, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Guatemala, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, La ex República Yugoslava de Macedonia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Marruecos, Mauricio, México, Mónaco, Moldova, Montenegro, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Panamá, Paraguay,

⁵⁰ “Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O.F. 6 de marzo de 1992, en TENORIO GODINEZ, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, págs. 351-360.

Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, Rumania, Federación de Rusia, Serbia, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Trinidad y Tobago, Turkmenistán, Turquía, Ucrania, Uruguay Uzbekistán y Venezuela.

El artículo 38 convencional dispone que en caso de que algún Estado decida adherirse, ésta acción tendrá efecto sólo para las relaciones entre el recién llegado y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esa adhesión, de ahí que este Convenio tenga un carácter *inter partes*. A este respecto los artículos 1º a) y 4º establecen que la Convención sólo se aplicará al menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante antes de la infracción de los derechos de custodia o visita, de tal manera que únicamente se garantizará su restitución inmediata si el menor es trasladado o retenido de manera ilícita en un Estado contratante.

- Ámbito de aplicación temporal.

La Convención fue firmada en La Haya el 25 de octubre de 1980, entró en vigor internacional el 1º de diciembre de 1983.

De acuerdo a su artículo 35, la Convención sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslado o retenciones ilícitos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigor. Por su parte, el artículo 43 expresa que la Convención entrará en vigor el primer día del tercer mes calendario siguiente al depósito del tercer instrumento. Asimismo se menciona en el artículo 44 que la Convención permanecerá

en vigor durante 5 años y en caso de que no se presenten denuncias se renovará tácitamente por 5 años más.

El senado mexicano la aprobó el 13 de diciembre de 1990 y se publicó en el Diario Oficial de la Federación para su promulgación el 6 de marzo de 1992.

- Análisis procesal

La “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” establece algunas reglas para su aplicación, las cuales conoceremos a continuación:

El artículo 8º de la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” señala que el solicitante puede dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor o a la de cualquier otro Estado contratante, para que con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor, esto no es una excepción sino una flexibilidad que se le otorga al solicitante con el propósito de que cuente con la libertad de elegir a la autoridad central que le resulte más adecuada para el tratamiento del caso, sin embargo puede ocurrir que dicha elección no sea la más eficaz.

En la práctica, la elección de otra Autoridad Central que no sea la de la residencia habitual del menor puede traer aparejada algunas complicaciones sobre todo en lo que respecta a la obtención de documentos, normativa e informes sociológicos que pueden retrasar la tramitación y hacer más burocrático el pedido, toda vez que la Autoridad Central elegida no tendrá a su disposición todo ese material y deberá recurrir a la Autoridad Central en donde el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícita.

En el artículo 8º se señalan también los datos que deberá incluir la solicitud y que son los siguientes: la información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que lo ha sustraído o retenido; la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla; los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución; toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que se encuentra; además la solicitud podrá ser acompañada de documentación complementaria, como sería: una copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes; una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al Derecho vigente en esta materia de dicho Estado o bien cualquier otro documento pertinente.

Conocer los motivos de hecho y de derecho en que se basa el solicitante para pedir la restitución es fundamental pues permitirá que la Autoridad Central determine si el pedido es viable o tendrá que desestimarlos en virtud de lo previsto en el artículo 27 de

la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980”, el cual dispone que cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas o que la demanda carece de fundamento la Autoridad Central no estará obligada a aceptar la demanda e informará al demandante o a la Autoridad Central requirente de los motivos de rechazo.

Si la Autoridad Central que recibe una demanda tiene razones para creer que el menor ya no se encuentra en su territorio sino en otro Estado contratante, remitirá la solicitud de restitución a la Autoridad Central de éste último e informará de ello a la Autoridad Central requirente o al demandante.

Las Autoridades Centrales de los Estados tienen la obligación –consagrada en el artículo 7º- de garantizar la restitución voluntaria de los menores o facilitar una solución amigable además, de acuerdo con el artículo 10 deben adoptar o hacer que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

Intentar una restitución voluntaria es fundamental pues es una oportunidad para reducir la carga judicial de los Estados contratantes.

En el artículo 12 podemos encontrar los supuestos en los que deberá ordenarse la restitución, señala la Convención:

“Artículo 12.- Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3º y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente...”⁵¹

En la primera situación las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido deberán ordenar el retorno del menor cuando el pedido de restitución se ha recibido dentro del año siguiente al traslado o retención ilícita, mientras que en el segundo supuesto la Autoridad competente del Estado requerido deberá ordenar el retorno del menor aún cuando la demanda se presente después de la expiración del plazo de un año, salvo que se demuestre que el menor ha quedado integrado a su nuevo medio.

El plazo comienza a correr desde la fecha en que debía ser devuelto el menor al titular de la custodia o cuando éste último negó el consentimiento a una

⁵¹ “Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O.F. 6 de marzo de 1992, en TENORIO GODINEZ, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, págs. 351-360.

extensión de la estadía del menor en un lugar diferente al de su residencia habitual; ello impone a quien reclama actuar con urgencia para no permitir que la nueva situación se consolide.

La extensión del plazo previsto en la redacción del artículo elimina los problemas en relación al reto que representa la localización del menor pues utilizar el momento de presentación de la solicitud en lugar de la fecha de resolución como término, evita que la demora en la actuación de las autoridades competentes perjudique los intereses de las partes amparadas en la Convención.

El último párrafo del artículo 12 prevé que las autoridades judiciales o administrativas suspendan o rechacen el pedido de restitución cuando tengan razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado.

El artículo 14 facilita la determinación de la existencia de un traslado o retención ilícita, toda vez que las autoridades requeridas podrán tener en cuenta directamente las decisiones judiciales o administrativas reconocidas, formalmente o no, en el Estado de la residencia habitual del menor, sin recurrir a procedimientos para probar su vigencia o para reconocer decisiones extranjeras.

El artículo 19 expresa que a fin de favorecer el retorno inmediato del menor no se debe prejuzgar sobre el fondo del derecho de custodia.

Es importante tener en consideración las disposiciones que se incluyen en la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” sobre el derecho de visita, pues es un derecho que tiene el menor y no los progenitores, es a tener contacto con sus padres, siempre que no medie alguna causal que pueda ponerlo en peligro; por ello no debería exigirse la existencia de una denegación de la restitución para que pueda accederse al ejercicio efectivo del derecho de visita.

En el primer párrafo del artículo 21 se determina que la solicitud para el establecimiento o el ejercicio efectivo del derecho de visita se podrá presentar ante las autoridades centrales de los Estados contratantes de la misma forma que en el procedimiento de restitución.

Una característica que por su importancia trascendental analizamos aparte, es la necesidad de un **proceso urgente** señalado por la Convención, pues en su artículo 2º establece que los Estados deben recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.

En el mismo sentido el artículo 11 dispone que las autoridades de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de

los menores a fin de evitar daños físicos o psicológicos en el menor. En este contexto se puede solicitar a la autoridad requerida una justificación en caso de que no se llegara a una resolución en el plazo de seis semanas.

Lo anterior es debido a los grandes perjuicios que pueden ocasionarse al menor en caso de que el procedimiento de restitución resulte excesivamente largo y por los beneficios que en el contexto de la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” puede tener el paso del tiempo para el sustractor -ver cómo se consolida la situación de vulneración de los derechos de guarda que él mismo ha creado-.

Es fundamental la elaboración de normas nacionales que regulen los procedimientos en materia de restitución y/o visita. Así fue recomendado en el V Encuentro de Autoridades y Puntos de Contacto en el que se señaló que el no actuar con rapidez debilita el Convenio.⁵²

“El proceso de restitución debe ser tramitado con celeridad, porque entre otras razones, el padre que ha sustraído al menor tratará de dilatar las diligencias, buscando que la demora dificulte la ejecución de la Convención con la finalidad

⁵² Cfr. SEOANE DE CHIODI, María del Carmen, *et al.* La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 188.

*de que las autoridades del país donde se refugia expidan una resolución que ampare su pedido”.*⁵³

Con el propósito de coadyuvar a la celeridad del proceso, la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” restringe el ámbito de competencia de las autoridades, en este sentido los artículos 16 y 17 señalan que luego de ser informadas de un traslado o retención ilícita, las autoridades del Estado contratante a donde haya sido trasladado o esté retenido el menor no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del Convenio o que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se hubiere presentado una solicitud en virtud de la Convención.

La mejor solución del conflicto será el retorno del menor al lugar su residencia habitual para que así el juez de aquel país decida a quién se le deberá atribuir su custodia. No se trata de devolver simplemente al menor al progenitor que se vio privado de su convivencia, sino de remitirlo a la autoridad competente para decidir quién deberá ejercer el derecho de custodia sobre él.

⁵³ CAPUÑAY, Luz María, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 5.

La Convención parte del supuesto de que el juez o la autoridad local disponen de medios idóneos para reunir pruebas y evaluar cuál de los dos padres deberá quedarse con el menor, puesto que en aquel lugar el menor tenía el centro de sus actividades.

El hecho de que un progenitor abandone el país en el que se estableció la unión y huya hacia un lugar distinto de su país de residencia habitual con los hijos sin el consentimiento del otro, es revelador de una situación límite, un conflicto potencial o ya instaurado. El retraso en retornar acaba dándole un beneficio al autor de la sustracción, ya que dificulta o vuelve irreversible la reconstrucción de los lazos familiares rotos con el distanciamiento.

El tiempo consolida la adaptación del niño al nuevo medio, que no siempre le resulta favorable,⁵⁴ por lo anterior se busca que la restitución sea inmediata. En el caso de que se produzca demora el padre sustractor estará en una posición ventajosa con relación al otro progenitor, dado que será él quien haya elegido la jurisdicción que va a conocer del caso, la cual considera la más favorable para sus pretensiones.⁵⁵

El artículo 13 de la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores 1980”, señala excepciones al pedido de restitución y la carga de la prueba de estas excepciones le corresponde a quien se opone a la misma, -la carga de la prueba permite mantener el equilibrio entre la

⁵⁴Cfr. SIFUENTES, Mónica, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 38.

⁵⁵Cfr. PÉREZ VERA, Elisa, “*Informe explicativo de Doña Elisa Pérez-Vera*”, en La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, págs. 453-505.

persona desposeída del menor y el sustractor que ha elegido la jurisdicción para lograr que el asunto se resuelva a su favor⁵⁶ - quien deberá demostrar que:

- *“la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o*
- *existe grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier manera ponga al menor en una situación intolerable”⁵⁷.*

En el primer supuesto se dice que no hay ejercicio efectivo del derecho de custodia, entendemos por tal el derecho al cuidado del menor y decidir su lugar de residencia.

Podemos encontrar otra excepción cuando el progenitor desposeído del menor denota una actitud tolerante con el desplazamiento o no retorno del mismo, lo cual despoja al traslado o retención de su condición ilícita transformándolo en un simple cambio de residencia sin consecuencias jurídicas.⁵⁸

⁵⁶ *Ídem.*

⁵⁷ “Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O.F. 6 de marzo de 1992, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, págs. 351-360.

⁵⁸ *Cfr.* MIRALLES SANGRÓ; P.P.; “El secuestro internacional de menores y su incidencia en España”, citado por TAGLE DE FERREYRA, Graciela, en La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 224.

Por lo que se refiere al literal b) del citado artículo 13 queda claro que no deberá ordenarse la restitución si el menor corre peligro físico, psíquico o de algún tipo en caso de ser devuelto a su lugar de residencia habitual.

Los peligros físicos o psíquicos a que se refiere el multicitado artículo pueden ser causas que se relacionen con la idoneidad de quien solicita la restitución, pues pudiera tratarse de una persona violenta, adicta a algún tipo de sustancia psicotrópica, un abusador o bien que exponga al menor a situaciones de riesgo.

La prueba debe ser contundente pues se trata de situaciones fácticas de riesgo intolerable y actual; se desecharán aquellas basadas en hipótesis o conjeturas. El magistrado deberá juzgar las excepciones con criterio restrictivo pues de lo contrario éstas pudieran convertirse en una regla al emitir las resoluciones.

En ocasiones se desvirtúa el fin perseguido por la Convención al justificar el no retorno del menor con apreciaciones referentes a cual de los dos progenitores está en mejores condiciones de ejercer el cuidado del niño, para ello se invoca el principio del “interés superior del menor”, pero se sustrae la causa de los jueces naturales y se obstaculiza el debido proceso.

El artículo 20 de la multicitada Convención dispone que la restitución del menor podrá negarse cuando no sea permitida por los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y libertades fundamentales.

Esta excepción extraordinaria podrá aplicarse de oficio por imperio del principio *iura novit curia* aún cuando no sea invocada por la parte interesada.

2.1.2 Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores

Del 9 al 15 de julio de 1989 se llevó a cabo la Cuarta Conferencia especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, en Montevideo, Uruguay, se tuvieron como temas:

- Restitución Internacional de Menores;
- Obligaciones alimentarias;
- Contrato de transporte internacional de mercadería por carretera y;
- Contratación internacional.

En la sesión plenaria inaugural se decidió que la Primera Comisión trabajara los temas de derecho familiar, restitución de menores y alimentos, misma que estuvo presidida por José Luis Siqueiros, miembro de la delegación de México y

que la Segunda Comisión deliberase sobre los temas de transporte de mercadería por carretera y contratos internacionales.

Como resultados finales de la Cuarta Conferencia especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado se firmó, entre otras, la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”. Las discusiones se basaron en los proyectos que habían elaborado tanto el Comité Jurídico Interamericano como la Reunión de Expertos celebrada en Costa Rica, del 22 al 26 de mayo de 1989. También se tuvo a la vista la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles del secuestro internacional de menores de 1980”.

La “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” tiene por objeto –según su artículo 1º- asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que cuando hayan sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente, así como hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

Para facilitar el cumplimiento de sus objetivos la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” señala a través de qué medios se puede iniciar el proceso de restitución, contenido que debe incluir la solicitud, documentos que se deben adjuntar y plazos para interponerlo.

Una de las características de ésta Convención es que el inicio del proceso está limitado a quienes se encuentran en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar -padres, tutores o cualquier institución-, en este aspecto la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” tiene una cobertura más amplia de solicitantes al comprender a cualquier persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención; otra de las características particulares de la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” es que en su artículo 6º señala autoridades competentes: *“Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención”*⁵⁹.

Al igual que la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980”, la “Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores” prevé el debido proceso legal en sus artículos 8 a 17, ambas preservan y reconocen el derecho del niño a ser oído y a oponerse a la restitución -artículo 11 inciso final de la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”- y tienden a la

⁵⁹ “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, Montevideo, Uruguay, 15 de Julio 1989, D.O.F. 18 de noviembre de 1994, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, págs. 361-367.

protección del derecho de visita -artículo 21 de la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”-.

Por lo que se refiere a los plazos para que opere la restitución, la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” en su artículo 14 prescribe:

“Los procedimientos previstos en esta Convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente.

Respecto de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados.

Por excepción el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.”⁶⁰

En la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” se contempla el caso de que hubiera transcurrido un año sin que se haya iniciado el procedimiento y dispone que se ordene el retorno del niño con la única excepción de que quede demostrado que el menor se ha integrado a su nuevo medio; en tal caso la obligación de restituir no es inmediata, sino que se

⁶⁰ “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, Montevideo, Uruguay, 15 de Julio 1989, D.O.F. 18 de noviembre de 1994, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, págs. 361-367.

impone analizar la situación del menor en su nuevo hábitat por aplicación del principio del “interés superior del niño”.

La prueba de la integración del menor a su nuevo entorno estará a cargo de quien la invoca, es decir el presunto sustractor; ahora bien, para que la situación descrita pueda constituirse en excepción a la obligación genérica de restituir se necesita que se presente un requisito adicional, que es la inacción por parte de quien ha visto violado su derecho de guarda y no inicia el procedimiento hasta haberse cumplido el plazo de un año estipulado en la norma.⁶¹

La “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” refiere como excepción a la restitución que ésta sea “manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del estado requerido”.

Con el objeto de tener claras las similitudes y diferencias de la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” y la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” al final de la presente investigación se presenta un cuadro comparativo de las mismas como ANEXO 1.

2.1.3 Convención sobre los Derechos del Niño

⁶¹Cfr. TAGLE DE FERREYRA, Graciela, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 221.

Mientras que la “Declaración de Ginebra de 1924” y la “Declaración de los Derechos del Niño de 1959” expresaban las aspiraciones de la comunidad internacional en lo referente a los derechos de la infancia, la “Convención sobre los Derechos del Niño” y sus Protocolos Facultativos son instrumentos jurídicos, de manera que las naciones que los ratifican se comprometen a cumplir sus estipulaciones.

Los Estados parte deben presentar informes periódicamente al Comité de los Derechos del Niño que es el organismo encargado de velar por que éstos apliquen la Convención y sus Protocolos Facultativos.

Los 18 miembros del Comité ofrecen además orientación a los Estados parte acerca de cómo interpretar y aplicar este tratado.

La Convención es más que un tratado dotado de un mecanismo de supervisión, se trata de un proyecto de gran alcance referido al cuidado y la protección de los niños y niñas en términos prácticos y morales.⁶²

Dentro de las medidas generales de aplicación que establece el Comité de los Derechos del Niño, se ofrece orientación sobre la aplicación a escala nacional e información sobre los cuatro principios básicos de la Convención, a saber:

⁶² *Cfr.* FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, “Estado mundial de la infancia, Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño”, Op. Cit., pág. 6.

- La no discriminación, o universalidad -artículo 2º-
- La dedicación al interés superior del niño -artículo 3º-
- El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo -artículo 6º-
- El respeto por los puntos de vista del niño -artículo 12-

A continuación haremos un breve recorrido de éstos principios:

- **La no discriminación: Los derechos que se garantizan en la Convención corresponden a todos los niños y niñas sin excepción.**

El artículo 2º afirma que los Estados parte *“respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”*⁶³.

Los derechos que se consagran en la “Convención sobre los Derechos del Niño” deberán aplicarse sin distinción de ningún tipo a todos los niños.

⁶³ “Convención sobre los Derechos del Niño”, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de Noviembre 1989, D.O.F. 25 de enero de 1991, en SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, <http://www.sre.gob.mx>

- **La dedicación al interés superior del niño.**

El artículo 3º señala: *“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”*⁶⁴.

El principio del “interés superior” exige que los gobiernos u otras partes interesadas examinen el efecto sobre la infancia de todas las medidas que emprenden, éste principio ha demostrado tener una influencia fundamental en la legislación, las estrategias, las políticas y los programas que apoyan los derechos de la infancia; ha sido de especial utilidad en procedimientos judiciales y para las instituciones de asistencia social que deben tomar en consideración criterios contrapuestos, por ejemplo, en casos de divorcio o relacionados con la custodia de menores de edad.

- **El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo.**

El artículo 6º declara: *“que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”* y que los Estados parte *“garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”*⁶⁵.

⁶⁴ *Ídem.*

⁶⁵ “Convención sobre los Derechos del Niño”, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de Noviembre 1989, D.O.F. 25 de enero de 1991, en Tratados Internacionales, Secretaría de Relaciones Exteriores, Gobierno Federal, pág. 3.

El derecho a la supervivencia y el desarrollo está estrechamente ligado a los derechos del niño a disfrutar del máximo grado de salud, disponer de servicios sanitarios y contar con un nivel de vida adecuado.

Entre las medidas que se han adoptado en el contexto de la Organización de las Naciones Unidas para garantizar la supervivencia –lideradas por la Organización Mundial de la Salud y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia- figuran la supervisión del crecimiento, la rehidratación oral y el control de enfermedades, la lactancia materna, la inmunización, la nutrición, el espaciamiento de los embarazos y la alfabetización de las mujeres.⁶⁶

- **El respeto por la opinión del niño.**

Más que afirmarse en un artículo específico de la Convención, el derecho de la infancia a que se oigan y se respeten sus opiniones acerca de las cuestiones que les afectan, en función de su edad y madurez, se garantiza en una gran variedad de estipulaciones.

Una de las más destacadas es el artículo 12 que sostiene que los Estados parte *“garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al*

⁶⁶ FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, “Estado mundial de la infancia, Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño”, Op. Cit., pág., 9.

*niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez del niño*⁶⁷.

El citado ordenamiento atribuye al gobierno la obligación de garantizar que se pida a los niños y niñas su punto de vista y se tenga en cuenta; este principio se aplica también a cualquier procedimiento judicial que les afecte.

En la “Convención sobre los Derechos del Niño” se articula también una amplia gama de libertades civiles que incluyen la libertad de expresión -artículo 13-, de pensamiento y religión –artículo 14-, de asociación y reunión –artículo 15- y el acceso a información –artículo 17-.

Estos derechos de participación han hecho que las voces de los niños y niñas se tengan más en cuenta en las iniciativas de desarrollo que les afectan, desde proyectos de ámbito local -como la construcción de escuelas adecuadas para los niños- hasta los congresos internacionales de la infancia, las intervenciones ante los parlamentos o ante la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Una vez señalados los cuatro principios básicos de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, es necesario aterrizar los derechos que se encuentran directamente relacionados con nuestra materia y las obligaciones para los Estados parte:

⁶⁷ “Convención sobre los Derechos del Niño”, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de Noviembre 1989, D.O.F. 25 de enero de 1991, en Tratados Internacionales, Secretaría de Relaciones Exteriores, Gobierno Federal, pág. 4.

- **La obligación de los Estados Parte de evitar todo traslado o retención ilícitos.**

“Artículo 11.1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

11.2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”⁶⁸.

Los traslados y/o retenciones ilícitas constituyen una violación de los derechos de los niños a mantener contacto estable con su familia.

- **La consideración primordial será el interés superior del niño**

Artículo 3.1 *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración*

⁶⁸ “Convención sobre los Derechos del Niño”, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de Noviembre 1989, D.O.F. 25 de enero de 1991, en Tratados Internacionales, Secretaría de Relaciones Exteriores, Gobierno Federal, pág. 4.

*primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*⁶⁹.

Nuevamente el interés superior del menor se hace presente no solo como principio rector sino como derecho del niño.

- **El niño solamente podrá ser separado de sus padres cuando ello es necesario en función de su interés superior**

Artículo 9.1. *“Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”*⁷⁰.

De lo anterior se desprende que a menos que la separación sea necesaria el niño tiene derecho a convivir con ambos padres, se trata de evitar además una alienación

⁶⁹ *Ibidem*, pág. 2.

⁷⁰ “Convención sobre los Derechos del Niño”, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de Noviembre 1989, D.O.F. 25 de enero de 1991, en Tratados Internacionales, Secretaría de Relaciones Exteriores, Gobierno Federal, pág. 3.

parental,⁷¹ es decir, que el o la progenitora responsable del traslado y/o retención ilícita genere en el menor sentimientos de rechazo y rencor hacia el otro progenitor.

- **Aún separado de sus padres, el menor tiene derecho a un trato regular y fluido con los mismos incluso cuando los padres se encuentren en diferentes Estados**

Artículo 9.3. *“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”⁷².*

Este derecho del menor reafirma el contenido inicial del artículo en comento pues aún separado de sus padres el niño tiene derecho a convivir con ambos.

- **Los Estados tienen la obligación de usar todas las medidas administrativas y legislativas para dar efectividad a los derechos que establece la “Convención sobre los Derechos del Niño”**

Artículo 4º. *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas,*

⁷¹ Sugerencia aportada por la Lic. Guadalupe Zeledón Villalta, Jueza Cuarta de Familia de San Salvador en el curso de Género impartido en la Maestría en Administración de Justicia, citado por BENAVIDES SANTOS, Diego, *et. al.*, en La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 94.

⁷² “Convención sobre los Derechos del Niño”, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de Noviembre 1989, D.O.F. 25 de enero de 1991, en Tratados Internacionales, Secretaría de Relaciones Exteriores, Gobierno Federal, pág. 3.

legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”⁷³.

Es una obligación de los Estados parte aterrizar en la realidad los derechos y obligaciones contenidos en la Convención con el fin de hacer efectiva la protección a los menores.

- **Las solicitudes hechas para entrar o salir de un Estado a los efectos de la reunión de la familia se atenderán de manera positiva, humanitaria y expeditiva pues el niño tiene derecho a mantener contacto con ambos padres.**

Artículo 10.1. *“De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9º, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.*

⁷³ *Ibidem*, pág. 2.

10. 2. *El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9o, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención*⁷⁴.

El Estado debe garantizar que el menor pueda, en todo momento y bajo casi cualquier circunstancia, reunirse con sus padres aún cuando los integrantes de la familia radiquen en diferentes Estados; se dará prioridad a éstas solicitudes sin perjuicio de los solicitantes.

- **El niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta al decidir**

Artículo 12.1 *“Los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los*

⁷⁴ “Convención sobre los Derechos del Niño”, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de Noviembre 1989, D.O.F. 25 de enero de 1991, en Tratados Internacionales, Secretaría de Relaciones Exteriores, Gobierno Federal, pág. 4.

*asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño*⁷⁵.

El derecho a oír al niño no puede constituir una agresión a su persona y ello sucede cuando se formulan ciertas preguntas, por ello la dilucidación de las interrogantes debe llegar a través de la valoración de sus dichos interpretados por un especialista en psicología, que es la disciplina que brinda los elementos para interpretar los dichos de los niños.

Frente a la duda es preferible escuchar al niño que negarle la posibilidad de expresarse, hay que tener presente la influencia de los padres sobre las opiniones de los menores, por lo que es importante determinar si las objeciones del menor al retorno no han sido una influencia del padre sustractor.

La escucha no significa resolver conforme sus deseos ya que sería depositar en el menor la decisión que compete al Tribunal. El juez resolverá al priorizar el interés del menor considerándolo sujeto de derechos, con capacidades progresivas, sin que implique acoger plenamente sus argumentos; enfrentado el juez a dos interpretaciones posibles, debe elegir aquella que implique una mejor protección de los derechos de los individuos.

⁷⁵ *Idem.*

Conviene en este momento recordar la Recomendación 874 -1979- de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa cuyo primer principio general señala que los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios.⁷⁶

2.2 Legislación local, tesis y jurisprudencias.

Ahora que conocemos las Convenciones que regulan la restitución internacional de menores, analizaremos la legislación aplicable a la materia en México.

Empezaremos por determinar la competencia judicial, sabemos que la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” señala en su artículo 16 que al conocer de un traslado o retención ilícita, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado o retenido el menor no decidirán sobre el fondo del asunto. De la interpretación de este artículo podemos concluir que la Convención señala como competente para conocer de estos asuntos al juez del Estado contratante a donde se trasladó el menor o bien, donde ha sido retenido; por su parte el artículo 6º de la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” establece explícitamente la competencia judicial al señalar:

⁷⁶ Cfr. ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, “Recomendación relativa a una Carta Europa de los derechos del niño”, citado por BENAVIDES SANTOS, *et. al.*, en La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 82.

“Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención.

A opción del actor y cuando existan razones de urgencia, podrá presentarse la solicitud de restitución ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación.

El hecho de promover la solicitud bajo las condiciones previstas en el párrafo anterior no conlleva modificación de las normas de competencia internacional definidas en el primer párrafo de este artículo”.⁷⁷

De lo anterior concluimos que de acuerdo a la “Convención Interamericana sobre Restitución de Menores” existen tres foros nacionales competentes, a saber:

- El tribunal donde el menor tenga su residencia habitual antes de su traslado o retención.
- En caso de urgencia, el tribunal donde se encuentre o se supone que se encuentre el menor ilegalmente trasladado o retenido, y;

⁷⁷ “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, Montevideo, Uruguay, 15 de Julio 1989, D.O.F. 18 de noviembre de 1994, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, págs. 361-367.

- El tribunal del lugar donde se haya producido el hecho ilícito.

Si bien estos tres foros son competentes de acuerdo a la “Convención Interamericana sobre Restitución de Menores” en la práctica es la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” la que prevalece para resolver estos asuntos, en este sentido será el juez del Estado contratante a donde se traslado el menor quien deberá conocer de la restitución.

Así, en el caso de nuestro país encontramos el “Código Federal de Procedimientos Civiles” que establece en su artículo 19 que: *“Los juzgados de Distrito tienen la competencia material que detalladamente les atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación”*⁷⁸, misma que en su artículo 53 señala:

“Los jueces de distrito civiles federales conocerán: I. De las controversias del orden civil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares podrán conocer de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del

⁷⁸ “Código Federal de Procedimientos Civiles” S.N.E., Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México, 2013, pág. 5.

*Distrito Federal...*⁷⁹ de la interpretación de ésta fracción I se concluye que la restitución de menores por ser un asunto civil relacionado con la aplicación de tratados internacionales debería de ser conocido por los Juzgados de Distrito a menos que los particulares prefieran que quienes conozcan del asunto sean los tribunales del orden común.

En la práctica los procedimientos de restitución en los que México actúa como Estado requerido se reciben en la Secretaría de Relaciones Exteriores y son enviados por ésta a los juzgados familiares de la entidad federativa donde se presume que se encuentra el presunto sustractor y el menor sustraído, para la integración del procedimiento judicial.

La justificación de lo anterior la encontramos a nivel federal en el artículo 25 del “Código Federal de Procedimientos Civiles” que señala que *“En los negocios relativos a la tutela de los menores o incapacitados, es juez competente el de la residencia del menor o incapacitado”*.⁸⁰

Por su lado el artículo 156 del “Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal” señala como juez competente el de la residencia de los menores para designarles un tutor y en los demás casos el del domicilio de éste.⁸¹

⁷⁹ “Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación”, S.N.E., Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México, 2013, pág. 22.

⁸⁰ “Código Federal de Procedimientos Civiles” *Op. Cit.*, pág. 6.

⁸¹ *Cfr.* “Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal” *Op. Cit.*, pág. 39.

Como se observa en ninguno de los artículos citados se habla específicamente de un juez competente para conocer de asuntos de restitución internacional de menores, no obstante lo anterior existe una tesis aislada que resuelve la competencia del juez en esta materia, a saber:

“COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA RESTITUCION DE MENORES DERIVADAS DE LA CONVENCION SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE AQUELLOS ADOPTADA EN LA HAYA. CORRESPONDE AL JUEZ QUE ELIJA EL ACTOR.

La finalidad de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada en La Haya, Países Bajos, el 25 de octubre de 1980, es la de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de custodia y visita vigentes en uno de estos Estados se respeten en los demás Estados contratantes; lo cual se refleja en una protección de intereses particulares de los afectados con el traslado o la retención ilícita de menores, mientras que la designación de una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que impone la citada Convención es sólo con el objeto de promover la colaboración entre las autoridades competentes, a fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y conseguir el resto de los objetivos de la propia Convención, de suerte que su gestión no involucra intereses de la Federación sino que sólo interviene para la protección de intereses particulares. Consecuentemente, se

*actualiza la hipótesis de competencia concurrente que contempla el artículo 104, fracción I, de la Constitución Federal, ya que en las controversias del orden civil o criminal suscitadas sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales en los que sólo se afectan intereses particulares, corresponde al actor elegir el fuero al que se somete la controversia”.*⁸²

Será entonces el actor quien elija el fuero donde se resolverá la controversia, como ya se mencionó, en la práctica es la Autoridad Central Mexicana quien envía la solicitud de restitución a los juzgados competentes.

Por lo que se refiere al derecho aplicable, lo será el del lugar a donde ha sido sustraído o retenido el menor, cabe mencionar que la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” señala en su artículo 7º fracción c) como una obligación de las autoridades centrales facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio; lo anterior es únicamente para la verificación del ejercicio de custodia efectiva a que se refiere el artículo 13º de la citada Convención.

Como sabemos, la figura de restitución no se contempla en México, por ello se aplica la legislación relativa a los procedimientos donde se ven involucrados menores, así el

⁸² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Competencia para conocer de las cuestiones relacionadas con la restitución de menores derivadas de la convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de aquellos adoptada en la Haya. Corresponde al juez que elija el actor” Tesis aislada, Competencia civil 72/94, junio de 1994, Unanimidad de cinco votos, Octava Época, Tercera Sala, en Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XIII, pág. 243.

artículo 417 del “Código Civil para el Distrito Federal” garantiza el derecho de los menores a ser adecuadamente escuchados independientemente de su edad en casos de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en cuyo caso deberán ser asistidos por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, si se diera el caso de que no se presentare a la audiencia el asistente de los menores, será potestativo para el juez celebrar o no la audiencia una vez que verifique si es factible la comunicación libre y espontánea con el menor; con ello se garantiza el derecho del menor a ser oído en juicio.

Escuchar al menor se traduce en que el Juez ponderará sus declaraciones para resolver junto con el caudal probatorio que se aporte, lo que sea más conveniente para el menor conforme a su interés; que es calificado por la Ley como superior.

Aunado a lo anterior es de vital importancia que el menor cuente con una representación efectiva en el proceso, una distinta de quienes por Ley son designados como sus legítimos representantes pues es la sociedad quien está interesada en proteger a los menores por encima del conflicto de intereses de sus padres, en este sentido encontramos la tesis aislada denominada:

“MENOR DE EDAD. DEBE CONTAR NECESARIAMENTE CON EL ASESORAMIENTO DE UN ABOGADO EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN A SU PAÍS DE ORIGEN. En virtud de que la sociedad está interesada en

*proteger a los menores, independientemente de la voluntad, deseos, acuerdos o convenios de sus padres, es obligatorio que en todo proceso relativo a la restitución de un menor a su país de origen, esté asistido por un abogado, tanto el menor como la persona que represente sus intereses. Así debe interpretarse la disposición contenida en el artículo 7º., inciso g), del Decreto Promulgatorio de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, publicado en el Diario Oficial de la Federación el seis de marzo de mil novecientos noventa y dos”.*⁸³

Una vez que hemos determinado la competencia y derecho aplicable para la resolución de restituciones internacionales es importante saber que la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” cumple con los requisitos legales y constitucionales para su validez en nuestro país, por lo que es obligatoria para el Estado Mexicano y en este sentido encontramos la tesis que presentamos a continuación:

“CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. CUMPLE CON LOS REQUISITOS LEGALES Y CONSTITUCIONALES PARA SU VALIDEZ. De acuerdo con el artículo 76, fracción I, de la Constitución General de la República, es facultad exclusiva del Senado aprobar

⁸³ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, “Menor de edad. Debe contar necesariamente con el asesoramiento de un abogado en el proceso de restitución a su país de origen”, tesis aislada, Amparo en revisión 20/97, octubre de 1997, Unanimidad de votos, Novena Época, en Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VI, pág. 765.

los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión. A su vez, el artículo 63 establece que las Cámaras Legislativas no pueden abrir sus sesiones, sin la concurrencia, en cada una de ellas, de más de la mitad del número total de sus miembros. Además, conforme al artículo 60 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, ninguna proposición o proyecto podrá discutirse, sin que primero pase a la comisión correspondiente, y ésta haya dictaminado, lo cual es acorde con lo que al efecto señala el artículo 4o. de la Ley sobre la Celebración de Tratados. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 33 del reglamento mencionado, se presentan en sesión secreta, entre otras cuestiones, los asuntos relativos a relaciones exteriores, como lo es la aprobación de tratados o convenciones internacionales. A este respecto, la convención de mérito fue aprobada por el Senado, en sesión secreta, el trece de diciembre de mil novecientos noventa, fecha en la que el número de legisladores que integraba dicha Cámara era de sesenta y cuatro; por lo que, si dicha convención internacional fue aprobada por cuarenta y cinco votos, existió el quórum necesario para la validez jurídica de dicho instrumento, el cual, por su naturaleza jurídica, difiere de la que corresponde a las leyes o reglamentos, en lo que ve a su proceso de formación, razón por la cual no contiene exposición de motivos, pues no se trata de una iniciativa de ley, sino que dada la naturaleza y alcances del decreto promulgatorio que la contiene y conforme al procedimiento para su aprobación, estrictamente, no necesita contener una exposición de motivos. No obstante, lo que sí es indispensable para la validez de la convención internacional es la existencia del instrumento de adhesión, expedido por el presidente de la República, quien, después de la aprobación del Senado, en uso de la facultad que le confiere el artículo 89, fracción X, constitucional, acepta y confirma el

texto aprobado del instrumento internacional, como ocurrió en el caso de la “Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”⁸⁴.

Además de que la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” es válida y obligatoria para el Estado Mexicano, se ha interpretado que cumple con las garantías de audiencia y defensa para las partes que se ven involucradas en asuntos de ésta naturaleza, en este sentido se manifiesta la tesis que presentamos a continuación:

“CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. RESPETA LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y DEFENSA. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que en todo procedimiento deben respetarse las formalidades esenciales que garanticen a los gobernados una defensa adecuada y oportuna, para lo cual es necesario que se notifique su inicio, que se dé la oportunidad de alegar, ofrecer y desahogar pruebas, y que se dicte la resolución procedente. En congruencia con lo anterior y del análisis relacionado de los artículos 7o., inciso f), y 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1992, se concluye que este ordenamiento respeta las garantías de audiencia y defensa previstas en los numerales 14 y 16 de la Constitución*

⁸⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Cumple con los requisitos legales y constitucionales para su validez”, tesis aislada, Amparo en revisión 1134/2000, diciembre de 2004, Unanimidad de cuatro votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XX, pág. 355.

Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer, por una parte, que las autoridades centrales deben colaborar entre sí y con otras competentes en sus respectivos Estados, a fin de iniciar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo con el objeto de conseguir la restitución del menor y, por otra, que la autoridad del Estado requerido que conozca de la solicitud respectiva no está obligada a ordenar dicha restitución si la persona, institución u organismo que se opone a ello demuestra que se actualiza alguno de los supuestos a que se refiere el aludido artículo 13, de lo que se sigue que tales dispositivos permiten a la parte que puede resultar afectada -y que por tanto se opone a la restitución- comparecer a alegar y demostrar lo que a su derecho convenga⁸⁵.

Lo anterior es importante pues es común que en la práctica quien se opone a la restitución alegue que fueron violados sus derechos de audiencia y defensa, lo cual es difícil de defender por la falta de un procedimiento especial que efectivamente proteja esos derechos.

⁸⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Respeto las garantías de audiencia y defensa”, tesis aislada, Amparo en revisión 1576/2006, febrero de 2007, Cinco votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXV, pág. 634.

Capítulo 3

Problemática actual

Debido a la creciente interdependencia de los Estados que adquieren obligaciones entre ellos día a día, se vuelve más importante proyectar seriedad y confiabilidad hacia la comunidad internacional, es por ello que nuestro país necesita aterrizar en su legislación los Convenios que suscribe para que puedan ser ejecutados en el ámbito nacional y darle así debido cumplimiento a las obligaciones adquiridas a nivel internacional.

En la práctica mexicana se observan variaciones en los criterios judiciales por parte de los operadores jurídicos lo que se debe en gran medida a la carencia de un procedimiento especial para la aplicación e interpretación de los Convenios que regulan la materia objeto de nuestro estudio.

Las variaciones de criterios a las que nos referimos encuentran su origen en cuestiones que van desde el desconocimiento del contenido de las Convenciones, sus restricciones, excepciones, plazos, ámbitos de aplicación, hasta el temor infundado de aplicar un Tratado Internacional.

En el presente capítulo se abordará ésta problemática.

3.1 Obligaciones internacionales

Para abordar las implicaciones de las obligaciones con carácter internacional es importante saber lo que es un tratado internacional, según la definición del artículo 2º de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, es un *“acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”*⁸⁶, ahora bien el artículo 133 de la “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” señala que *“esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”*⁸⁷; este precepto constitucional reconoce a los tratados internacionales como Ley Suprema en toda la Unión, y además como fuente de Derecho.

Por el reconocimiento constitucional de los tratados como Ley Suprema en toda la Unión, será necesario vincular a los órganos internos estatales con el Derecho Internacional, en México esto se hace a través del sistema de recepción automática que significa que el tratado se incorpora de manera inmediata desde que éste es internacionalmente obligatorio, por ello no siempre existen reformas en nuestras legislaciones locales pero se consagra

⁸⁶ “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F. 14 de febrero de 1975, en CONTRERAS VACA, Francisco José, *Op. Cit.*, págs. 413-445.

⁸⁷ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Op. Cit.*, pág. 115.

expresamente en el precepto constitucional invocado que los jueces de cada Estado se arreglarán al contenido de los tratados internacionales.

Por otro lado, aunque la doctrina que explica el nexo entre el orden jurídico interno y el internacional en México es la teoría monista nacionalista, -que considera que el Derecho Interno es superior al Derecho Internacional y que la validez de este último se sujeta al orden jurídico interno- recientes interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señalan que en materia de derechos humanos cuando se beneficie a las personas se estará al contenido de los Tratados.

Nuestro país ha suscrito acuerdos internacionales de forma destacada en materias que tienen que ver con los menores, área en la que de acuerdo a información disponible en la Secretaría de Relaciones Exteriores, existen más de cincuenta convenciones que directa o indirectamente afectan los derechos de la niñez.⁸⁸

Es importante ahora conocer las consecuencias de haber firmado Tratados Internacionales que regulan nuestra materia, a saber:

⁸⁸ Cfr. CERVERA RIVERO, Óscar G., *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 47.

- El surgimiento del deber genérico de respetar, proteger, garantizar y satisfacer los derechos y privilegios previstos en el tratado, de acuerdo a la naturaleza, sentido y alcance que deba dárseles.
- Adecuar la legislación interna y el actuar de las autoridades, en especial de los operadores jurídicos, a los pactos celebrados.
- Adoptar, suprimir o modificar, prácticas administrativas que se opongan al compromiso suscrito.
- Adoptar políticas públicas y reorientar la aplicación de los recursos con el objeto de privilegiar el respeto a los menores y consolidar su desarrollo integral, como política de Estado.
- Construir, desde los Tribunales encargados del control constitucional la doctrina que desarrolle los criterios de aplicación normativa; que recepcionen los contenidos normativos internacionales para hacer congruente a la legislación interna con éstos y contribuyan así a la estabilidad jurídica y protección de los derechos de todos los mexicanos, con énfasis en los menores.⁸⁹

El Estado Mexicano debe cumplir de buena fe las obligaciones asumidas en virtud de acuerdos internacionales y al tratarse de tratados que protegen derechos humanos no puede invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las mismas, en caso de producirse un incumplimiento se podría generar, al menos en teoría, la responsabilidad internacional del Estado como autor de un hecho internacionalmente ilícito.

⁸⁹ *Cfr.* CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "Algunos aspectos de la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Locales (Ensayo)", citado por CERVERA RIVERO, Óscar G., La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 54.

3.2 El incumplimiento de tratados internacionales

Las investigaciones jurídicas realizadas sobre esta materia son escasas e insuficientes. Las reglas de responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos aún no se convierten en un tratado con fuerza vinculatoria; en todo caso aunque éstas fueran obligatorias y el Estado Mexicano incumpliera los tratados materia de la presente investigación, al referirse éstos a derechos humanos fundamentales, México no podría ser afectado por el uso de contramedidas como forma de inducir el cumplimiento de las obligaciones por el resto de los Estados partes.

No obstante lo anterior, una violación grave a las obligaciones que derivan de los tratados en comento, sí podría generar, entre otras consecuencias, que el Estado que se sienta afectado suspenda la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones con México basándose en el artículo 60 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, a saber:

“Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación.

(...)

2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará:

a) a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime, para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado, sea;

i) en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación; o

ii) entre todas las partes;

b) a una parte especialmente perjudicada por la violación, para alegar ésta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación;

c) a cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado.

3. Para los efectos del presente artículo, constituirán violación grave de un tratado:

a) un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención; o

b) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado.

(...)

(...)

6. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados⁹⁰.

⁹⁰ “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F. 14 de febrero de 1975, en CONTRERAS VACA, Francisco José, Derecho Internacional Privado. Parte Especial, *Op. Cit.*, págs. 413-445.

De la definición de violación grave que nos ofrece el citado artículo concluimos que el no retorno de los menores a sus países de residencia habitual constituye una violación de una disposición esencial para la consecución del objeto del tratado que es precisamente la restitución de los menores y por otro lado que al no ser ni la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” ni la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” tratados de carácter humanitario no se encuentran exceptuados de ser suspendidos en todo o en parte; o bien, darlo por terminado por los Estados que aleguen un incumplimiento.

La suspensión es por su propia naturaleza una medida de carácter temporal, la cual tiene importancia como rápida justificación para dejar de cumplir el tratado a causa del incumplimiento de la otra parte; mientras que la terminación es la medida más importante, pues significa que la pérdida de confianza que implica el incumplimiento ha sido suficiente para que los Estados no tengan más interés en la vigencia del tratado.

Con lo anterior nos podemos imaginar las consecuencias que tendría para el Estado Mexicano ser acusado del incumplimiento de los Convenios de Restitución, los niños sustraídos o retenidos ilícitamente fuera de México, no podrían ser restituidos, esto sería una violación grave de sus derechos humanos y restaría seguridad jurídica en el territorio nacional.

Es por lo anterior que en materia internacional los Estados siempre procuran que la regla *pacta sunt servanda* sea observada por todos, aunque ésta consideración está constreñida a un plano de corte moral o ético y no al estrictamente jurídico.

3.3 Problemas de la inexistencia de un procedimiento especial de restitución

Como hemos visto, México tiene un compromiso internacional al tener firmados, ratificados y con plena vigencia la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” y la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” y está obligado a cumplirlo, sin embargo la tutela efectiva de los derechos de la infancia se enfrenta con frecuencia a criterios de las autoridades que lejos de protegerlos de manera efectiva les imponen decisiones basadas en dispositivos legales secundarios que no reflejan la intención protectora de los derechos de la infancia contenidos en la Constitución Mexicana y en las convenciones internacionales.

En la práctica se considera al menor como objeto del proceso, con las afectaciones que esto significa a sus derechos humanos, en particular por dos situaciones:

- Se toman decisiones que afectan su libertad personal, sin tomar en cuenta de manera efectiva su interés superior; y

- Al ser considerado como objeto del proceso se incumple con el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que las autoridades deben de respetar la dignidad de las personas.

Dentro de las transgresiones más evidentes y dolorosas llevadas a cabo por la autoridad judicial, se encuentra la forma en que se ordena la localización del menor para que posteriormente se le ponga a disposición del juzgado y se le asegure o en ocasiones, se le interne en una institución del Estado para evitar que se le pueda volver a sustraer cuando aún no se sabe si procederá o no la solicitud de restitución.

En ese proceso el menor no es considerado parte, prácticamente carece de representación legal ya que al sostener los padres intereses opuestos derivados del conflicto que enfrentan no existe persona alguna que hable en interés del menor y todo ello lo coloca en una situación de aparente invisibilidad durante el proceso en el que recibe un tratamiento similar al de un objeto, lo que desde cualquier punto de vista es reprobable, en razón de que se deja de respetar su dignidad humana y sus derechos fundamentales son prácticamente nulos para el efecto del trámite de la solicitud de restitución.

Desde luego, todo el proceso anterior se lleva a cabo bajo un aparente respeto al estado democrático de derecho, al debido proceso legal y en forma destacada, al interés superior del menor”; concepto que en lugar de traducirse en beneficios lo colocan en situación de vulnerabilidad, lesión de sus derechos fundamentales y sometimiento a condiciones de presión que pudieran ser intolerables en razón de

tratarse de menores de edad que han sido sustraídos por personas de su círculo íntimo, -padre, madre o ascendentes- y después son sometidos a situaciones de grave exposición física y psíquica por el Estado -jueces y autoridades administrativas-, cuya función supuestamente es protegerlos.

La falta de un procedimiento especial genera que los operadores jurídicos confundan lo que en virtud de los Convenios en la materia pueden hacer cuando actúan en su carácter de autoridad requerida con aquello que deben hacer cuando actúan como jueces naturales de la causa para resolver las controversias de familia que se llevan a sus estrados.

Asimismo, merece destacarse que todo reproche de la conducta de los padres distinta de la retención o traslado ilícitos definidos por las Convenciones, al ser ajenos al trámite no deben ser incluidos como parte del caudal probatorio que el Juez competente analizará para resolver el planteamiento.

No queda claro aún para los jueces que la aplicación del texto internacional no resulta la vía adecuada para ventilar cuestiones de fondo, mismas que deberán ser analizadas por las vías pertinentes y ante la jurisdicción competente, en consecuencia, el argumento referido a que restituir a los menores generaría peligro para ellos es propio de un juicio de tenencia en el que se evalúa la aptitud de cada uno de los padres para el cuidado de los menores.

Es importante cuidar la imagen de nuestro país a nivel internacional, no sólo para generar confianza y seguridad jurídica frente a otras naciones, sino para

salvaguardar eficazmente los derechos contenidos en los tratados internacionales, que deben cumplirse en interés de todas las naciones y de los menores.

Capítulo 4

Procedimiento de restitución internacional de menores

4.1 Ejecución actual en México

Una vez que se han analizado tanto el contenido de las Convenciones en la materia como las obligaciones internacionales y sus consecuencias para el Estado Mexicano, es momento de conocer la práctica en nuestro país. Veremos qué tan apegados estamos a la ejecución adecuada del procedimiento, lo cual nos permitirá hacer algunas observaciones que consideramos importantes para lograr una adecuada y funcional aplicación de las Convenciones.

Para entender mejor el procedimiento usaremos un ejemplo: Se solicita la restitución de una menor que presuntamente había sido sustraída por su madre de un Estado Miembro de la Unión Europea a México, el Juez del conocimiento en nuestro país ordena su localización inmediata sin haberle notificado a la madre ni considerar como parte a la menor afectada; se gira oficio a la Policía Federal Ministerial que en cumplimiento al mandato localiza a la menor en la escuela a la que asiste, la asegura - con toda la violencia física y el aparato policial que eso significa- y la traslada al juzgado, lugar al que llega la madre a enterarse por primera vez de la existencia de un procedimiento de restitución.

En esas circunstancias, la madre expresa los argumentos que estima pertinentes y el Juez decide ingresar a la menor en el Albergue de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; dentro del plazo que la ley señala, el Juez dicta una resolución en

la que ordena la restitución inmediata de la menor y hace notar que aún cuando la madre no había sido emplazada, por haber comparecido se hizo sabedora del proceso y en consecuencia compurgó cualquier vicio que pudiera aducir en su perjuicio.

En contra de esta resolución, la madre interpone recurso de apelación y la Sala al apreciar la ausencia de notificación deja sin efectos la resolución y ordena que se reponga el proceso a partir del emplazamiento a la madre, se ordena además la entrega inmediata de la menor a la misma, hasta que se resuelva sobre la procedencia o no de la restitución y se cumpla con las garantías de audiencia y debido proceso legal.

El día que la Sala dicta la Sentencia ordena la inmediata externación de la menor, pero entre la fecha del dictado de la sentencia del inferior y la fecha de la sentencia de la Sala, trascurrieron 28 días de internamiento de una menor en un albergue diseñado para niños y niñas abandonados y sin familiares que puedan hacerse cargo de ellos, por lo que la directora de ese albergue carece de facultades para recibir –lícitamente- a la niña, por no formar parte de sus facultades ni de las finalidades para las que fue creado el albergue de la Procuraduría conforme a las Leyes que norman su función.⁹¹

De lo anterior se desprende que los menores no son considerados como parte y por lo tanto no tienen a persona alguna que los represente en el proceso, aún cuando el Juez de conocimiento dictará medidas que afectarán o limitarán su libertad personal y que

⁹¹ Cfr. CERVERA RIVERO, Óscar G. *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 59.

eventualmente decidirá si debe o no regresar al país en el que presuntamente tenía su domicilio habitual.

El argumento basado en que sí tienen representación, pues quienes ejercen la patria potestad son las personas que se encuentran en debate y por lo tanto, ambos están interesados en el bienestar del menor lo consideramos falso puesto que el padre y la madre están inmersos en su conflicto personal, demasiado interesados en someter al otro para establecer las condiciones que les resultan más ventajosas para quedarse con el menor y a través de él obtener lo que consideran “justo”; pero en realidad no se atiende a las necesidades del niño o niña involucrado, sino que es utilizado como moneda de cambio en la negociación.

Del ejemplo planteado es posible identificar las siguientes violaciones a la norma fundamental mexicana y a los pactos internacionales, a saber:

- Violaciones a la “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”:
 - Artículo 4º, establece los derechos de los menores, las obligaciones de los ascendientes y la obligación del Estado de procurar el desarrollo integral de los niños y las niñas.
 - Artículo 14, establece las formalidades esenciales del procedimiento.
 - Artículo 16, cristaliza el principio de legalidad impidiendo cualquier acto de molestia que no se encuentre fundado y motivado.

- Artículo 133, precisa las jerarquías de los Tratados Internacionales, situándolos como Ley Suprema de la Unión.

Al no considerar a los menores como parte en el proceso y no designarles abogado que los represente es evidente que se les afecta sin ser oídos ni vencidos en juicio, lo que se traduce en la vulneración de las garantías contenidas en los dispositivos citados.

De las Convenciones Internacionales que se encuentran vigentes en México se aprecia incumplimiento a las siguientes:

- De la “Convención de los Derechos del Niño”:
 - El artículo 3º, donde se establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas, tribunales o autoridades administrativas se debe atender al interés superior del menor y la obligación de los Estados de asegurar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, obligándose a tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas;
 - El artículo 6º, que contiene la obligación de garantizar el desarrollo del niño;
 - El artículo 7º, que establece la obligación de los Estados parte de aplicar los derechos y obligaciones contraídas en virtud de los instrumentos internacionales.

- De la “Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980”:
 - El artículo 7º inciso g), que de manera explícita señala necesarias la asistencia judicial y jurídica previendo la participación de un abogado;
 - El artículo 13, donde se precisan las excepciones que se pueden oponer a la restitución solicitada.

El hecho de que un menor no tenga capacidad suficiente para determinar qué es lo mejor para él no significa que será privado de las garantías que le otorga la “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” ni de los beneficios que establecen las Convenciones Internacionales, por el contrario, se actualiza la obligación del Estado mexicano de proveer lo necesario para que los menores a través de las instituciones que se creen ex profeso, puedan ejercitar sus derechos, para evitar que sean afectados por resoluciones dictadas por las autoridades sin que hubieren contado con una representación adecuada en el proceso, de lo contrario se aceptaría la institucionalización de las violaciones de los derechos fundamentales de los menores desde el poder del Estado, que es el encargado de otorgarles una tutela efectiva.

Al continuar con el análisis del ejemplo planteado, es de hacer notar que el aseguramiento del menor se determina para efecto de que no sea nuevamente sustraído u ocultado, es en este momento del proceso donde se toma una de las decisiones más complejas, porque la responsabilidad del Juez es evitar que se eluda

su jurisdicción y para ello puede ocurrir que quien sustrajo al menor lo presente a la audiencia o no, si lo presenta, el Juez podría optar por dejárselo al presunto sustractor en tanto se tramita el procedimiento; pero sino lo presenta, podría optar por que se retire al menor del domicilio en el que se encuentra y ordenar su internamiento en un lugar que considera “seguro” como un albergue del Sistema de Desarrollo Integral para la Familia.

En virtud de lo anterior, es posible concluir válidamente que no se protege de manera efectiva al menor y lo que se ve es que ante las transgresiones de la normatividad nacional e internacional llevadas a cabo por el presunto sustractor, el que sufre las consecuencias de éstas violaciones es precisamente el menor, al que se supone que el Estado protege.

Para este punto de la investigación, ya conocemos las reglas generales que las Convenciones en la materia establecen para integrar un procedimiento de restitución, no obstante vale la pena para identificar plenamente las etapas:

4.2 Etapas del procedimiento

El procedimiento de restitución internacional de menores se compone por dos etapas, la administrativa y la judicial.

4.2.1 Etapa administrativa

La etapa administrativa es iniciada por la persona que sostiene que un menor ha sido objeto de sustracción, quien se presentará ante la Autoridad Central de la residencia habitual del menor para que se remita la solicitud de restitución a su similar del país donde se cree que se encuentra el menor, deberá adjuntar la documentación que señala el artículo 8º de la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” y se asegurará que venga acompañada del fundamento jurídico y de los hechos en que se basa, en especial lo relativo a las cuestiones de residencia habitual del niño y derecho de custodia, así como la información detallada sobre la posible localización del menor, para el efecto se deberá tener en cuenta el formulario tipo.

Esta etapa está a cargo de la Autoridad Central y el logro de una labor exitosa de la misma depende de los alcances y la confianza para la cooperación entre ésta y los jueces, así como de sus pares de otros Estados.

En un principio la Autoridad Central intentará garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable, de esta manera se evita judicializar el caso.

El rol que le compete a la Autoridad Central es trascendente, se le considera el elemento clave de los sistemas efectivos que se diseñen para garantizar la restitución de los menores sustraídos o ilícitamente retenidos y la plena aplicación de las Convenciones, para lo cual deberá coordinar y promover la cooperación entre autoridades dentro y fuera del país, para tal fin debe disponer de los recursos humanos y materiales necesarios.

4.2.2 Etapa judicial

Una vez que la Autoridad Central ha intentado lograr una restitución amigable y en caso de que sus esfuerzos resultaren infructuosos, se origina un conflicto de intereses entre el sustractor y el padre afectado por la sustracción, en ese momento se da origen a un litigio que el juez competente debe resolver, estos procesos deben ser tratados de manera urgente para evitar un daño mayor al menor sustraído o retenido ilícitamente.

La “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980”, a diferencia de la “Convención Interamericana sobre Restitución de Menores” no señala un procedimiento, motivo por el cual la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño reunieron un grupo de expertos que trabajó la “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Menores”, que prevé plazos breves en aplicación del interés superior del niño, cuyo objeto es asegurar el tratamiento de los asuntos conforme a los principios de los convenios en la materia, la resolución de los casos en forma rápida y en caso de accederse a la restitución ésta se realice en forma segura para el niño.

La aplicación de los Convenios requiere de la cooperación y de la confianza que se pueda establecer entre jueces por lo que surge la necesidad de instaurar redes de jueces a fin de facilitar la colaboración, comunicación y el intercambio de experiencias que favorezca la confianza mutua y propicie el acercamiento entre los operadores jurídicos de los distintos países.

4.3 Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Menores

Es clara la importancia de la integración adecuada de los principios recogidos por las convenciones en los sistemas internos de los Estados contratantes, para este efecto el 10 de noviembre de 2006 se realizó en La Haya la Reunión Interamericana de expertos sobre sustracción internacional de niños co-organizada por el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y el Adolescente y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

La Ley Modelo fue discutida y aprobada en la Conferencia de Expertos realizada en Buenos Aires, del 19 al 21 de septiembre de 2007, siendo participantes Autoridades Centrales, Jueces de contacto de la Red de la Haya y expertos de todos los países de la región además de Estados Unidos de América⁹². La presentación oficial del texto se realizó en Buenos Aires el 14 de mayo de 2008.⁹³

⁹² Cfr. PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 195.

⁹³ *Ídem.*

La elaboración de la Ley Modelo encuentra su justificación según la redacción de la propia reunión de expertos, en:

“Con la finalidad de garantizar la restitución inmediata de los niños trasladados o retenidos de manera ilícita y de velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en un Estado se respeten en el Estado nacional, se ajustarán las normas procesales internas según el siguiente proyecto. Los plazos breves de decisión, en aplicación del interés superior del niño, contribuyen al cumplimiento del Convenio de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 y a la mejor preservación de los derechos de los menores a no ser trasladados o retenidos ilícitamente de un Estado a otro y a los derechos de visita cuando los referentes adultos de los niños viven en países diferentes.”⁹⁴

La Ley Modelo es un esfuerzo de representantes de todos los países del área para que se adopte una resolución con la celeridad necesaria, pero al mismo tiempo que se respeten las garantías del debido proceso; recoge los consensos en el continente sobre:

- La necesidad de ajustar los procedimientos internos a los plazos establecidos en los convenios.

⁹⁴ *Ibidem* pág. 197.

- Constituye un modelo o propuesta para el estudio en cada país de la reforma legislativa que corresponda y contiene definiciones sobre los conceptos fundamentales de los convenios y el marco de aplicación.

A continuación presentamos el análisis del contenido de la Ley Modelo:

4.3.1 Objeto procesal

Éste se encuentra definido en el artículo 1º.- *“Será objeto del proceso regulado en la presente ley, determinar si ha existido traslado y/o retención ilícitos de un niño, toda vez que se haya verificado en violación a un derecho de guarda o de custodia y a preservar el derecho de visita”*.⁹⁵

El objeto del proceso comprende entonces:

- La determinación de si existe traslado o retención ilícitos;
- Si el mismo se produjo en violación de un derecho de guarda o de custodia;
- La protección del derecho de visita transfronterizo.

4.3.2 Finalidad del proceso

⁹⁵ “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños”, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et. al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 507-512.

La Ley Modelo señala que es su pretensión:

“La resolución de los casos en forma rápida y en caso de accederse a la restitución, que la misma se realice en forma segura para el niño”⁹⁶, de lo anterior concluimos que la finalidad del proceso es asegurar la restitución rápida y segura en caso de que proceda, para que sea el Juez del Estado de residencia habitual quien decida sobre el fondo del asunto.

El documento avanza sobre los conceptos no definidos en los convenios y determina el consenso alcanzado en cuanto a la guarda o custodia, entendiéndose que:

“Sin perjuicio del nomen iuris previsto por la legislación nacional, a los efectos de esta ley se entiende por derecho de guarda o de custodia, aquel comprensivo del derecho de cuidado y a decidir sobre el lugar de residencia del niño –incluyendo su traslado al extranjero- de conformidad con la ley del Estado de su residencia habitual. Tal derecho puede resultar de una aplicación de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

Este derecho, debe haber sido ejercido en forma efectiva, ya sea individual o conjuntamente, por padres, tutores, guardadores o instituciones, inmediatamente antes

⁹⁶ “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños”, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et. al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 507-512.

*del hecho (...) El niño, en consecuencia, debe haber sido desplazado ilícitamente de su centro habitual de vida, encontrándose en otro Estado”.*⁹⁷

En ningún país de la región los niños pueden trasladarse de un país a otro y menos a cambiar el domicilio fuera de fronteras sin el consentimiento de ambos progenitores⁹⁸.

Por otro lado se consagra expresamente la prohibición de resolver sobre la guarda o custodia a los tribunales del Estado requerido mientras se encuentra en trámite una solicitud de restitución por los convenios y el límite de los 16 años de los niños o niñas presuntamente sustraídos para que proceda la aplicación de los mismos⁹⁹.

Por lo que se refiere al interés superior del niño, éste aparece definido en la Ley Modelo en el segundo párrafo del artículo 2º, a saber:

“Se consagra como criterio orientador de interpretación y en su caso de integración, el del interés superior del niño. Considerándose por tal a los efectos de la presente ley, el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener

⁹⁷ “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños”, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et. al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 507-512.

⁹⁸ *Cfr. Ídem.*

⁹⁹ *Cfr. Idem.*

*contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional*¹⁰⁰.

El principio del interés superior del menor actúa como criterio de integración y de interpretación de su normativa¹⁰¹, el primero se refiere a que el operador jurídico deberá actuar ante un vacío normativo, por ejemplo cuando existen aspectos procesales no definidos en el ordenamiento interno, casos en los que deberá optar por integrar el derecho de la forma que más favorezca el interés superior del menor, y por lo que se refiere a la interpretación normativa deberá analizar los derechos involucrados en el caso de sustracción o de visitas, y adoptará aquella solución que mejor contemple el interés superior del niño a no ser sustraído o retenido ilícitamente y a la restitución rápida y segura en su caso.

4.3.3 Principios procesales

La cuestión más importante que aborda la Ley Modelo es lo que se refiere al procedimiento, mismo que deberá desarrollarse de acuerdo a los siguientes principios procesales:

¹⁰⁰ “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños”, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et. al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 507-512.

¹⁰¹ *Cfr.* PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C. *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 200.

- Celeridad
- Inmediación
- Concentración
- Especialización
- Proceso de partes
- Contradicción
- Preservación del Derecho del Niño a ser oído- artículo 12º Convención sobre los Derechos del Niño.¹⁰²

Estos principios los analizaremos a lo largo de las siguientes páginas para ubicarlos dentro del contexto procesal en el que se ven involucrados.

4.3.4 Sujetos procesales

4.3.4.1 Tribunal

El primer sujeto procesal que analizaremos son los tribunales, tanto los que participan en primera como segunda instancia.

Según el artículo 3º de la Ley Modelo la competencia se determinará conforme a *“las normas generales, con especial aplicación de los principios de concentración y especialización, tanto en primera instancia como en apelación”*¹⁰³.

¹⁰² Cfr. PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C. *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 201.

¹⁰³ “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños”, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et. al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 507-512.

El principio de concentración procesal se refiere a concentrar la jurisdicción que conocerá de los procedimientos de restitución en determinados tribunales de cada país, por su parte la especialización se refiere a señalar una autoridad que sea especialista en la materia.

Es importante señalar que la propuesta se refiere a que además de otras competencias determinados tribunales reciban con exclusividad casos de restitución, sería importante que la especialización alcanzara a la segunda instancia, pues en todo caso, es ahí donde se toman las decisiones definitivas.

Por su parte la inmediación procesal se refiere a que el tribunal adquiera las pruebas y practique demás actuaciones procesales de manera directa e inmediata.

4.3.4.2 Partes legitimadas para intervenir

La Ley Modelo hace referencia explícita a los dos aspectos de la legitimación:

- La legitimatio ad causam es decir, la condición jurídica en que se halla una persona con relación al derecho que invoca en juicio, ya sea en razón de su titularidad o de otras circunstancias que justifican su pretensión y;

- Legitimatío ad processum es decir, la aptitud o idoneidad para actuar en un proceso al que ha sido llamado en el ejercicio de un derecho propio o en representación de otro.

Respecto a la legitimación ad causam el artículo 4º de la Ley Modelo establece: *“Será titular de la acción de restitución, aquel padre, tutor, guardador u otra persona, institución u organismo que fuere titular del derecho de guarda o el derecho de custodia, conforme el régimen jurídico del país de residencia habitual del niño, inmediatamente antes de su traslado o retención.”*¹⁰⁴

En lo relativo a la legitimación ad processum el artículo 5º de la Ley Modelo señala: *“Estará legitimado pasivamente, aquel que es denunciado por quien detenta la titularidad activa, como la persona que ha sustraído o retiene en forma ilegítima al niño cuyo desplazamiento,-retención, constituye la causa de la solicitud”*¹⁰⁵.

4.3.4.3 Niño, niña o adolescente.

El niño, niña o adolescente de quien se pide la restitución o respecto del que se solicita el amparo del derecho de visita es un verdadero sujeto procesal, cuyos derechos a participar y a ser oído se garantizan en el artículo 12 de la

¹⁰⁴ “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños”, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et. al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 507-512.

¹⁰⁵ “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños”, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et. al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 507-512.

“Convención de los Derechos del Niño”; *“su participación debe ser amplia y tener intervención en los actos procesales.”*¹⁰⁶

Derivado de lo anterior el artículo 6º de la Ley Modelo deja a criterio del tribunal que conozca de la causa que el menor cuente con asistencia en el proceso, para el efecto determina: *“(…) De conformidad con las leyes de protección vigentes, se podrá designar un abogado defensor al niño, que lo asista y represente según la evolución de sus facultades, apreciado a criterio del tribunal que entiende en la causa”*¹⁰⁷.

De conformidad con el régimen jurídico vigente de cada país se establecerá la forma de participación procesal del niño, niña o adolescente involucrado, ya sea que cuente con abogado defensor, mero patrocinante jurídico o mediante los mecanismos de representación que se entiendan pertinentes.

4.3.4.4 Representante de la Causa Pública

Otro de los sujetos procesales que señala la Ley Modelo en su artículo 7º es el representante de la causa pública que en el caso de México es el Ministerio Público y quien deberá comparecer en el procedimiento.

¹⁰⁶ PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C. *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 203.

¹⁰⁷ “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños”, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et. al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 507-512.

4.3.4.5 Auxiliares del tribunal

Interpol.- La cooperación de Interpol para ubicar y localizar a los niños, niñas o adolescentes presuntamente sustraídos es fundamental y se complementa con la rápida respuesta de las autoridades policiales locales para evitar que el presunto sustractor se sustraiga a la intervención judicial,¹⁰⁸ en este sentido la Ley Modelo impone la obligación a la autoridad policial local de prestar sin demoras su colaboración en cuanto se le requiera.

Autoridad Central.- La Ley Modelo complementa los cometidos naturales que la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores de 1980” y la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional” le reconocen a las Autoridades Centrales, al señalar que éstas deberán ser informadas por el Tribunal de las actuaciones y tener acceso a las mismas.

Es de resaltar que la obligación corresponde al Tribunal que conozca de la causa, no a la Autoridad Central, por su parte nuestra interpretación del derecho de tener acceso a las actuaciones alcanza a la participación en las audiencias para tomar conocimiento directo de la tramitación e informar adecuadamente a sus similares en otros países.

4.4 Estructura procesal

4.4.1 Primera Fase

¹⁰⁸ Cfr. PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C. *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez. *Op. Cit.*, pág. 203.

Si bien la Ley Modelo hace referencia a una fase preliminar, ésta solo se refiere al uso de las medidas urgentes para la localización y protección del menor que deberá decretar el tribunal ante el que se presente una solicitud de restitución y una vez verificada la localización del menor la autoridad lo comunicará de manera inmediata a su autoridad central, quien se encargará de hacerlo del conocimiento del estado requirente, es en este momento procesal cuando se intentará alcanzar la restitución voluntaria del menor, siempre que no se corra peligro de que el presunto sustractor se escape con el niño, de hecho será necesario contar con el consentimiento del requirente para intentarlo.

A partir de la fecha en que se hace del conocimiento al solicitante la localización del menor y en caso de que ésta se hubiere solicitado previamente, comenzará a correr un plazo de 30 días naturales a efectos de la presentación de la solicitud de restitución.

La documentación que se acompañe a la solicitud de restitución para fundamentar su petición deberá presentarse traducida en caso de ser necesario pero sin requerirse su legalización.

4.4.2 Segunda Fase

Ahora bien, una vez presentada la demanda o solicitud de restitución el tribunal procederá a la calificación de las condiciones de admisibilidad y titularidad activa, para demostrar ésta última el solicitante deberá acreditar verosimilitud de

su derecho al demostrar sumariamente en su escrito inicial que se encuentra en el ejercicio de la guarda o custodia.

La presentación de la demanda ante el tribunal competente marca la fecha de iniciación de los procedimientos.

4.4.2.1 De la solicitud de restitución

El rechazo de la demanda o solicitud de restitución por parte del tribunal admite el recurso de apelación que deberá interponerse dentro del término de tres días hábiles siguientes a la notificación.

En caso de que la demanda o solicitud sea admitida por el tribunal, éste despachará en un término de 24 horas un mandamiento de restitución.

Este mandamiento de restitución, contendrá:

- Orden de Restitución.
- Citación de excepciones por diez días al requerido.
- Medidas cautelares de protección al menor, en caso de haberse decretado en etapa de localización deberá pronunciarse sobre el mantenimiento de las mismas.

- Designación de curador o defensor del Niño, toda vez que el menor es sujeto del proceso cuyos derechos se encuentran involucrados en el mismo, deberá contar con abogado defensor que patrocine sus intereses propios o en caso de no poder formarse un juicio propio con un curador o representante judicial.
- Designación de un defensor o representante para el requirente en caso de que por motivos económicos debidamente acreditados en la solicitud no pueda trasladarse al país.
- Notificación de la decisión al ministerio público o representante de la causa pública.
- Notificación de la resolución a la Autoridad Central a efectos de su conocimiento y comunicación al Estado requirente.

De acuerdo con el principio de celeridad procesal, la Ley Modelo señala que en este proceso *“No se admitirán cuestiones previas, incidentes ni reconveniones que obsten a la prosecución del trámite”*¹⁰⁹, las impugnaciones admitidas son solamente las excepciones expresamente previstas por las Convenciones, las que constituyen enumeración taxativa es por ello es que el tribunal se encuentra en el deber de rechazar sin sustanciar toda excepción fuera de las enumeradas a continuación:

- *“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*

¹⁰⁹ “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños”, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et. al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 507-512.

en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención;

- *Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable;*
- *Se compruebe que el propio menor con edad y grado de madurez suficiente para tener en cuenta su opinión se exprese de forma contraria a la restitución”¹¹⁰.*

Ahora bien, la oposición de excepciones se realiza mediante escrito fundado al cual debe agregarse toda la prueba de que pretenda valerse el excepcionante.

Asimismo podrá denegarse la restitución cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requirente en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

No obstante, las excepciones deben analizarse en el contexto del caso concreto, deben ser interpretadas conforme a la finalidad de la convención y del interés superior del niño, es un elemento fundamental el derecho del menor a que las cuestiones de guarda o custodia sean decididas en el país de su residencia habitual, a cuyos efectos en principio debe accederse a la restitución.

¹¹⁰ PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C. *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez. *Op. Cit.*, pág. 209.

La Ley Modelo también contempla el supuesto en que no se opongan excepciones y según el artículo 14, si esto sucede quedará firme el mandamiento de restitución disponiéndose la ejecución de la misma.

En caso de oponerse excepciones, éstas se sustanciarán con un traslado a la parte solicitante por el término de seis días hábiles.

En nuestra opinión y experiencia profesional es conveniente que en la decisión a comunicar se fijen lo más detalladamente posible el plazo de que se dispone para hacer efectiva la orden, quién se hará cargo del traslado y los gastos y en qué momento y lugar se debe entregar al menor.

4.4.2.2 Audiencia

La Ley Modelo establece que contestada la demanda o vencido el término de seis días, se convocará a audiencia dentro del término de tres días de vencido el plazo o de recibido el escrito con las excepciones.¹¹¹

La decisión que admita o deniegue los medios probatorios no es recurrible y tampoco se pueden admitir más de tres testigos por cada parte.

¹¹¹ *Cfr.* “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños”, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et. al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 507-512.

La audiencia será “*presidida por el tribunal, ésta es una actividad procesal que no puede ser delegada en aplicación de los principios de celeridad e inmediatez procesales, además porque el tribunal debe adoptar decisiones durante el desarrollo de la audiencia, incluido el dictado de la sentencia final.*”¹¹²

Deberán ser citados las partes en el proceso pero la audiencia no dejará de celebrarse por la ausencia de alguno de ellos.

Ahora bien, en primer término se deberá intentar la conciliación, es decir un acuerdo de retorno voluntario o de otro tipo, en ocasiones se acepta un régimen de visitas a cambio de dejar sin efecto la solicitud de restitución, en caso de lograrse acuerdo, del tipo que fuere, se dejará constancia en el acta de la audiencia y se homologará por el tribunal, la Autoridad Central tomará conocimiento en la misma audiencia o por comunicación posterior.

En caso contrario se escuchará la opinión del representante de la causa pública y se resolverán en su caso las cuestiones procesales que obstan a la decisión final. Acto seguido se fijarán los puntos de debate, lo que dependerá de las características de las excepciones opuestas, en seguida se diligenciarán los medios probatorios dispuestos, a cuyo fin y en su caso la audiencia podrá prorrogarse hasta por setenta y dos horas.

¹¹² PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C. *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 210.

La carga de la prueba de las excepciones corresponde al excepcionante, quien debe acreditar sus dichos, de no hacerlo éstas serán rechazadas.

Al finalizar el diligenciamiento de la prueba ofrecida, se escuchará al menor cuando a juicio del tribunal esté en condiciones de formarse un juicio propio, brevemente a las partes y al representante de la causa pública si se hallare presente.

Se dictará sentencia definitiva de primera instancia a la finalización de la audiencia o a lo máximo dentro de las veinticuatro horas siguientes.

4.4.3 Segunda instancia

La sentencia de primera instancia puede ser apelada dentro de los tres días hábiles siguientes a su notificación y se sustanciará con un traslado a las partes, al representante de la causa pública y al representante del menor, en su caso.

La apelación tendrá efecto suspensivo derivado del brevísimo plazo que se le da en la Ley Modelo al Tribunal de Apelaciones para dictar el fallo definitivo, sin

embargo cada estado podrá establecer el efecto devolutivo de la apelación en caso de considerar que de acuerdo a la realidad de su sistema procesal no sera posible que el Tribunal de Apelaciones dicte sentencia dentro de los seis días siguientes a que le obliga la Ley Modelo.

Por lo que hace al contenido de la sentencia, se establece que: *“Se ordenará la restitución en todo caso cuando se tratare de niño menor de 16 años, que haya sido trasladado o retenido ilícitamente en violación de un derecho de custodia, efectivamente ejercido al momento del hecho en el país de su residencia habitual.”*¹¹³

Existe una determinación referida a lo que la Ley Modelo denomina restitución segura y que establece que: *“El tribunal no podrá denegar la restitución de un niño basándose en lo dispuesto en el literal b) del artículo 13° del Convenio de La Haya de 1980 y literal b) del artículo 11° de la Convención Interamericana de 1989, si se demuestra que se han adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del mismo tras la restitución”*¹¹⁴, ésta será segura si es demostrable que el menor tiene sus derechos protegidos en el Estado requirente.

¹¹³ “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños”, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et. al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 507-512.

¹¹⁴ “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños”, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et. al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, *Op. Cit.*, pág. 507-512.

Lo anterior puede suceder por ejemplo si se logra de la jurisdicción requirente una orden espejo que reproduzca las medidas de protección dispuestas en la sentencia de restitución o bien que el juez de la residencia habitual ha comprometido la adopción de medidas de protección una vez restituido el menor, donde ha sido puesto a resguardo del grave riesgo o de la situación intolerable.

También deberá ordenarse la restitución aún cuando haya transcurrido más de un año entre la fecha de la solicitud de restitución y la de sustracción o retención ilícita a menos que se demuestre que el menor ha quedado integrado a su nuevo ambiente y en este caso será el Juez quien determine si la permanencia del menor en el lugar resulta favorable a su interés superior.

En segunda instancia también podrá convocarse a audiencia o dictarse decisión anticipada, en este último caso una vez conocida la resolución podrán solicitarse aclaraciones o ampliaciones en el plazo de 48 horas, mismas que deberán decidirse dentro de los siguientes 2 días.

De vital importancia es mencionar que la sentencia de segunda instancia no admite recurso alguno, hace cosa juzgada.

Por lo que se refiere al derecho de visita se seguirán las mismas reglas que para las solicitudes de restitución.

Como se observó la Ley Modelo pretende ser una guía para los países parte de las Convenciones para que cuenten con un procedimiento que satisfaga adecuadamente los requerimientos establecidos en los tratados, además de las previsiones contenidas en la Ley Modelo es necesario señalar ahora algunas consideraciones que estimamos importantes ya que en la práctica mexicana nos podemos enfrentar a ciertos detalles que en el desarrollo del procedimiento podrían complicar la labor de los operadores jurídicos.

4.5 Consideraciones procesales

Un problema muy común en casos de restitución es la imposibilidad del solicitante para comparecer en México, misma que ha sido erróneamente interpretada por el juez como falta de interés procesal, tal conclusión carece totalmente de fundamento de derecho, pues son muchas las variantes que podrían obstaculizar el viaje del solicitante a territorio nacional, es claro además su interés procesal al haber iniciado la solicitud de restitución.

En principio recordemos que una orden de restitución no debe interpretarse como la separación definitiva de un menor de alguno de sus padres, sino al contrario, como el esfuerzo para que el menor pueda ejercer su derecho a convivir con ambos.

Suelen presentarse argumentos de oposición al retorno de un menor basados en la misión del estado mexicano de salvaguardar los derechos de los

nacionales en territorio mexicano, la procuración de los intereses de los mexicanos en contra de la acción de un gobierno extranjero, y asimismo la protección de los derechos de los migrantes. En ese sentido es necesario distinguir que los procesos de La Haya no son una acción de gobierno sino la transmisión de la petición de un particular en medio de una controversia sobre la guarda y cuidado de un menor, por lo que siendo un asunto de derecho privado las partes deben encargarse de hacer valer lo que a sus derechos conviene únicamente con la intervención de las autoridades conforme al procedimiento.

El argumento más comúnmente utilizado para manifestar que la “Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980” viola derechos de los menores es la interpretación equívoca de que ese mecanismo se contrapone a la “Convención sobre los Derechos del Niño”, argumento que carece totalmente de fundamento, pues como ya se vio en el capítulo segundo de la presente investigación, ambos instrumentos se complementan.

No hay que perder de vista que el derecho que está en litigio es el de menor a no ser sustraído o retenido ilícitamente y de haberlo sido, entonces se resuelve sobre el derecho del menor a ser devuelto a su país de residencia habitual y que las implicaciones de ordenar la restitución del menor no se traducen en vulnerar el derecho de la madre o del padre a la custodia de su hijo, pues hay que tener siempre presente que es el Juez del lugar donde reside habitualmente el menor el que cuenta con los

elementos para resolver la cuestión de fondo del asunto, esto es precisamente su custodia, más aún, se traduce en posibilitar la substanciación de un juicio que cuente con todos los elementos de ambas partes, precisamente para que los dos puedan ser oídos y vencidos en juicio, México al intentar proteger el derecho de la madre o del padre sustractor a la custodia de su hijo, deja en estado de indefensión al menor y más allá de proteger los derechos de los involucrados interviene y evita que el verdadero debido proceso -el que tendrá lugar en el país requirente- se sustancie, incumple con la obligación internacional adquirida en el Convenio de La Haya y crea un perjuicio para el menor.

Conclusiones

1. Se requiere la creación de la “Ley Federal de Procedimiento de Restitución Internacional” la cual recoja los principios procedimentales que contiene la “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Menores”, elaborada por la Reunión Interamericana de expertos sobre sustracción internacional de niños. Si se genera como Ley de carácter federal se disminuirán considerablemente las diferencias de criterios de interpretación de los operadores jurídicos y se tendrán claras las restricciones que imponen las Convenciones a los jueces al momento de conocer un asunto de tal naturaleza.

2. La “Ley Federal de Procedimiento de Restitución Internacional” deberá garantizar la protección del derecho al debido proceso y la garantía de audiencia de las partes en todo momento.

3. Se sugiere incluir en el emplazamiento al presunto sustractor la prohibición de abandonar la demarcación geográfica en la que se encuentre durante el procedimiento de restitución, apercibiéndolo de que en caso de no hacerlo le serán aplicables las penas contenidas en el artículo 178 del Código Penal Federal vigente.

4. En concordancia al principio de celeridad procesal se propone determinar que solo se admitirá recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, por lo

que la sentencia de la Sala será definitiva y no admitirá recurso o juicio alguno en su contra.

5. Se debe crear una figura específica que salvaguarde el interés superior del menor en el procedimiento. Así, la “Ley Federal de Procedimiento de Restitución Internacional” debe comprender la creación de una “Procuraduría de Representación de la Infancia” que cuente con especialistas en materia internacional y familiar y que asistan al menor en los casos de restitución.

6. Se propone crear una “Oficina de Asistencia Jurídica” dentro de la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior de la Secretaría de Relaciones Exteriores, para proveer de asistencia jurídica especializada a las partes, sean nacionales o extranjeros.

7. Con la finalidad de cumplir con la celeridad del procedimiento se debe facultar a la Autoridad Central para que pueda autorizar directamente a la Organización Internacional de Policía Criminal a realizar la localización del menor, sin esperar a que el Juez de conocimiento lo ordene.

8. Se sugiere que las comunicaciones entre la Autoridad Central, los juzgados y la Organización Internacional de Policía Criminal se flexibilicen para explotar al máximo los actuales medios de comunicación.

9. Se apunta a que, en el caso de que los solicitantes no puedan viajar a las audiencias o se encuentren impedidos de ingresar a nuestro territorio por cuestiones migratorias, se empleen servicios de video conferencia -adaptar salas con tecnología audiovisual que permitan intercambiar información y desahogar pruebas- para que participen de las audiencias y no se interprete su ausencia en ningún momento como falta de interés procesal.

10. Se propone que durante el procedimiento el menor tenga acceso a comunicarse con el padre solicitante, en virtud de la protección de su interés superior, salvo excepción claramente acreditada.

11. Se recomienda establecer medidas de seguridad, como la presentación de un documento firmado por ambos padres para evitar la salida de nuestro país de menores sin permiso. Actualmente de acuerdo con información proporcionada por la Secretaría de Relaciones Exteriores en una consulta ciudadana realizada el 4 de Noviembre de 2013, la presentación del pasaporte vigente se tiene como prueba de consentimiento para las autoridades migratorias mexicanas.

12. Se sugiere la creación de un cuerpo policiaco especializado en localización de menores, dependiente de la Procuraduría General de la República que tendrá competencia federal para hacer más eficiente la ubicación de los menores que han sido sustraídos al país.

13. Se recomienda la especialización en materia familiar de las Salas que conocen de apelación en cada entidad federativa, en cada una de ellas deberá participar un experto en materia de restitución internacional de menores, en razón de que sus decisiones serán definitivas.

Bibliografía

BAQUEIRO ROJAS, Edgard, Derecho de Familia, 2ª ed., Editorial Oxford University Press, México, 2009.

BAZÁN, Víctor. Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los Tratados Internacionales, Un análisis de derecho comparado, S.N.E., Editorial Porrúa, México, 2003.

BEJARANO Y SÁNCHEZ, Manuel, Controversias del Orden Familiar, Tesis discrepantes, S.N.E., editado por Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2004.

CALVO-CARAVACA, Alfonso Luis, Derecho de Familia Internacional, 4a ed., Editorial Colex, España, Volumen 1, 2008.

CÁRDENAS CAMACHO, Alejandro, Alcances de la patria potestad y la custodia en Congreso internacional de Derecho de Familia, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 2005.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el derecho, 5ª ed., Editorial Porrúa, México, 2004.

DE COULANGES, Fustes, La ciudad antiqüa, S.N.E., Editorial Panamericana, Colombia, 1997.

DE PINA VARA, Rafael, Instituciones de Derecho Procesal Civil, 28ª ed., Editorial Porrúa, México, 2005.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho de Familia, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2011.

DREYZIN DE KLOR, Adriana, El derecho internacional de la familia en la postmodernidad, 1ª ed., Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 2012.

FIX ZAMUDIO, Héctor, *et al.*, Derecho constitucional mexicano y comparado. S.N.E., Editorial Porrúa, México, 1999.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, S.N.E., Editorial Porrúa, México, 1993.

GOLDSTEIN, Mabel, Diccionario jurídico Consultor Magno, Editorial Círculo Latino Austral, Buenos Aires, 2008.

GÓMEZ LARA, Cipriano, Derecho procesal civil, 7ª ed., Editorial Oxford University Press, México, 2005.

GONZÁLEZ MARÍN, Nuria, Familia Internacional en México adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata, S.N.E., Editorial Porrúa, México, 2009.

GONZÁLEZ MARÍN, Nuria, *et al.*, El derecho de familia en un mundo globalizado, S.N.E., Editorial Porrúa, México, 2007.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Derechos de la niñez Serie G: Estudios Doctrinales núm. 126, 1ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1990.

MARÍN LÓPEZ, Miguel Ángel, El incumplimiento de los Tratados Internacionales, 1ª ed., Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, España, 2003.

MATUS CALLEROS, Eileen, Derecho internacional privado mexicano ante la restitución internacional de menores, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.

OVALLE FAVELA, José, Derecho Procesal Civil, 9ª ed., Editorial Oxford University Press, México, 2003.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 116, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011.

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, Derecho de Familia, 2ª ed, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *et al.*, Derecho Internacional Privado, parte especial, 1ª ed., Editorial Oxford University Press, México, 2000.

RECASÉNS SICHES, Luis. Sociología, 18ª ed., Editorial Porrúa, México, 1980.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, El interés del menor, 2ª ed., Editorial Dykinson, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ, Sonia. La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano, 1ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006

ROUSSEAU, Juan Jacobo, El contrato social, 6ª ed., Porrúa, México, 1979.

TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, *et al.*, La restitución internacional de la niñez, S.N.E, Editorial Porrúa, México, 2011.

VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, Derecho de Menores, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2011.

VILLAROEL VILLAROEL, Darío, Derecho de los Tratados en las Constituciones de América, S.N.E., Editorial Porrúa, México, 2004.

TEXTOS CONSULTADOS EN INTERNET

CENTRO DE INFORMACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), Francia, París, 10 de diciembre de 1948.
<<http://www.cinu.mx/onu/documentos/declaracion-universal-de-los-d/>>

FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, “Estado mundial de la infancia, Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño”, Edición especial, Brodock press, noviembre 2009. United Nations Plaza, Nueva York, <http://www.unicef.org/spanish/publications/files>
“Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes”, última reforma 19 agosto 2010 en Leyes Federales Vigentes www.diputados.gob.mx

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Migración Internacional en las Américas” en Primer Informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas, 2011.
http://www.migracionoea.org/sicremi/documentos/SICREMI_2011.pdf

SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Nueva York, Estados Unidos de

América, 16 de diciembre de 1966, D.O.F. 12 de mayo de 1981, en Tratados celebrados por México, <http://www.sre.gob.mx>

LEYES Y CÓDIGOS

“Código Civil para el Distrito Federal”, S.N.E., Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México, 2013.

“Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal” S.N.E., Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México, 2013.

“Código Federal de Procedimientos Civiles”, S.N.E., Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México, 2013.

“Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 34^a ed., Editorial Esfinge, México, 2013.

“Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación”, S.N.E., Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México, 2013.

“Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños”, en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, S.N.E., Editorial Porrúa, México, 2011.

CONVENIOS

“Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F. 14 de febrero de 1975, en CONTRERAS VACA, Francisco José, Derecho Internacional Privado. Parte Especial, 1ª ed., Editorial Oxford University Press, México, 2004, págs. 413-445.

“Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, Montevideo, Uruguay, 15 de Julio 1989, D.O.F. 18 de noviembre de 1994 en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, S.N.E, Editorial Porrúa, México, 2011.

“Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980, D.O.F. 6 de marzo de 1992 en TENORIO GODINEZ, Lázaro, *et al.*, La Restitución Internacional de la Niñez, S.N.E, Editorial Porrúa, México, 2011.

ANEXO

Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores.

OBJETO Y FINALIDAD

ARTÍCULO 1

La finalidad de la presente Convención será la siguiente:

a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;

b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratante.

ARTÍCULO 1:

La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente.

Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

MENORES

ARTÍCULO 4

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

ARTÍCULO 2

Para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad.

DERECHO DE CUSTODIA Y DERECHO DE VISITA

ARTÍCULO 5

A los efectos de la presente Convención:

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

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

ARTÍCULO 3

Para los efectos de esta Convención:

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

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

ILICITUD DEL TRASLADO O SUSTRACCIÓN

ARTÍCULO 3

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos;

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

ARTÍCULO 4

Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

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

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

AUTORIDADES QUE CONOCEN SOBRE LA RESTITUCION DE MENORES

ARTÍCULO 11

Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores.

ARTÍCULO 6

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

ARTÍCULO 7

Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos

ARTÍCULO 6

Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención.

A opción del actor y cuando existan razones de urgencia, podrá presentarse la solicitud de restitución ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación.

El hecho de promover la solicitud bajo

Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos de la presente Convención.

las condiciones previstas en el párrafo anterior no conlleva modificación de las normas de competencia internacional definidas en el primer párrafo de este artículo”.

ARTÍCULO 7

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 a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.**

Las autoridades centrales de los Estados Parte cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención **con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores** y los otros objetivos de esta Convención.

PROCEDIMIENTO PARA LA RESTITUCION DE MENORES

ARTÍCULO 8

Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede

ARTÍCULO 8

Los titulares del procedimiento de restitución podrán ejercitarlo conforme a lo dispuesto en el Artículo 6, de la siguiente forma:

a. A través de exhorto o carta rogatoria; o

garantizada la restitución del menor.

La solicitud incluirá:

a) información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;

b) la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla;

c) los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor;

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

****La solicitud podrá ir acompañada o complementada por:****

e) una copia autenticada de toda decisión o acuerdo pertinentes;

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

b. Mediante solicitud a la autoridad central; o

c. Directamente, o por la vía diplomática o consular.

ARTÍCULO 9

1. La solicitud o demanda, deberá contener:

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

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

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

2. A la solicitud o demanda se deberá acompañar:

a. Copia íntegra y auténtica de

Estado;

g) cualquier otro documento pertinente.

cualquier resolución judicial o administrativa “si existiera”, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación

ARTÍCULO 9

Si la autoridad Central que recibe una solicitud en virtud de lo dispuesto en el Artículo 8 tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado Contratante transmitirá la solicitud directamente y sin demora a la Autoridad Central de ese Estado Contratante e informará a la Autoridad Central requirente o, en su caso, al solicitante.

fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;

b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;

c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;

ARTÍCULO 11

Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancias de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

d. Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo, y

e. Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.

****Si la Autoridad Central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha Autoridad la transmitirá a la Autoridad Central del Estado requirente o, en su caso, al solicitante.**

3. La autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio, se justificare la restitución.

ARTÍCULO 12

Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

ARTÍCULO 14

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

ARTÍCULO 15

4. Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañen no requerirán de legalización cuando se transmitan **por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central.**

ARTÍCULO 10

El juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor.

Si la devolución no se obtuviere en forma voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el Artículo 9 y sin más trámite, tomarán conocimiento personal del menor, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución. En este caso, se le comunicará a la institución que, conforme a su derecho interno, corresponda tutelar los derechos del menor.

Asimismo, mientras se resuelve la petición de restitución, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para impedir la salida del

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

ARTÍCULO 16

Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el Artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Contratante donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones de la presente Convención para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de esta Convención.

menor del territorio de su jurisdicción.

ARTÍCULO 13

Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.

ARTÍCULO 14

Los procedimientos previstos en esta Convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente.

Respecto de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados.

ARTÍCULO 15

La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda.

ARTÍCULO 18

Las disposiciones del presente Capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

ARTÍCULO 19

Una decisión adoptada en virtud de la presente Convención sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia.

ARTÍCULO 20

La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el Artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

ARTÍCULO 24

Toda solicitud, comunicación u otro documento que se envíe a la Autoridad Central del Estado requerido se remitirá en el idioma de origen e irá acompañado de una traducción al

ARTÍCULO 16

Después de haber sido informadas del traslado ilícito de un menor o de su retención en el marco del Artículo 4, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte a donde el menor ha sido trasladado o donde está retenido, no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones de la Convención para un retorno del menor o hasta que un período razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación de esta Convención.

ARTÍCULO 17

Las disposiciones anteriores que sean pertinentes no limitan el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

ARTÍCULO 22

Los exhortos y solicitudes relativas a la restitución y localización podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía

idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado requerido o, cuando esta traducción sea difícilmente realizable, de una traducción al francés o al inglés. No obstante, un Estado Contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el Artículo 42, podrá oponerse a la utilización del francés o del inglés, pero no de ambos idiomas, en toda solicitud, comunicación u otros documentos que se envíen a su Autoridad Central.

ARTÍCULO 27

Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en la presente Convención o que la solicitud carece de fundamento, una Autoridad Central no estará obligada a aceptar la solicitud. En este caso, la Autoridad Central informará inmediatamente sus motivos al demandante o a la Autoridad Central por cuyo conducto se haya presentado la solicitud, según el caso.

ARTÍCULO 28

Una Autoridad Central podrá exigir que la solicitud vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del solicitante, o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre.

judicial, por intermedio de los agentes diplomáticos o consulares, o por la autoridad central competente del Estado requirente o requerido, según el caso.

ARTÍCULO 24

Las diligencias y trámites necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias deben ser practicados directamente por la autoridad exhortada, y no requiere intervención de parte interesada. Lo anterior no obsta para que las partes intervengan por sí o por intermedio de apoderado.

ARTÍCULO 25

La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

ARTÍCULO 26

La presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o

retención del mismo constituya delito.

ARTÍCULO 30

Toda solicitud presentada a las Autoridades Centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante de conformidad con los términos de la presente Convención, junto con los documentos o cualquier otra información que la acompañen o que haya proporcionado una Autoridad Central, será admisible ante los tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados Contratantes.

ARTÍCULO 42

Cualquier Estado podrá formular una o las dos reservas previstas en el Artículo 24 y en el tercer párrafo del Artículo 26, a más tardar en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en el momento de formular una declaración conforme a lo dispuesto en los Artículos 39 o 40. No se permitirá ninguna otra reserva.

ARTÍCULO 27

El Instituto Interamericano del Niño tendrá a su cargo, como Organismo Especializado de la Organización de los Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de esta Convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados Parte de esta Convención derivada de la aplicación de la misma. Igualmente, tendrá a su cargo la tarea de cooperación con otros Organismos Internacionales competentes en la materia.

EXCEPCIONES

ARTÍCULO 12

La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después

ARTÍCULO 11

La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor,

de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de restitución del menor.

ARTÍCULO 13

La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

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

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa

cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre:

a. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o

b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico. La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.

ARTÍCULO 12

La oposición fundamentada a la que se refiere el artículo anterior deberá presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene.

ARTÍCULO 14

Por excepción el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la

podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, al menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

LOCALIZACIÓN DE MENORES

La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores no cuenta con el título especial de localización de menores.

ARTÍCULO 18

La autoridad central, o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte, a solicitud de cualquiera de las personas mencionadas en el Artículo 5 así como éstas directamente, podrán requerir de las autoridades competentes de otro Estado Parte la localización de menores que tengan la residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en el territorio del otro Estado.

La solicitud deberá ser acompañada de toda la información que suministre el solicitante o recabe la autoridad requirente, concerniente a la localización del menor y a la identidad de la persona con la cual se presume se encuentra aquél.

ARTÍCULO 19

La autoridad central o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte que, a raíz de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, llegaren a conocer que en su jurisdicción se

encuentra un menor ilegalmente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción.

La localización se comunicará a las autoridades del Estado requirente.

ARTÍCULO 20

Si la restitución no fuere solicitada dentro del plazo de sesenta días calendario, contados a partir de la comunicación de la localización del menor a las autoridades del Estado requirente, las medidas adoptadas en virtud del Artículo 19 podrán quedar sin efecto.

El levantamiento de las medidas no impedirá el ejercicio del derecho a solicitar la restitución, de acuerdo con los procedimientos y plazos establecidos en esta Convención.

DERECHO DE VISITA

ARTÍCULO 21

ARTÍCULO 21

Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades

La solicitud que tuviere por objeto hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita por parte de sus titulares podrá ser dirigida a las autoridades competentes de cualquier Estado Parte conforme a lo dispuesto en el Artículo 6 de la presente

Centrales de los Estados requeridos Contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor.

Convención. El procedimiento respectivo será el previsto en esta Convención para la restitución del menor.

Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el Artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán iniciar procedimientos o favorecer su iniciación con el fin de regular o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.

GASTOS Y COSTAS DEL PROCEDIMIENTO

ARTÍCULO 23

ARTÍCULO 22

No podrá exigirse ninguna fianza ni depósito, cualquiera que sea la designación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos

La tramitación de los exhortos o solicitudes contemplados en la presente Convención y las medidas a que diere lugar, serán gratuitas y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, depósito o caución, cualquiera que sea su denominación.

en la Convención.

ARTÍCULO 26

Cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación de la presente Convención.

Las Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados Contratantes no impondrán cargo alguno en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en la presente Convención ni exigirán al solicitante ningún pago por las costas y gastos de proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.

Sin embargo, un Estado Contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el Artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir ningún gasto de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de abogados o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por su sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

Si los interesados en la tramitación del exhorto o solicitud hubieren designado apoderado en el foro requerido, los gastos y honorarios que ocasionare el ejercicio del poder que otorgue, estarán a su cargo.

Sin embargo, al ordenar la restitución de un menor conforme a lo dispuesto en la presente Convención, las autoridades competentes podrán disponer, atendiendo a las circunstancias del caso, que la persona que trasladó o retuvo ilegalmente al menor pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante, los otros incurridos en la localización del menor, así como las costas y gastos inherentes a su restitución.

Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en la presente Convención, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, todos los costos o pagos efectuados para localizar al menor, las costas de la representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor.

DERECHO Y REFERENCIAS SOBRE LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS PARTES

ARTÍCULO 31

Quando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables en unidades territoriales deferentes:

a) Toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado, se interpretará que se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado.

b) Toda referencia a la ley del Estado de residencia habitual, se interpretará que se refiere a la ley de la unidad territorial del Estado donde reside

ARTÍCULO 32

Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a

habitualmente el menor.

ARTÍCULO 40

Si un Estado Contratante tiene dos o mas unidades territoriales en las que se aplican sistemas de derecho distintos en relación con las materias de que trata el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación, o adhesión, que la presente Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas y podrá modificar esta declaración en cualquier momento, para lo que habrá de formular una nueva declaración. Estas declaraciones se notificarán al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos y se indicará en ellas expresamente, las unidades territoriales a las que se aplica la presente Convención.

ARTÍCULO 41

Cuando un Estado Contratante tenga un sistema de gobierno en el cual los poderes ejecutivo, judicial y legislativo estén distribuidos entre las autoridades centrales y otras autoridades dentro de dicho Estado, la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión de la presente Convención, o la formulación de cualquier declaración conforme a lo dispuesto en el Artículo 40, no implicará consecuencia alguna en

la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

ARTÍCULO 33

Respecto a un Estado que tenga en materia de guarda de menores dos o más sistemas de derecho aplicable en unidades territoriales diferentes:

- a. Cualquier referencia a la residencia habitual en ese Estado contempla la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado;
- b. Cualquier referencia a la ley del Estado de la residencia habitual contempla la ley de la unidad territorial en la que el menor tiene su residencia habitual.

cuanto a la distribución interna de los poderes en dicho Estado.

PROCESO DE ADHESION DE MIEMBROS, LUGAR DE APLICACIÓN Y ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONVENCION.

ARTÍCULO 37

La Convención estará abierta a la firma de los Estados que fueron Miembros de la Conferencia de La Haya sobre el Derecho Internacional Privado en su Decimocuarta Sesión. Será ratificada, aceptada o aprobada, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

ARTÍCULO 38

Cualquier otro Estado podrá adherir a la Convención.

El instrumento de adhesión será depositado ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Para el Estado que adhiera a la Convención, ésta entrará en vigor el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito de su instrumento de adhesión.

ARTÍCULO 28

La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 29

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 30

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 31

Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de

La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que adhiera y aquellos Estados Contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado Miembro que ratifique, acepte o apruebe la Convención después de una adhesión. Dicha declaración será depositada ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia certificada a cada uno de los Estados Contratantes.

La Convención entrará en vigor entre el Estado que adhiere y el Estado que haya declarado que acepta esa adhesión el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito de la declaración de aceptación.

ARTÍCULO 34

La presente Convención tendrá prioridad en las materias incluidas en su ámbito de aplicación sobre la "Convención del 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores", entre los Estados Partes en ambas Convenciones.

Por lo demás la presente Convención no restringirá la aplicación de un

firmarla, ratificarla o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas, y que no sea incompatible con el objeto y fines de esta Convención.

ARTÍCULO 32

Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

ARTÍCULO 33

Respecto a un Estado que tenga en materia de guarda de menores dos o más sistemas de derecho aplicable en unidades territoriales diferentes:

instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para regular el derecho de visita.

ARTÍCULO 35

La presente Convención sólo se aplicará entre los Estados Contratantes en los casos de traslado o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados.

ARTÍCULO 43

La Convención entrará en vigor el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Posteriormente, la Convención entrará en vigor:

1) para cada Estado que lo ratifique, acepte, apruebe o adhiera con posterioridad, el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;

a. Cualquier referencia a la residencia habitual en ese Estado contempla la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado;

b. Cualquier referencia a la ley del Estado de la residencia habitual contempla la ley de la unidad territorial en la que el menor tiene su residencia habitual.

ARTÍCULO 34

Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención.

Sin embargo, 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.

ARTÍCULO 35

La presente Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral

2) para los territorios o unidades territoriales a los que se haya extendido la Convención, el primer día del tercer mes del calendario siguiente a la notificación.

ARTÍCULO 44

La Convención permanecerá en vigor durante cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del Artículo 43, incluso para los Estados que con posterioridad la hubieran ratificado, aceptado, aprobado o adherido. Si no hubiera denuncia se renovará tácitamente cada cinco años.

Toda denuncia será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, por lo menos, seis meses antes de la expiración del plazo de cinco años. La denuncia podrá limitarse a determinados territorios o unidades territoriales en los que se aplica la Convención.

La denuncia tendrá efecto sólo respecto al Estado que la hubiera notificado. La Convención permanecerá en vigor para los demás Estados Contratantes.

por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia.

ARTÍCULO 36

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

ARTÍCULO 37

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Parte podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Parte.

ARTÍCULO 38

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto a la Secretaría de las Naciones Unidas, para su registro y publicación, de conformidad con el Artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También les transmitirá las declaraciones previstas en los artículos pertinentes de la presente Convención.