

781
2ef



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

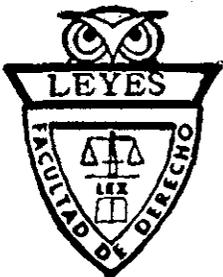
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

ESTUDIO DEL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCION DE MENORES CON BASE EN LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES. CASO MEXICO.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :
JORGE ALBERTO GARCIA FRANCO



ASESOR: DR. RUSSELL ALONSO GARCIA GRAJALES



MEXICO, D. F.

1999

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

273503



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

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

Estimado Señor Director:

El C. JORGE ALBERTO GARCIA FRANCO, para optar por el grado de Licenciado en Derecho, elaboró su Tesis Profesional titulada "ESTUDIO DEL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCION DE MENORES CON BASE EN LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES. CASO MEXICO", dirigida por el Doctor Russell A. Cerón Grajales, quien ya dio su aprobación.

El Sr. García Franco, ha concluido el trabajo referido, el cual llena los requisitos exigidos para este tipo de investigaciones, por lo que doy mi APROBACION, para todos los efectos académicos correspondientes.

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

Me es grato hacer presente mi consideración.

Atentamente.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F., abril 7, 1999.

FACULTAD DE DERECHO
DRA. MARÍA ELENA MANSILLA Y MEJÍA
Directora del Seminario

MEMyM/lgi*

FACULTAD DE DERECHO

C. DRA. MARÍA ELENA MANSILLA Y MEJÍA
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE
DERECHO INTERNACIONAL
PRESENTE

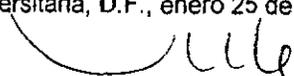
Muy distinguida y estimada Maestra:

Me es grato someter a consideración del Seminario a su digno cargo, el trabajo recepcional del C. JORGE ALBERTO GARCÍA FRANCO, con número de cuenta 9038707-6, titulado: "ESTUDIO DEL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE MENORES CON BASE EN LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. CASO MÉXICO", un proyecto de tesis de licenciatura, bajo mi dirección.

Deseo manifestar a usted que, después de haber revisado el trabajo referido, considero que reúne los elementos que la Legislación Universitaria exige para los de su tipo, por lo que, en caso de no existir inconveniente alguno, atentamente solicito sea autorizada su impresión.

Al enviarte un saludo muy afectuoso, me es grato suscribirme a sus apreciables órdenes.

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, D.F., enero 25 de 1999


DR. RUSSELL CERÓN GRAJALES

A mi Universidad Nacional, forjadora de seres humanos, con profundo agradecimiento por su formación brindada.

A mi Facultad de Derecho. Cuna de los mejores abogados de México, a la que debo mi formación.

A mis maestros, a los que agradezco la impartición de sus conocimientos en forma desinteresada.

En memoria.

Gracias a su esfuerzo existieron elementos para realizar el presente estudio; con un recuerdo afectuoso.

Dr. Víctor Carlos García Moreno.

Al Dr. Russell Cerón Grajales, atento y amigable director del presente estudio, gracias por su invaluable ayuda.

A la memoria de mi abuelo, Juan García M., simbolo de gran fortaleza.

A mi padre, hombre tenaz y constante, que gracias a su amor, apoyo y educación hizo posible que llegase a éste momento.

A mi hermano, por ser y brindar apoyo continuamente.

A Tita, por su gran amor y apoyo, sin el cual no hubiera sido posible la realización del presente trabajo.

A mis amigos, compañeros y a aquellos que hicieron posible la culminación de esta obra.

A los niños, como una pequeña muestra de la importancia que se han ganado.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.	I, II, III

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO CONCEPTUAL

1 CONCEPTOS FUNDAMENTALES	1
1.1 Concepto de menor	1
1.2 Concepto de custodia	7
1.3 Concepto de residencia habitual	12
1.4 Concepto de sustracción	15

CAPÍTULO SEGUNDO

ANTECEDENTES INTERNACIONALES RELEVANTES

2.1 Aspectos históricos generales	17
2.2 Declaración de los Derechos del Niño de 1924	29
2.3 Declaración de los Derechos del Niño de 1959	33
2.4 Convención sobre los Derechos del Niño de 1989	40
2.5 Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores	46

CAPÍTULO TERCERO

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

3.1 Planteamiento de la problemática	52
3.2 Breve referencia histórica de la Convención Interamericana.	62
3.3 Ámbito de aplicación	64
3.3.1 Objetivos de la Convención.	64
3.3.2 Contenido y estructura.	65

3.3.2.1	Ámbito de Aplicación.	66
3.3.2.2	Autoridad Central.	68
3.3.2.3	Procedimiento para la Restitución.	69
3.3.2.4	Localización de menores.	70
3.3.2.5	Derecho de visita.	71
3.3.2.6	Disposiciones Generales.	71
3.3.2.7	Disposiciones Finales.	72
3.3.3	Autoridades competentes.	73
3.3.4	Comentarios	75

CAPÍTULO CUARTO

PROCEDIMIENTO MEXICANO PARA LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

4.1	Autoridad Central.	78
4.2	Personas con derecho a iniciar el procedimiento.	84
4.3	Requisitos y documentos necesarios para iniciar la restitución.	94
4.4	Medidas cautelares.	102
4.5	Resolución del juez para restituir al menor.	107
4.6	Modo de realizar la restitución.	109
4.7	Derecho de visita.	110
4.8	Casos de retención constitutivos de delito.	110
CONCLUSIONES		112
ANEXOS		117
BIBLIOGRAFÍA.		142

INTRODUCCIÓN.

En nuestro país, a pesar de la legislación existente protectora de los niños, se ha considerado que los problemas que presentan los menores son eso, problemas menores; sin embargo, y más allá de los desapegos sociales, nuestros ordenamientos jurídicos tienden a garantizar su protección respecto del abuso de aquéllos, que teniendo la obligación de velar en todo momento por su bienestar la incumplen, obligando con ello a la sociedad a intervenir en su favor.

En la familia, a pesar de su concepción como base de la integración social, es común encontrar desavenencias ocasionadas por diferentes factores, los que, al derivar en su conflictiva disolución, suelen provocar un grave daño que afecta a los hijos, los cuales podrían ser empleados por uno de los padres como instrumento para dañar al otro.

Una de las formas recurridas para ocasionar este daño consiste en el traslado del menor a otro país, fuera de aquél en el que vive cotidianamente, llegando, incluso, a retenerlo, impidiendo cualquier contacto con el otro padre, situación que no resulta ser la más adecuada para el desarrollo del menor.

Mientras tanto, el padre afectado se encuentra con que el intento de restitución por los medios legales ya existentes se torna en un conjunto de pasos lentos y complicados, y que, al solicitarse, no siempre termina favorablemente para éste.

Ante tal problemática, es menester realizar un análisis sobre las diversas causas, elementos y consecuencias que le acompañan, a fin de estar en aptitud de establecer cuáles serían los instrumentos más eficaces para resolver en la forma más conveniente a los intereses de los padres, pero sobre todo de los menores.

Nuestro país, un lugar en el que tal situación se presenta regularmente, ha dado muestras fehacientes de su preocupación jurídica, a través de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, elaborada originalmente por México.

El objetivo que persigue dicha Convención es asegurar la pronta restitución del menor sustraído en forma ilegal y trasladado al exterior; o bien que, habiendo sido legal el traslado, se encuentre retenido en forma ilícita; considerando como ilegal el traslado cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían sus padres, tutores o alguna institución determinada.

La parte afectada por un traslado o retención ilegal podrá hacer valer sus derechos solicitando que el menor sea restituido al lugar de residencia habitual mediante la invocación de la Convención, pudiendo fijarse medidas precautorias tendientes a cuidar su salud o a evitar una nueva sustracción o retención.

La Convención fija elementos para hacer posible que el menor sea atendido en cuidado de su salud y seguridad durante el procedimiento correlativo, escuchando su opinión respecto a si desea ser restituido a su lugar de residencia habitual.

Los Estados, en principio, se obligan a establecer una autoridad central encargada de verificar su cumplimiento, coordinando acciones tendientes a la localización de los menores para su correspondiente restitución.

En este sentido, en el primer capítulo fijaremos algunos de los conceptos relacionados con el tema, y que son empleados a lo largo del trabajo, con el propósito de que su adecuada conceptualización evite una mala interpretación de los mismos, homogeneizando su significado para los efectos de nuestra investigación.

En el capítulo segundo haremos un esbozo de los antecedentes relativos a la protección de los menores, desde épocas remotas hasta llegar a nuestro siglo,

considerado como el siglo de los niños por la especial evolución que la legislación ha experimentado.

El capítulo tercero abordará, de manera general, los contenidos de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, motivo del presente estudio, en cuanto a su estructura y objetivos, subrayando sus pretensiones proteccionistas en pro de los menores.

En el capítulo cuarto nuestros esfuerzos estarán dirigidos a la fijación del procedimiento mexicano sobre restitución de menores, con especial referencia a sus requisitos, formas y demás determinaciones que puedan ser asumidas desde este ámbito, contemplando la forma en que nuestro país procede para su solución.

En nuestro estudio fueron abordados los métodos deductivo, analítico y comparativo, pues partimos de ideas generales para poder arribar a puntos más concretos y específicos, como es el caso del procedimiento mexicano para restituir a los menores; analizando, además, elementos de nuestro derecho nacional y del derecho internacional.

Finalmente, ofreceremos una serie de conclusiones que recogen nuestra pretensión de contribuir al establecimiento de algunos elementos que podrían hacer más eficaz la restitución de los menores retenidos o sustraídos en forma ilícita; así como las consideraciones generales provenientes del estudio analítico de los principios contenidos en el cuerpo de nuestro trabajo de investigación.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO CONCEPTUAL.

La Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, objeto del presente estudio, no contempla el significado de la totalidad de los conceptos que en ella se emplean, lo que nos puede llevar a tener un diferente significado de los mismos, y podría ocasionar una mala interpretación de la finalidad que persigue la Convención.

En este sentido resulta necesario e importante fijar el significado que deberá de dársele a dichos conceptos, junto con su contenido, además de que durante el desarrollo del presente trabajo son empleados constantemente y de esta forma al ser referidos se deberán de entender tal y como a continuación se establecen.

1. CONCEPTOS FUNDAMENTALES.

1.2 CONCEPTO DE MENOR.

El establecer un concepto de menor surge de la falta de consenso y de la pluralidad de textos que, tanto en el ámbito local como en el internacional, tratan temas de protección a la infancia, sin que en éstos se establezca en forma definitiva y acorde con la cultura nacional e internacional, qué personas son consideradas como menores, para que con esto queden bien delimitados los sujetos a quienes se les aplicará la legislación.

En este sentido es necesario fijar lo que se debe de entender por menor, así el maestro Iván Lagunes Pérez, nos señala que: "El concepto de menor proviene del latín *minor natus*, referido al menor de edad, al joven de pocos años, al pupilo no

necesariamente huérfano, sino digno de protección, pues esta última voz proviene a su vez de *pupus* que significa niño y que se confunde con la amplia aceptación romana del hijo de familia sujeto a patria potestad o tutela".¹

De igual forma refiriéndose al menor nos expresa que: "...desde el punto de vista jurídico es la persona que por la carencia de plenitud biológica, que por lo general comprende desde el momento del nacimiento viable hasta cumplir la mayoría de edad, la ley le restringe su capacidad dando lugar al establecimiento de jurisdicciones especiales que lo salvaguardan."²

A pesar de la proliferación de textos internacionales relacionados con la protección de los menores, existe el problema terminológico de que en éstos no se precisa en forma explícita el período de tiempo en que una persona es sujeto de esos derechos especiales dados en razón de la edad; como ejemplo de esta problemática podemos citar los siguientes:

En primer término, la Convención Interamericana Sobre Obligaciones Alimentarias, adoptada en la Ciudad de Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989, la cual, en su artículo 2, nos señala: " A los efectos de la presente convención se considera menor a quien no haya cumplido la edad de dieciocho años".

De manera semejante, podemos citar a la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada en la Haya, Países Bajos, el 25 de octubre de 1980, la que sin establecer en específico lo que se debe entender por menor, nos precisa en su artículo 4 que: "La Convención dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años". Es decir, esta Convención sólo les será aplicada a aquellos sujetos que no hayan cumplido los 16 años de edad, considera que menor será aquella persona que no ha cumplido aún 16 años de edad.

¹ Lagunes Pérez, Iván, "Menores", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo I-O, segunda edición, Porrúa/UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1988, p.2111.

² *Ibidem*, p. 2111-2112

De modo semejante, la Convención Sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, la que en su artículo 1, determina que: "Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad."

En razón de lo anterior, resulta evidente la falta de consenso para establecer, en forma definitiva, un límite de edad que sirva de parámetro para considerar a un individuo como menor en el ámbito jurídico internacional; de esta forma y como ejemplo de lo anterior el menor de 18 años pero mayor de 16 años de edad será sujeto de los derechos reconocidos en la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989; pero no gozará de la protección que le otorga la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Para María Isabel Álvarez Vélez, "Al utilizar el término 'menor de edad', se hace referencia a toda persona que aún no ha alcanzado determinada edad, normalmente los dieciocho años, reconocidos, internacionalmente, como el límite que marca la separación entre minoría y mayoría. Durante la etapa de la minoría, el individuo goza de una diferente consideración jurídica, que en determinados momentos lo presenta, fundamentalmente, como un sujeto pasivo, necesitado de protección social y jurídica."³

Al respecto el Código Civil para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, en su título Décimo, denominado "De la emancipación y de la mayor edad", no desarrolla un concepto de menor, pero sí establece que: "La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos", ⁴ por lo que nos lleva a considerar que el menor es toda aquella persona que no ha cumplido dieciocho años, siempre y cuando no se encuentre emancipado.

³Álvarez Vélez, Ma. Isabel, *La protección de los derechos del niño*, UPCO, Madrid, 1994, p. 2.

⁴ Artículo 646.

El fijar un límite de edad determinado para considerar a una persona como mayor de edad no se considera arbitrario sino es en razón de que el menor no cuenta con la capacidad necesaria para realizar determinados actos, como el de carecer de la experiencia necesaria, así como no ser lo suficientemente inteligente para conducirse solo por la vida, por lo que necesita ser representado.

Haciendo un análisis de los artículos 22, 23 y 24 del Código Civil para el Distrito Federal, en referencia a lo antes señalado, tenemos que: El menor de edad no emancipado que se encuentra protegido por la Ley, y como consecuencia es titular de derechos y obligaciones, puede disponer libremente de sus bienes y de su persona, con lo que no se encuentra impedido para tal, sino que solo tiene la restricción de que para realizar dichos actos requiere de un representante.

A los sujetos que no han adquirido la mayoría de edad, o bien que no han cumplido la edad que la ley señala para que no se les siga tomando como menores, se les considera como personas incapaces jurídicamente, pero esto no quiere decir que dichas personas no posean derechos, sino que simplemente no cuentan con la capacidad para ejercitar libremente los derechos que son titulares; esto en virtud de que el menor no tiene el discernimiento necesario para decidir por sí mismo la realización de actos jurídicos.

En este sentido, y tomando como base el artículo 22 del mismo Código Civil, que menciona que desde el momento en que un individuo es concebido, entra a la protección que la ley otorga, cabe hacer la distinción entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, siendo la primera la que corresponde a todo individuo como parte integrante de su personalidad siendo ésta la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; mientras que la segunda, la capacidad de ejercicio, es considerada como la posibilidad para ejercitar esos derechos y cumplir con las obligaciones por sí mismo. En este orden de ideas, tenemos que la incapacidad, a la que se hace mención en el párrafo anterior, se refiere a la carencia que tiene la persona de la

capacidad de ejercicio; es decir, que teniendo capacidad de goce no puede hacer valer por sí mismo esos derechos.

La Ley les da el carácter de incapaces a los menores de edad; también a los mayores de edad que se encuentren disminuidos o perturbados en su inteligencia o que padezcan de alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial. Por lo que respecta al presente trabajo, la capacidad que es de tomarse en consideración es la dada por la minoría de edad; es decir, la capacidad de goce, por ser titular de derechos que lo protegen, independientemente de que pueda ejercitarlos por sí mismo o no.

Por ser una figura que viene a cambiar el ejercicio de los derechos por parte de los menores, dándoles la posibilidad de ejercitarlos antes de cumplir la mayoría de edad; resulta necesario mencionar en qué consiste la emancipación, así como las consecuencias que genera en razón de que el sujeto adquiere la facultad para ejercitar por sí mismo los derechos inherentes a su persona.

La emancipación es un acto por el cual "...el menor de edad sale de la patria potestad o de la tutela a que se hallaba sujeto, disponiendo así libremente de su persona y administrar sus bienes."⁵ Lo verdaderamente importante será de que podrá disponer libremente de su persona, haciendo cesar la patria potestad o tutela a que se encontraba sujeto, y que tendrá capacidad para administrar y enajenar sus bienes, aunque en forma restringida mientras no cumpla la mayoría de edad.

Aunque el menor de edad no tiene la capacidad para ejercitar por sí mismo sus derechos, conforme sale de la infancia se acerca a la pubertad y a la mayoría de edad va adquiriendo la posibilidad para realizar determinados actos, antes de cumplir la mayoría de edad, mismos actos que se encuentra establecidos en la ley, como puede ser: contraer matrimonio al cumplir determinada edad y con la autorización de

⁵ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil, primer curso*, séptima edición, Editorial Porrúa, México, 1985, p.394.

quien legalmente los represente; el mayor de dieciséis años puede hacer testamento; administrar por si mismo los bienes que adquiriera por su trabajo, pueden designar su propio tutor dativo y al curador en caso de haber cumplido dieciséis años; podrán elegir carrera u oficio; entre otros actos.

Por el simple hecho de que el sujeto cumpla la edad marcada por la ley, y por virtud de la cual se le da el carácter de mayor de edad, se considera que dicho sujeto cuenta con la capacidad para entender el significado de los actos jurídicos que realiza, por lo que podrá realizar validamente los mismos sin necesidad de representación alguna, disponiendo libremente de su persona y de sus bienes.

El establecer una minoría de edad, con la finalidad de proteger a dichos sujetos, en atención a sus características especiales, se encuentra íntimamente relacionado con la aplicación de la ley penal a los menores; es decir, se contempla la posible irresponsabilidad que tienen los menores, respecto a la comisión de actos que son considerados como delitos. En este sentido, en nuestros tiempos, se establece un límite superior de edad, mismo que será acorde con el discernimiento, la inteligencia, voluntad y comprensión; con el saber que el acto realizado por el menor está prohibido por la ley o el conocer la sanción; razón por la cual se ha considerado que los menores de cierta edad no tienen libre conocimiento de las consecuencias de sus actos y menos que la conducta que realiza es constitutiva de un delito.

Fijar una edad mínima, que sea representativa de la infancia, se podría tomar como una medida arbitraria, que sin embargo resulta ser necesaria por ser el punto de partida; aunque lo sea en forma cronológica, por el cual se espera y considera que dichos sujetos tengan una responsabilidad de adulto, de igual forma se trata de proteger a los menores mediante la legislación; es decir, el establecer una edad determinada para dividir a los sujetos entre mayores y menores de esa edad, tiene su razón de ser por la experiencia, en el sentido, de que los menores no cuentan con el suficiente conocimiento para comprender la magnitud de sus actos, aún cuando en la actualidad algunos menores de edad tienen un desarrollo tal que si alcanzan a

comprender dicha situación, siendo esto lo que representa la arbitrariedad con el establecimiento de esta medida.

Aunado a lo anterior, sería injusto aceptar que el menor de edad pueda sufrir las consecuencias de los actos que realizó, aun cuando se efectuaran en forma voluntaria, debido a que no cuenta con la misma capacidad que un adulto para percibir la realidad y consecuencia de sus actos.

Por otra parte, la determinación de una edad cronológica que resulte representativa de la minoría de edad ha variado a través del tiempo, según la cultura, usos y costumbres de los pueblos, situación que se tratará posteriormente.

Con la finalidad de no caer en posibles confusiones terminológicas, originadas por la falta del consenso antes aludido, resulta necesario aclarar que, por imperativo directo de nuestro estudio, habremos de emplear como sinónimos las palabras de *niño* y *menor*.

Por tanto, y para efectos del presente trabajo, se adoptará como concepto de menor el que se encuentra en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, misma que considera como menor a "... toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad."⁶ Instrumento que es base de nuestra investigación.

1.2 CONCEPTO DE CUSTODIA.

La palabra custodia proviene del latín *Custos*, que significa guarda o guardián y ésta, a su vez, deriva del *Curtos*, forma del verbo *Curare*, que quiere decir cuidar, es por lo tanto la acción y el efecto de custodiar o sea guardar con cuidado alguna cosa.⁷

⁶ Artículo 2.

⁷ *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a edición, Porrúa-UNAM, México, 1988, p.803.

En el derecho mexicano el vocablo *custodia* lo encontramos en algunas disposiciones legales como las siguientes: el artículo 423 del Código Civil para el Distrito Federal, mismo que se refiere a la facultad de corrección que se concede a quienes ejercen la patria potestad.

Sobre éste concepto, podemos mencionar que se comprende mejor en cuanto sabemos cuáles son los elementos que los integran. Al respecto la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, en su artículo 3 nos señala que: "El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia."

El concepto de *Custodia* está íntimamente relacionado con el de Patria Potestad, en virtud de que en ésta institución se encuentra incluida la de custodia; tal y como lo señala Alberto Trabucchi "El contenido personal de la patria potestad está constituido por los deberes de los padres de custodiar, criar, educar y dar una profesión al menor; ..."⁸

De esta forma, por ser la Patria Potestad la institución dentro de la cual se encuentra comprendida la custodia, es necesario establecer que se entiende por ésta: "La Patria Potestad es el conjunto de derechos y poderes que la ley le concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones de padres."⁹

Los sujetos sobre los cuales es ejercida son todos los menores de edad no emancipados, sobre aquellos cuya filiación se encuentre legalmente establecida, incluso se trate de hijos nacidos de matrimonio o que hayan nacido fuera de éste o de hijos adoptivos.

⁸ Trabucchi, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 96.

⁹ Marcel Planiol, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, tomo II, 2ª. Edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 1984, p.233.

En el caso de los hijos adoptivos, es importante señalar que el Código Civil para el Distrito Federal establece que la persona que adopta tiene los mismos derechos y obligaciones sobre la persona y bienes del adoptado tal y como si fuera padre del adoptado; sin embargo dichos derechos y obligaciones nacidos por la adopción solamente son ejercidos por quienes lo hayan adoptado. En este caso de la adopción no se extinguen los derechos y obligaciones nacidas por el parentesco natural, sin embargo la patria potestad si se pierde, siendo transferida al adoptante; es decir, la patria potestad que ejercía el padre natural será transferida a los sujetos que adopten con los mismos derechos, con la salvedad de que los mismos solo serán ejercidos por los adoptantes.

Esto es, que al momento de que se realiza la adopción, la patria potestad pasa a ser ejercida por los padres adoptantes, con todos los derechos y obligaciones inherentes a tal institución; con la salvedad de que los padres adoptantes son los únicos que se encuentran obligados a cumplir con estas obligaciones; caso contrario de lo que sucede con hijos naturales, puesto que en el caso de presentarse el fallecimiento de los padres, vendrían a ejercer la patria potestad los abuelos, situación que no sucede en el caso de los hijos adoptivos. Esto en caso de tratarse de una adopción simple.

En el caso del Distrito Federal, la patria potestad es ejercida por los padres de los menores y a falta o impedimento de éstos se ejercerá por los abuelos en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en consideración las circunstancias del caso en específico.

El ejercicio de la patria potestad, se da como una necesidad de protección de los sujetos que la requieren, sin embargo su ejercicio puede representar un abuso con el cual se vea afectada la salud, el desarrollo normal y seguro de los sujetos que se encuentran protegidos por esta institución, con lo que, en este caso, la persona que abuse en el ejercicio de este derecho puede ser condenada a la pérdida de su ejercicio.

Al igual que en la custodia, para comprender mejor a la patria potestad, se deberá contemplar cuáles son sus elementos. Así, el Dr. Ignacio Galindo Garfias señala que: "... la patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere."¹⁰

Este conjunto de poderes y deberes que se les otorga a los padres tiene su base en que los menores se encuentran incapacitados para ejercitar sus derechos y no cuentan con los suficientes elementos para defenderse, así como no son capaces de sobrevivir por sí solos, siendo los padres los encargados de realizar todos los actos tendientes a que los menores logren desarrollarse de la mejor forma, en un ambiente seguro, como lo es el núcleo familiar.

En este orden de ideas, dentro de los deberes con que cuentan los padres, considerados como una obligación natural a cargo de éstos, se les faculta con: el derecho de guarda, mismo que comprende el derecho de vigilancia y el derecho de corrección. El primero, el derecho de guarda consiste en que el menor habite en la casa de los padres. El padre como guardián del menor puede obligarlo a que habite con él, siempre y cuando se siga considerando como menor de edad, el cual tiene la obligación de no abandonar el domicilio del padre. En caso de que el menor fuese sustraído ilegalmente del domicilio del padre, éste tendrá el derecho de reclamarlo judicialmente.

En tanto, que el derecho de vigilancia se refiere a que los padres deben de dirigir las acciones de sus hijos, vigilando su desenvolvimiento físico, emocional y moral. En este punto, al padre que no se le permita el ejercicio de este derecho podrá reclamarlo legalmente contra aquél que se encuentra afectándolo.

¹⁰ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil, primer curso*, Op. Cit., p. 667.

Todo este conjunto de poderes deberes que se ejercen sobre los bienes, persona de los hijos, persigue el objeto de cuidar de éstos, dirigir su educación, procurando su asistencia, esto, en la medida de que el sujeto lo requiera, es el contenido de la patria potestad. En efecto al estar los menores de edad sujetos a esta institución, corresponderá, a quienes legalmente la ejercen, procurar el cuidado y protección de éstos, por ser considerada como una obligación natural de los padres la satisfacción de todas las necesidades y cuidar el desarrollo de los menores; en consecuencia las personas sujetas a esta institución se encuentran obligadas a cumplir con ciertos deberes a favor de quien legalmente la ejerce, como pueden ser: un deber de respeto, de obediencia, deber de atención y socorro hacia los padres y deber de convivencia.

Por otra parte, cabe mencionar que el concepto de *custodia*, constituye una parte integrante de la patria potestad, mismo que es concebido como el derecho relativo al cuidado del menor, el cual, no solamente comprende la obligación de que le sean suministrados, por parte de quienes legalmente ejercen dicha custodia, los medios necesarios para el desarrollo sano y normal del menor, también comprende, la representación legal sobre éstos menores en virtud de encontrarse incapacitados para poder ejercer por si mismos sus derechos, como quedó mencionado anteriormente.

En este orden de ideas, resulta necesario señalar la diferencia existente entre el concepto de *guarda* y el de *custodia*, aun cuando en nuestra legislación son tomados como sinónimos se trata de conceptos diferentes, así la *guarda* se refiere al cuidado del menor, para con esto lograr su desarrollo, siendo la forma en que se verifica es que el menor se encuentre viviendo en el domicilio de la persona quien tiene la *guarda*, la cual, se encuentra obligada a proporcionarle los elementos suficientes para que se desarrolle sanamente; mientras que la *custodia* es un derecho intangible, que se ejerce aun cuando no se tenga físicamente a la persona, siendo responsabilidad del cuidador estar al pendiente de que se dé un desarrollo normal del menor, así como, brindarle la representación que legalmente requiera.

Con base en todas las consideraciones vertidas, resulta necesario establecer, en forma concreta y para efectos del presente estudio, lo que debe entenderse por *custodia*, siendo un posible concepto: aquella parte integrante de la Patria Potestad que comprende el derecho relativo al cuidado del menor, consistente en proporcionarle los elementos necesarios, con la finalidad de que tenga un desarrollo sano y normal, así como representarlo cuando sea necesario.

1.3 CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL.

Este concepto es utilizado en forma constante en diversos tratados internacionales, sin que se establezca en forma específica lo que debe entenderse por *Residencia Habitual*; situación que no es exclusiva de los tratados, dado que también encontramos esta indefinición en nuestro derecho local, que a pesar de emplearlo, no cuenta con una definición específica, razón por la cual es importante analizar diferentes conceptos relacionados y similares que puedan ser útiles, para con esto establecer una definición clara y práctica que nos permita aplicarlo en el presente estudio, aun cuando pudiera trascender más.

Comenzaremos nuestro estudio por analizar qué se entiende por *Residencia*. "Voz derivada de la latina *residente* ablativo de *residens, entis*; de *residere*, sentarse, establecerse, fijarse. Significa, pues su derivación etimológica, morada, domicilio o lugar en que una persona habita de ordinario."¹¹

Al respecto, en su Tratado Elemental de Derecho Civil, Marcel Planiol señala: "La residencia es el lugar donde una persona fija temporalmente su habitación. Por lo general, la residencia se confunde con el domicilio; pero puede estar separada de él, siendo entonces cuando la palabra residencia adquiere valor técnico. Todo lugar donde la persona se encuentra de una manera un poco prolongada, se convierte para ella en residencia, aunque el domicilio permanezca fijo en otro lugar."¹²

¹¹ *Diccionario de derecho privado*, Tomo II, Labor, España, 1954.

¹² Planiol, Marcel, Tomo I, Editorial Cajica, Puebla, 2ª edición, México, 1983, p. 331.

El concepto de residencia, en términos generales, se refiere al hecho de que la persona habite o viva en un lugar determinado; y se podrá entender como residencia habitual al hecho mismo de que una persona habite continua o comunmente en un lugar determinado.

En este sentido, y como la residencia puede ser confundida con el domicilio, es necesario precisar lo que se entiende por domicilio, siendo éste: "El lugar donde una persona ha establecido el asiento principal de su morada y negocios."¹³

En razón de lo anterior, el domicilio será el lugar donde la persona establece su hogar así como el asiento de sus negocios, el cual una vez determinado, tiene fijeza, siendo ésta fijeza la que le dará la característica principal al domicilio, esto en virtud de que la persona puede tener una ausencia prolongada y no por este hecho perder su domicilio al cual podrá regresar en el momento en que lo desee.

Una vez establecido el concepto de la residencia habitual como el lugar en donde la persona establece temporalmente su habitación, resulta necesario señalar las diferencias existentes entre ésta y el domicilio, concebido éste como el lugar donde una persona ha establecido el principal asiento de sus negocios y de su morada, en consecuencia tenemos:

1. En la residencia la estancia del sujeto se considera de manera temporal, mientras que en el domicilio la estancia es considerada permanente.

2. La residencia representa una estabilidad menor a comparación del domicilio, en el cual su estabilidad es continua, hasta en tanto la persona no decida cambiar de domicilio

¹³ Planiol, Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil, Op. Cit., p. 308.

3. La residencia se pierde por el simple hecho de abandonar el lugar en que se encontraba, a diferencia del domicilio que presenta dicha característica, dado que éste no se pierde por el hecho de que el sujeto lo abandone.

4. El domicilio se encuentra reglamentado por la ley, sometiéndolo a reglas precisas, como son las condiciones de su establecimiento y cambio; en oposición a la residencia que no presenta tales características.

En cuanto a los resultados que produce la residencia tenemos que: representa una menor importancia que el domicilio, no produce efectos jurídicos que el domicilio si produce, sin embargo a la residencia se le atribuyen ciertos efectos, entre estos y en relación con el presente trabajo son:

a) El hecho de que la persona tenga residencia en determinado lugar conferirá competencia a los tribunales del lugar; y

b) Sustituirá al domicilio en el caso de que se desconozca.

En este mismo orden de ideas, si al hecho de residir, concebido éste como a la situación de encontrarse habitando en un lugar determinado, se le suma que dicho lugar fue decidido voluntariamente, la residencia constituye el domicilio; es decir si el sujeto decide establecerse y se establece en un lugar determinado con la intención de permanecer en el, dicha residencia será considerada como el domicilio.

En este sentido la residencia habitual podrá tomarse como sinónimo del domicilio dado por el Código Civil en su artículo 29, al establecer que el domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente presumiendo que una persona reside habitualmente cuando reside en el lugar por más de seis meses.

Sin embargo y a pesar de que ambos conceptos son muy parecidos, es necesario tomar una corriente de carácter internacional que nos permita precisar lo

que es la residencia habitual, en este sentido tenemos: "... vinculo territorial que expresa el hecho de que una persona habita en cierto lugar. A diferencia del domicilio aquella no puede producir efectos jurídicos. En el Derecho Internacional Privado el concepto de residencia habitual como concepto funcional en ocasiones desplaza al concepto de domicilio ya que este es regulado de manera diversa por cada derecho nacional."¹⁴

Después del análisis realizado y para efectos del presente estudio, podemos considerar a la *Residencia Habitual* como aquel lugar en donde la persona habita en forma ordinaria y continua.

1.4 CONCEPTO DE SUSTRACCIÓN.

La palabra sustracción se puede considerar como: "Apoderamiento ilegítimo de cosas, como en el caso de robo o hurto. Es también sustracción la indebida ocultación de documentos públicos o privados, y el apoderamiento de personas, como en el caso de que se priven de su libertad para exigir rescate..."¹⁵

Cabe mencionar que la sustracción es referida principalmente al ámbito penal, y al efecto tenemos: "Una de las formas alevosas de los delitos contra la libertad, que hace víctimas a los niños, separados así de su hogar o de su familia."¹⁶

Se utilizan en forma indistinta palabras tales como secuestro, sustracción, robo y tráfico de menores, sin embargo todos ellos presentan un significado diferente, por ejemplo robo se refiere al apoderamiento de cosas, razón por la cual no puede ser aplicado a los niños, al no ser estos objetos; el concepto tráfico de menores significa

¹⁴ Pereznieto Castro, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, 5ª edición, Editorial Harla, México, 1991, p. 523

¹⁵ Fernández de León, Gonzalo Dr., *Diccionario Jurídico*, Tomo IV, 3a edición, Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1972, p.556

¹⁶ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, tomo III, ediciones Arayú, Buenos Aires Argentina, 1962, p. 615.

un traslado o retención de un menor con propósitos ilícitos, entre éstos propósitos se encuentra la venta de niños, la prostitución de ellos, u obtener algún lucro con su retención; por lo que respecta al secuestro, éste generalmente se verifica para obtener un rescate o causar un daño, mediante el uso de amenazas graves, y el retener al sujeto.

De esta forma, resulta evidente la necesidad de determinar, en forma clara, que el concepto de sustracción que usamos en el presente estudio, consiste en el apoderamiento de los menores, realizado por sus padres o progenitores para separarlos de su hogar o de su familia.

CAPÍTULO SEGUNDO

ANTECEDENTES INTERNACIONALES RELEVANTES.

La preocupación por brindar una protección a los menores, ha variado durante el transcurso de los años, desde la antigüedad, en la que el cuidado por éstos era casi nulo y se daba sólo por el afecto que tenían sus progenitores, hasta nuestros tiempos, en donde se han creado legislaciones protectoras de los niños, acorde a las necesidades tan particulares que presentan, comenzando desde el ámbito local, continuando en el ámbito internacional, el cual se da como una consecuencia de la preocupación que presentan los estados por crear instrumentos que vengan a tutelar a los niños.

En virtud de lo anterior, es necesario hacer una pequeña referencia de los antecedentes históricos, que en materia de protección de los menores, se ha realizado, para con esto tener una mejor idea de la evolución que ha tenido y la importancia que representa el tema del presente estudio.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS GENERALES.

La importancia del estudio de los antecedentes, tanto históricos generales como los que se refieren a la protección de que han sido sujetos los menores, se da en razón de que por varios siglos el menor no fue protegido, amparado o tutelado, desde el origen mismo de la humanidad hasta iniciado el siglo XIX, siglo en el cual se comienzan establecer derechos en su favor; un ejemplo de esto lo es que para castigar la comisión de delitos no existía distinción cuando eran cometidos por niños, jóvenes o adultos, aplicándose de la misma forma el Derecho Penal y sus sanciones.

En la antigüedad la personalidad de los menores se encontraba inmersa en un adultismo, en donde los adultos tenían todo el poder sobre éstos, los que se encontraban sometidos en su totalidad a aquéllos y sin que tuviesen importancia alguna. En este sentido tal era el sometimiento a los mayores que el niño al nacer solía ser examinado por una comisión de ancianos, mismos que determinaban acerca de su extinción en caso de que fuera idóneo para desempeñar una futura condición de soldado o incluso de ciudadano.

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

En los pueblos del Oriente, el de Egipto en particular, no se tiene en el orden privado una concepción de la situación de los menores dado que el derecho comúnmente se confundía con la religión; así el menor, dentro del grupo del pueblo egipcio, se encontraba contemplado dentro del derecho civil a través de la familia antigua, encontrándose sometido a ciertas instituciones, como el matrimonio, divorcio, patria potestad, las cuales provocaban que el menor contara con ciertos beneficios.

En la época de la dominación romana, la familia es de gran importancia, época en la que el menor estaba sujeto a la soberanía absoluta del *paterfamilias*, por lo que la protección a favor de los menores no tuvo mayor desarrollo, debido a que era el *paterfamilias* el que decidía todo lo concerniente a la educación y crianza de los hijos, mismo que se encargaba de administrar el patrimonio familiar y era el sacerdote del culto especial de su casa, además de que podía juzgar a sus hijos a quienes podía condenar a muerte. El *paterfamilias* era el centro de toda *domus* romana, que es dueño de los bienes, señor de los esclavos. Tenía la patria potestad sobre los hijos y nietos.

Para otorgarle a los menores el ejercicio de los derechos, en el primitivo Derecho Romano se tomaron como referencia, según se fueran presentando ciertos fenómenos físicos, los que se encontraban relacionados con la edad tales como: la palabra y el completo desarrollo corporal. En este sentido María Isabel Álvarez Vélez nos señala: "Así, al que no sabía hablar se le llamó infante (*infans*); al que no había alcanzado el pleno desarrollo corporal, manifestado según ellos en la aptitud para la procreación, se la llamó *Impuber*; mientras que al que había alcanzado el pleno desarrollo corporal, y con ello plena capacidad, se le llamó *puber*. Sin embargo, ninguna de estas etapas tenía una duración determinada, sino que dependía en cada caso del sujeto en cuestión, de tal forma que se le sometía a un examen particular para determinar la llegada de la pubertad."¹⁷

Esta situación de indeterminación para dividir las etapas por las que se les otorgaba plena capacidad a los menores, trajo como consecuencia que la Jurisprudencia Romana, de alguna forma, intentare establecer los límites de uno y otro estado. En este sentido se estableció ya una edad cronológica para dividir estos límites; así tenemos que la infancia se prolongó hasta los siete años de edad, por considerar que hasta esa etapa el niño al hablar lo hacía sin inteligencia, esta etapa era de plena incapacidad, en la que no podía realizar ningún tipo de acto jurídico, sin tener responsabilidad de los daños que pudieran ocasionarse por su actuar.

Sería hasta la época de Justiniano cuando se adoptan límites de edad entre la impubertad y la pubertad, de esta forma se le denominaba *impúber* al menor de doce años de edad en el caso de la mujer y de catorce en los varones, considerando *púber* al mayor al mayor de esa edad. En el periodo de la impubertad se distinguían diferentes periodos, como era la distinción entre la infancia de la mayor infancia y ésta última se subclasificaba en próximos a la infancia, (*impuberes infantie proximi*) y próximos a la pubertad, (*impuberes pubertati proximi*).

¹⁷Álvarez Vélez, Ma. Isabel, *La protección de los derechos del niño*, Op. Cit., p. 3

De esta forma los *impubes infantia maior* era el impúber entre los siete y los catorce años en el hombre y para la mujer que se ubicaba entre los siete y los doce años, los cuales si podían realizar actos o negocios, siempre y cuando les representare un beneficio patrimonial; los *impubes pubertati proximus* era el impúber ubicado entre los doce y los catorce años, los que eran considerados capaces y responsables para algunos actos delictivos, como dolo o injuria.

En este punto, el vocablo *infans* significaba literalmente niño que aún no sabe hablar, que dentro de la época de Justiniano era la persona menor de siete años, o que aunque hablase no alcanzaba a comprender el sentido de las palabras; el vocablo *impuber*, como la palabra lo indica, era el sujeto, fuera mujer o varón que no contaba con la aptitud fisiológica para la procreación, así como consecuencia, el *puber* era aquel que había adquirido la aptitud fisiológica para la reproducción, siendo considerado esto, en el Derecho Romano antiguo, como el punto de partida para atribuirle plena capacidad para realizar todo tipo de actos jurídicos.

Por lo que respecta a la protección de los menores, no se daba en forma directa, tal y como actualmente la conocemos, sino que era concebida acorde con la capacidad o incapacidad que se les atribuía en razón de la edad, esto es, que al no dotarles de capacidad a los impúberes se les protegía evitando se aprovecharan de su inexperiencia, como es el caso de la *Lex Plaetoria de circumscriptione adolescentium*, que amparaba a los menores de 25 años de edad, ley que castigaba a los que abusaran de la inexperiencia de éstos induciéndolos a realizar actos jurídicos que les fueran perjudiciales.

Todas estas incapacidades provocaron una serie de inconvenientes, por lo que para el año 200 antes de Cristo, la *Lex Plaetoria* introdujo una nueva división de las edades que comprendía de los 14 años a los 25 y los mayores de esta edad eran los mayores púberes, esta clasificación servía por que los menores púberes se encontraban protegidos por esta ley y por la institución de la curatela con el fin de ser protegidos y salvaguardarlos de algún tipo de fraudes y engaños, imponiendo un

castigo a quienes se aprovecharan de la inexperiencia de los menores. El edicto del pretor concedía a los menores la *restitutio in integrum*, por medio de la cual podía pedir la rescisión del negocio, en el supuesto de que, debido a su inexperiencia, fueran llevados a concluir negocios o actos jurídicos que les resultaran perjudiciales. Sin embargo estos preceptos de la ley y la *restitutio* no son otra cosa que medidas tutelares, sin contar con una protección general en favor de los menores en su integridad, por ser la única preocupación el que realizare actos o negocios jurídicos que les pudieran perjudicar.

Las personas para el Derecho Romano eran titulares de derechos y obligaciones, sin embargo no siempre podían ejercer esos derechos. Esto por considerar que era demasiado joven, dilapidaba sus bienes, o sufría enfermedades mentales, razón por la cual, éstas personas eran puestas bajo la protección de tutores y curadores. Así la institución de la tutela se constituía para situaciones como la infancia, impubertad, sexo femenino; mientras que la curatela servía para situaciones como la locura, la inexperiencia de los púberes menores de veinticinco años. A pesar de la existencia de éstas dos instituciones, no existía una protección a favor de los menores, dado que las mismas se encaminaban a intervenir en los negocios que realicen, sin brindarles una protección en su persona.

El poder absoluto que ejercía el *paterfamilias* en la familia se vería desmembrado como consecuencia de la integración de instituciones especiales de familia, completándose la protección de los menores, surgiendo entre éstas la institución de la Patria Potestad, como institución central de derecho de padres e hijos, institución que se justifica con la función del progenitor de educar a la prole. La patria potestad romana se conservó durante la época de la edad media, pero se estableció que el poder sobre la persona cesaba con la mayoría del hijo. Cabe destacar que durante la época romana no se estableció una legislación que resultare protectora de los menores.

Será durante la época del Cristianismo en donde el menor sería tomado en consideración; esto, acorde a que se plasma en el Nuevo Testamento el derecho esencial que tiene a su libertad, que necesita respeto y dignidad como todo sujeto. Durante esta época se le reconoce a los hijos un valor y significado original, donde los niños ganan una predilección única, esto por que se presenta a los niños como un modelo a imitar, ya que se estimaba que todos ellos están llamados a entrar en el reino de los cielos, esto acorde a dicha postura Cristiana.

Resulta importante destacar que durante la época del Cristianismo, es ésta la que infunde como valor sagrado la libertad de toda persona humana, siendo su concepción la de que el hombre es creado a imagen y semejanza de Dios; a partir de esto se da la plenitud de la dignidad de toda persona humana, como un ser individual y libre con derechos que nada ni nadie debe restringir.

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

Para la creación de ordenamientos protectores de la infancia, que fueran acordes con sus necesidades, deben destacarse las bases experimentales en el estudio de otras ciencias, como lo es la biología, medicina, psicología y la ciencia jurídica, que se desarrollaron durante la segunda mitad del siglo XVIII, mismas que se seguirán desarrollando hasta nuestros días.

El ámbito jurídico se vio beneficiado por los conocimientos científicos, psicológicos, médicos y pedagógicos desarrollados durante el siglo XX, en virtud de ser estos conocimientos los que demostraran, que debido a la falta de madurez tanto

mental como física, el menor necesita protección y cuidados especiales, lo que origina un cambio en la actitud reinante en estos tiempos, ideología que debe ser plasmada en las concepciones jurídicas, en un principio en forma local y al convertirse en una actitud de carácter universal es como trasciende al terreno de la convivencia internacional, lo cual traerá como consecuencia una más efectiva protección, salvaguardando a los menores contra el peligro. La evolución sobre la protección de los menores resulta importante ya que representa un nuevo desarrollo en los ordenes jurídicos.

Dependiendo de las épocas históricas, la cultura de los pueblos, sus concepciones religiosas, filosóficas o políticas, es evidente que el trato y apreciación de los derechos inherentes a la persona humana han sufrido variaciones, desde el hecho de ser pensados, hasta llegar el momento mismo de ser plasmados en los ordenamientos jurídicos; siempre acorde a las necesidades básicas que presentan los individuos en su comunidad.

En este punto, resulta evidente que los niños, como seres humanos que son, cuentan o son titulares de los derechos fundamentales de toda persona, lo que lleva a considerar que no se puede negar que sean titulares del derecho a la vida; por ejemplo, o del derecho a la integridad física. De esta forma los derechos de los menores surgen relacionados en la época moderna con los derechos humanos y con su ideología.

Resulta lógico pensar que éstos sujetos son titulares de todos y cada uno de los derechos enunciados en los instrumentos de derechos humanos, con la excepción de que en tales instrumentos se establezca que los derechos serán aplicados a un grupo determinado de personas; con esa salvedad, el menor goza de tal protección, además de un cuidado adicional y especial, debido a que se trata de entes más vulnerables.

Es necesario aclarar que aunque no es objeto del presente trabajo el estudio de los instrumentos protectores de los derechos humanos, los derechos de los menores forman parte de los derechos humanos, siendo que los primeros son derechos con características especiales, razón por la cual se trata de una relación intrínseca y directa al grado de que no se puede concebir el derecho de los menores independiente de los derechos humanos, por ser, en la actualidad, el origen de aquéllos.

De forma breve y por ser parte integrante del complejo de los derechos humanos, nos permitiremos hacer referencia a lo que éstos son, su contenido y protección. En este sentido, un concepto de derechos humanos podría ser el de aquellos derechos fundamentales, inherentes a la naturaleza del hombre y su dignidad.

Sin embargo, en este tipo de derechos, su nacimiento así como su concepción no es reciente, se trata de una realidad muy antigua estudiada en la filosofía estoica, en el pensamiento Cristiano, en el iusnaturalismo racionalista; que dan existencia a esos derechos, pero no como los conocemos en la actualidad sino como inherentes a la propia naturaleza del hombre, que deben de ser tomados en consideración y ser garantizados.

Los derechos humanos, como hoy los conocemos, han tenido diferente denominación al paso de las épocas, así como diferentes contenidos; siendo los derechos naturales el primer origen, esto acorde con ser derechos propios de la naturaleza humana; tiempo después serían denominados derechos del hombre.

Esta idea de los derechos naturales evolucionó en forma favorable a través de los años, dotándolos de una mejor calidad moral pero también de un matiz racionalista, sin embargo necesitaban ser reconocidos por los ordenamientos jurídicos para que con esto contaran con fuerza y representaran una garantía.

Este tipo de derechos surgen paulatinamente a medida que los hombres fueron notando su carencia, o en forma más específica como protección contra los abusos de la autoridad, misma que negaba la existencia de ellos; siendo las encargadas de velar y protegerlos.

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

Por su naturaleza especial, los Derechos Humanos cuentan con características particulares, como son; su existir no depende del reconocimiento jurídico, su origen es el orden natural, más no el derecho positivo y expresan una misma naturaleza humana, es decir tales derechos existen por sí sin necesidad de un orden jurídico que los contemple o que los haya contemplado antes de su origen, con clara necesidad de que para que sean protegidos, como se mencionó anteriormente, requieren estar en el orden jurídico, sin el cual no cuentan con efecto legal alguno.

El reconocimiento verificado por el Estado de esos derechos es el principio de una larga carrera por lograr su protección, fijando una postura diferente por parte del Estado, ampliando poco a poco su actividad, como se presenta al establecer un procedimiento tendiente a garantizarlos, que va del orden local hasta la aplicación a nivel y ordenes internacionales, creando órganos de control y vigilancia para con esto garantizar su defensa y procuración.

Los tratados internacionales, que versan sobre este tipo de derechos, son dirigidos a los Estados, obligando a éstos a respetarlos y a procurar su seguimiento. En este sentido, considerada como la más importante declaración de este tipo de

derechos, tenemos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la que considera que "...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"¹⁸. Declaración que reconoce aquellos derechos naturales inherentes a la persona humana, que le corresponden al hombre por su propia naturaleza, esto al establecer una serie de principios dotados de esas características.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que fuera proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1948, contiene 30 artículos elementales para el ser humano. Entre estos derechos se destacan los de igualdad y libertad; así dentro de los derechos de igualdad se comprenden derechos culturales, políticos, laborales; dentro de los derechos de igualdad destaca la prohibición de hacer distinción entre los seres humanos en razón de su sexo, religión, raza, idioma.

Otro principio importante, contenido en esta declaración, es el derecho a la libertad, declaración que dentro de estos derechos contempla el de libertad de circulación, de residencia, migración, el de contraer matrimonio en forma libre. Base de la declaración es el reconocimiento a la dignidad humana, prohibiendo cualquier tipo de esclavitud, así como la prohibición de que se realicen detenciones arbitrarias.

En esta declaración, las Naciones Unidas no sólo invocan la prohibición a las prácticas discriminatorias, también invocan la necesidad de que se suprima el odio y la lucha entre los individuos. En este sentido el pilar de esta es el postulado del amor fraternal entre los hombres, como base del cual se desprenderá el reconocimiento de la libertad y el principio de la igualdad como un comportamiento común entre los seres humanos.

¹⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos, preámbulo.

En lo relacionado al tema, materia de nuestra investigación, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se destaca la protección dada a la familia, estableciendo para su defensa derechos de carácter cultural con destino a los menores.

De esta forma, "La protección a la familia, reconocida en el artículo 16,3 como 'el elemento natural y fundamental de la sociedad', supone que los Estados y las distintas sociedades menores, establezcan mecanismos por los que se dote a esta institución de una especial protección y amparo de todos sus miembros, pero especialmente a los más vulnerables: los niños."¹⁹

La protección enunciada, aunque no recae en forma directa en los menores, sí es para quienes tienen la obligación de brindarla, en razón de que tal protección resultaría inútil si no existiera persona alguna que deba cumplirla; esto en forma lógica y en razón de que los menores no pueden protegerse por sí mismos; éste cuidado debe brindarla en sus inicios la propia familia, y a falta de ésta la misma sociedad se encargará.

Para hacerla efectiva, la protección a los menores se basa en principios no de defensa, propiamente dicha, sino de una negativa a ciertas situaciones sociales, un ejemplo de esto es la oposición al divorcio, para con esto crear una estabilidad matrimonial, cuya consecuencia será una mejor atención por parte de los padres para con sus hijos.

La precitada Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece un artículo dirigido, en forma particular, a los menores, en los términos siguientes: "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales."²⁰ De esta forma se debe entender que aparte de los derechos ya consagrados en la misma, de los cuales también son sujetos los menores, tienen derecho a una protección mayor

¹⁹ Álvarez Vélez, María Isabel, *La protección de los derechos del niño*, Op. Cit. p. 28

²⁰ Artículo 25.

que debe de carácter especial y acorde a sus características particulares de vulnerabilidad y de falta de capacidad, tanto física como mental.

La importancia de esta Declaración es evidente; sin embargo, en su origen, no contaba con fuerza vinculante y obligatoria de forma inmediata, pero con el transcurrir de los años, la preocupación y la toma de conciencia de los Estados para proteger esos derechos, es como la misma va tomando fuerza y obliga a los mismos a que se vean comprometidos a cumplir con sus determinaciones, proclamando apoyo a las mismas; es decir, no cuenta con un carácter contractual por virtud del cual las partes se encuentren obligadas a cumplirla, sin embargo su vigencia se debe a que sus normas se han venido observando con el carácter de obligatorias, como resultado de las prácticas que han hecho los estados y las Organizaciones Internacionales.

A pesar de la trascendencia atribuida, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, no deja de ser de un carácter general, por lo que los Estados necesitan crear normas de derecho, o declaraciones, que cuenten con una protección más específica para grupos y situaciones determinadas, razón por la cual se elaboran textos para cubrir dichas necesidades.

Es innegable la importancia que representa esta Declaración, sin embargo, por lo que respecta a la protección de los menores, la preocupación por brindarles un reconocimiento en sus derechos y una forma por la cual se vieran protegidos, nace mucho tiempo antes de creada la Declaración Universal. De esta forma el proceso para la edificación de los derechos de los menores, así como para brindarles una protección que sea adecuada a sus características particulares, se ha ido desarrollando en dos aspectos, uno de estos se encuentra comprendido en el derecho interno o estatal y el otro se encuentra comprendido en el marco Internacional.

En el primero, es decir, en el marco interno o Estatal, surge como resultado de la evolución y de la lucha de los habitantes del Estado por conseguir el

reconocimiento y una defensa legal de los niños frente a situaciones reales y concretas de abuso.

En el segundo, en el marco Internacional, los derechos de los niños surgen como consecuencia de la lucha presentada en el ámbito interno de los Estados, lucha sin la cual no hubieran existido, aun cuando dichos derechos encontraron su reconocimiento jurídico hasta entrado el siglo XX.

Dentro de este siglo XX, que es considerado por algunos autores como "el siglo de los niños", se da la creación de diversas instituciones, cuyo objetivo inicialmente sería el ampliar el campo de la educación a todos los niños, destacando como su fin último la protección y ayuda a los menores; las instituciones referidas, que como sucedió con la creación de los derechos en los dos marcos antes mencionados, de ser inicialmente de un carácter local irán adquiriendo un reconocimiento y connotación internacional, siendo evidente el incremento en la preocupación por los temas de los menores.

De esta forma es como a principios del siglo XX surgen posturas, declaraciones, legislaciones, convenciones, que de alguna forma tienden a proteger los derechos de los menores.

Tal preocupación se enfatiza en la comunidad Internacional, una vez finalizada la Primera Guerra Mundial, como consecuencia de los estragos que ésta produjo, tendiéndose a la búsqueda de ciertos mecanismos cuyo propósito sería el de evitar que los niños continuaran sufriendo las consecuencias inherentes a dicho conflicto.

2.2 DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1924.

Como consecuencia de la guerra producida de 1914 a 1918 y la secuela de hogares destruidos, menores abandonados, se despertaron en la conciencia de los

hombres sentimientos humanitarios ante el dolor y la desgracia. "De ahí la conocida máxima no sólo por piedad ni simpatía, mucho menos por caridad, debe protegerse a los niños, por que ellos representan el porvenir de la humanidad ya que en sus manos estará su destino".²¹

De esta forma la Declaración de Derechos del Niño de 24 de Septiembre de 1924, conocida como la Declaración de Ginebra, es el documento que contiene los principios fundamentales a favor de la infancia. Declaración que fuera adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de Naciones, y que consta de los siguientes principios:

I. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente.

II. El niño hambriento deber ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el retrasado debe ser estimulado; el extraviado debe ser conducido; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.

III. El niño debe ser el primero en recibir socorros en época de calamidad.

IV. El niño debe ser dotado de medios con que ganarse su vida, y debe ser protegido contra toda explotación.

V. El niño debe ser educado en el sentimiento de que sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio de sus hermanos.

Esta Declaración, considerada como la primera que toma en consideración los derechos de los niños, surgió como consecuencia de que a lo largo de varios milenios, el menor fuera considerado como un ente sin personalidad propia, sin autonomía y mucho menos que contara con instrumentos que regularan las condiciones y circunstancias tan especiales que presenta, en el siglo XX surgiría

²¹ Abouhamad Hobaica, Chibly, *El menor en el mundo de su ley*, Editorial Gaceta Legal-Ramírez Garay, Venezuela, 197, p. 33.

como un ente sujeto derecho con necesidad de protegerlo, con el objeto de que se desarrollase de la mejor manera.

En la Declaración, los derechos del niño son reconocidos por los hombres y las mujeres de todas las Naciones, los cuales aceptan que la humanidad debe dar al niño lo que ella tiene de mejor; afirmando sus deberes al margen de toda consideración de raza, nacionalidad y creencia.

Realizando un breve análisis de su contenido tenemos que el punto I es el único que se refiere a la necesidad que tienen los menores de que se proteja el desarrollo armónico e integral de su personalidad, siendo también el principio que refiere a los aspectos educativos y formativos de los menores; los puntos II, III y IV hacen referencia a las necesidades subjetivas, de orden biológico y material que tienen los menores; el punto V señala expresamente artículo un proceso de socialización, tendiente a educar a los niños para servir a la humanidad.

La Declaración está realizada en forma muy general, lo que origina que sea extensa y con gran vaguedad. "El único objetivo que perseguían era el de establecer una síntesis de los derechos de la infancia, con total independencia de los principios ideales y de las normas metodológicas y disciplinarias, inspiradoras de la enseñanza y de la gestión educativa."²²

Se trata de una declaración general que trataba de proteger a los menores, contra cualquier tipo de lesión que pudieran sufrir con motivo de las condiciones imperantes en el momento de ser realizada, intentando hacer recaer en la sociedad y en el Estado la responsabilidad de proteger, así como asegurar, el futuro de los menores.

²² Abouhamad Hobaica, Chibly, *El menor en el mundo de su ley*, Op. Cit., p. 502

El instrumento de referencia intenta crear conciencia social para continuar con la protección creada por el momento social, el cual, nunca buscó el reconocimiento de los derechos, ni una protección jurídica. Se trató de una declaración que se limitó a establecer un conjunto de deberes que las naciones debían de observar y garantizar a los menores con el fin de que su educación se viera afectada por la situación de la guerra.

Lo más importante que el documento traería sería la revolución en el sentido de que los niños tenían derechos que debían conquistar, dando paso a hechos reales, como son la modificación de leyes que eran para ese entonces de leyes caducas, creando instituciones protectoras como: los tribunales de menores, modernos reformatorios, hogares infantiles, entre otras, fijando un precedente de lo que actualmente se tiene.

Al cumplirse diez años de adoptada, la Sociedad de Naciones, en el año de 1934, confirmaría su aprobación, suscitando diferentes críticas e impugnaciones en el ámbito internacional, no en el sentido de discutir la justicia y las necesidades que la niñez tiene de ser protegida, las objeciones consistieron en razón de la vaguedad con que fue realizada en virtud de que no establece los deberes que tienen los sujetos en forma clara y precisa, se trata de disposiciones que tienen como objetivo protegerlos para el caso de que se presenten determinadas situaciones.

Sin embargo y debido al comienzo de la Segunda Guerra Mundial, la Declaración se vería privada de todo valor, siendo tomada en consideración y dándole vigencia hasta el año de 1946, un año posterior a la constitución de la Organización de las Naciones Unidas, organización que fuera la encargada de realizar una recomendación para que la Declaración de Ginebra tuviera nueva vigencia, con el fin de unir a los pueblos del mundo, como sucediera en el año de 1924.

Para el año de 1948, la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la que, en forma directa, en su artículo 25, estableció un derecho protector de la infancia, previendo en forma implícita, libertades y derechos de los niños.

2.3 DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1959.

Después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; resulta evidente que los niños, a pesar de su corta edad, son titulares de los derechos fundamentales de la persona, y por ningún motivo se podría dudar que los menores son titulares de derechos, como lo es el de la vida o también el derecho a la integridad corporal. Sin embargo, existe la idea errónea de que los problemas que tienen que ver con los menores son problemas de menor importancia. Esta consideración se da en razón de que los órganos internacionales de derechos humanos se han preocupado muy poco de los derechos de los niños; prueba de esto es la carencia de ordenamientos, así como de documentos, que traten a fondo dicha problemática que, en particular, debería ser de mayor importancia en virtud de que los menores, requieren de cuidados especiales.

Aun cuando la Declaración Universal de los Derechos Humanos es anterior a la Declaración que enseguida se estudia, aquélla fue analizada anteriormente, razón por la cual mencionaré que es un antecedente importante más no por esto es relevante, dado que no contempló una protección específica a los niños, tal y como se mencionó en el estudio respectivo, de aquí, la necesidad de mencionar el hecho de la aparición cronológica de las Declaraciones.

Tiempo después de que finalizara la Segunda Guerra Mundial, con base en la toma de conciencia que se tenía acerca de los derechos de los niños, además del progreso experimentado en la ciencia médica, principalmente en su vertiente psicológica, motivaría que se elaborara una nueva declaración, en la cual se

reconocieran algunos de los principios adoptados en la de 1924. Se trata de una declaración más progresista en sus contenidos, dado que refleja una evolución en el estudio de la protección a la infancia, transformando el documento en una Carta de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, con una nueva concepción protectora de los mismos en el ámbito internacional.

El último texto de la Declaración de los Derechos del Niño fue proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959, y como la anterior, representa el pensamiento de una época respecto de la problemática en que se encontraba inmersa la infancia; se trata de una idea compartida por todos los estados que eran miembros de la Organización de Naciones Unidas, no solamente por la problemática por la que estaban pasando los menores, sino por la toma de conciencia que experimentaron los mayores al considerar que el menor ocupa un lugar preponderante en la vida de los mayores.

De esta forma el 20 de noviembre de 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas proclama la Declaración de los Derechos del Niño, que toma para sí el pensamiento de una época respecto a la problemática presentada por los menores, siendo compartida por los Estados miembros de la organización internacional.

Para la elaboración del texto de la Declaración, se destacó la actividad del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), que para esa fecha contaba con diez años de haberse creado como organismo especializado en los menores, organismo que recomendó que se volviera a adoptar la Declaración de Ginebra de 1924.

Por lo que respecta a los considerandos vertidos en la declaración, se basan en la importancia que fuera tomando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, estudiada con anterioridad, en el sentido de que la Organización de las Naciones Unidas proclamó, en esa declaración, que toda persona tiene los mismos derechos y libertades sin distinción de raza, sexo, color idioma, entre otras libertades,

de esta forma, se reconoce que los menores son titulares de todos los derechos del hombre, a pesar de su edad, así en los considerandos 1 y 2 es clara la influencia ejercida por la Declaración Universal, se parte de la base marcada por esta en el sentido de establecer de que los menores son personas y como consecuencia de esto titulares de todos sus derechos.

En su considerando tercero, nos establece que el niño requiere una protección y cuidados especiales debido a su falta de madurez física y mental, protección que va más allá del hecho del nacimiento, ya que busca una protección de los menores aún antes del nacimiento, esto dado que desde antes de su nacimiento son titulares de los derechos inherentes al ser humano, principalmente al derecho de la vida.

Esta Declaración de 1959 se presenta como vinculante y obligatoria a diferencia de la de 1924, por considerar que la humanidad y los Estados deben de adoptar todas las medidas que sean necesarias para dotar a la infancia de lo mejor, con el objetivo de que ésta sea feliz, libre y con una protección legal adecuada para su propio bien y a favor de la humanidad.

En cuanto a la estructura de la declaración, consta de diez principios, que para su estudio se puede dividir en dos partes. La primera se integra por los primeros siete principios, cuyo contenido son derechos esenciales, los tres restantes establecen medidas de protección a los niños.

Los siete primeros derechos enunciados se pueden resumir de la siguiente manera:

- El niño gozará de todos los derechos que se enuncian en la declaración sin distinción alguna.

- El niño gozará de una protección especial, contando con oportunidades y servicios que serán permitidos por la ley, con la finalidad de que se desarrolle en forma normal y saludable.

Este principio marca la creación de leyes que tengan la finalidad de proteger a los menores para que éstos se desarrollen en forma normal y saludable, con completo respeto a su dignidad y libertad, pero siempre anteponiendo el interés superior de los menores.

- Derecho a que el niño, desde su nacimiento, tenga un nombre y una nacionalidad.

Principio claro ya que se trata de evitar situaciones de apátridas.

- El niño tiene derecho a gozar de los beneficios de la seguridad social. Deberá contar con atención y cuidados especiales, tanto prenatales como postnatales. Gozará de alimentación, vivienda, recreo y servicios adecuados.

Aquí se establece el derecho de los niños a participar de la seguridad social, como ente independiente de su familia, con la finalidad de que crezcan y se desarrollen en buena salud, esto sumado al derecho a la alimentación, recreo y vivienda adecuados para el cumplimiento de esa finalidad.

- Los niños física o mentalmente impedidos deben de contar con tratamientos, educación y cuidados especiales propios de su estado.

Resulta importante este principio ya que representa la toma de conciencia de las necesidades respecto a los menores que cuentan con alguna incapacidad, dotándoles de tratos especiales acordes a sus características.

- Los niños tienen derecho y necesidad de amor y comprensión para que se desarrolle plenamente su personalidad, buscando siempre que sea bajo la protección de la familia y en caso de no contar con ésta, la sociedad será la encargada de cuidar de ellos.

Este es un principio que prevé situaciones tales como el abandono, divorcio, que resultan perjudiciales para el desarrollo de la personalidad de los menores siendo que este se consigue con amor que debe de ser otorgada por los padres en un ambiente de afecto y seguridad moral. Para conseguir dicha meta se contempló en este principio el hecho de que no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.

Para la consecución de dichos fines, se establece una obligación a cargo de la autoridad, consistente en cuidar a aquellos niños que se encuentren sin familia o que carezcan de medios adecuados para subsistir; así como el establecimiento de un subsidio a favor de las familias numerosas, a cargo de los Estados.

- El niño tiene derecho a recibir educación, misma que será gratuita y obligatoria en sus etapas elementales; educación que deberá de atender al interés superior de los menores como principio rector, cuya responsabilidad incumbe, en primer término a los padres. Educación que deberá favorecer a su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

Este principio recoge lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que contemplara el derecho a la educación, misma que deberá ser gratuita en lo concerniente a la instrucción elemental; a la cual la Convención de 1959, le anexa la responsabilidad de los padres los que elijan y sea la que favorezca a su cultura y su personalidad, así como a su desarrollo físico e intelectual.

Como parte integrante de la educación, se destaca el establecimiento del derecho a que los menores disfruten de los juegos y recreaciones, pero siempre encaminados a los fines de la educación que los padres hayan elegido, la cual deberá dirigirse a dotarles de los elementos necesarios para enfrentar la vida y convivir en sociedad, siempre velando por el interés superior del niño, concebido éste como el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; la que incumbe, en primer término, a sus padres.

Por lo que respecta a las medidas de protección incluidas en la Declaración se pueden sintetizar de la siguiente forma:

- El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.
- El niño será protegido contra formas de abandono, crueldad y explotación, no siendo objeto de trata.

No se permitirá que los niños trabajen a corta edad o se dediquen a empleos que perjudiquen su salud o afecten su desarrollo físico, moral o mental. Aquí se debe de procurar adoptar las medidas que sean necesarias para evitar abandono, tratos crueles y de explotación de los niños.

- El niño debe de ser protegido contra prácticas discriminatorias.

Principio que reafirma el fin de la declaración, que es evitar la discriminación de cualquier tipo. Así mismo establece el deber de educar a los niños con una idea de igualdad, comprensión y fraternidad para estar al servicio de sus semejantes.

Resulta evidente el grado de avance presentada por la Declaración de 1959 a comparación con su precedente y como punto importante a destacar es el de la

educación la cual debe de ir encaminada con principios fundamentales para la convivencia de la humanidad.

Es de destacarse que en esta Declaración se encuentran ya plasmados las necesidades reales que presenta la infancia, como es el derecho a un nombre y a una nacionalidad, así como un trato, educación y atenciones especiales para aquellos niños impedidos físicamente. También se integró la protección para evitar el abandono, trato cruel y la explotación de los menores, prohibiendo que trabajen muy pequeños o que se trate de un trabajo perjudicial para su salud.

En esta declaración, se incursionó al establecer, como principio rector el interés superior del niño, que aunque se trata de una situación muy subjetiva, sirve de apoyo y protección en circunstancias no contempladas por ésta y en las cuales se pueda ver afectado el niño; este interés superior se tendrá que tomar en consideración para la elaboración de leyes, por las cuales se encuentren inmersos los menores.

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

Grosso modo, ambas Declaraciones, la de 1929 y la de 1959; tanto en el fondo como en sus planteamientos, resaltan su sencillez, siendo la segunda la que contempla derechos que no habían quedado manifestados y estudiados en la anterior de 1929.

La primera Guerra Mundial sería el motivo social por el que naciera la Declaración de Ginebra, la cual pretendía evitar los sufrimientos causados por ese

momento de desastre; declaración que buscó crear conciencia social para proteger a los menores, sin que se diera un reconocimiento de derechos en el ámbito jurídico.

Por otra parte, la protección a los niños expresada en la declaración de 1959 no está dirigida a la humanidad, sino a quienes tienen responsabilidad social, encontrando como obligación del Estado el aplicar directamente estos principios y luchar por su observancia.

2.4 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, DE 1989.

Para el año de 1978 el Gobierno de Polonia presentó a la Comisión de Derechos Humanos, de la Organización de Naciones Unidas, un proyecto sobre una Convención de la propia organización, relativa a los Derechos de los Niños; esto, como consecuencia de que la Declaración de 1959 no era más que eso, una simple declaración de derechos sin que contuviese una exhaustiva relación de los mismos y sin obligaciones jurídicas para los Estados parte, como quedó enunciado anteriormente.

Esta Convención estaba plagada de un carácter jurídico urgente para proteger a la infancia, razón por la cual no fue fácil su aprobación, se necesitaron reuniones continuas de la Comisión de Derechos Humanos debido a la importancia que los Estados mostraron, en razón de que los mismos aportaron más elementos para hacer de ésta una Convención lo más completa posible.

La Declaración de 1959 es el pilar fundamental para la elaboración, en el año de 1989, de la Convención que hasta este momento nos ocupa, instrumento que contempla un seguimiento fundamental de derechos para toda sociedad y que los países signantes se comprometen a proteger.

Después de 11 años de trabajo, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante su resolución 44/125, de 20 de noviembre de 1989, aprobó la Convención Sobre los Derechos del Niño; expresando su deseo de que los Estados la firmaran y ratificaran o se adhirieran a ella cuanto antes, quedando abierta para su firma el 26 de enero de 1990.

Como miembro de las Naciones Unidas, México demostró su interés, al igual que las demás naciones, para perfeccionar los derechos de los niños. Así, el 26 de enero de 1990 el Gobierno Mexicano procedió a firmar este instrumento internacional, siendo sometido para su aprobación al Senado de la República, mismo que lo aprobaría el 19 de junio de 1990, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de julio de 1990.

La protección de los niños, sea cual fuere las condiciones en que estos se encuentren, satisfacer sus necesidades, intereses fundamentales y sobre todo garantizarles sus derechos, es la principal finalidad que persigue la Convención en sus 59 artículos.

La Convención sobre los Derechos del Niño puede dividirse en cuatro secciones que a saber son:

PRIMERA. El preámbulo, que enumera las consideraciones de la misma;

SEGUNDA. La Parte I: que contempla artículos básicos, enumerando las obligaciones de los Estados partes,

TERCERA. La Parte II: parte en la que se establecen artículos destinados al mejor cumplimiento de la Convención.

CUARTA. La Parte III: en la cual figura la forma de entrar en vigor.

Al igual que sus precedentes, es decir las declaraciones de 1924 y 1959, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se establece que no existirá distinción alguna, que por razones de sexo, raza, religión, idioma, opinión

política o cualquier otra condición propia de los menores, sus ascendientes e inclusive de sus tutores, para poder disfrutar de los derechos que en ella se enuncian.

En cuanto a las personas beneficiadas por esta Convención lo serán todas aquellas que no hayan cumplido 18 años de edad, con la excepción de que por virtud de la ley del país se contemple que la mayoría de edad se alcance antes.

Realizando un estudio concreto sobre la primera sección de la Convención encontramos variadas consideraciones por las cuales fue elaborada, destacando entre estas la función familiar, siendo la familia un grupo fundamental de toda sociedad, dentro de la cual el niño encontrará su protección, su felicidad y comprensión. Así a la familia se le toma como el medio natural para el crecimiento de todos los miembros de la sociedad, considerada también como la protectora natural de los niños, para que éstos, a su vez, puedan asumir sus responsabilidades en la comunidad.

No se trata de una Convención que parta de la nada, sus antecedentes los fija claramente, estableciendo como consideraciones para su creación la proclamación que han hecho las Naciones respecto a la igualdad, así como demás derechos vertidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por otra parte reconoce las necesidades de protección establecidas en las Declaraciones estudiadas anteriormente.

La vulnerabilidad de que son parte los menores reafirma la necesidad de que a los niños se les proporcionen cuidados y asistencia especiales, protegiéndolos, tanto antes como después de su nacimiento.

Aun cuando se trata de una Convención Internacional que se preocupa por los menores, va encaminada a que la familia se obligue a protegerlos, a cumplir con la misma sin que por esto se presente una intromisión en aspectos culturales de la sociedad en que se desarrolla el menor, siendo que la misma reconoce la importancia

de las tradiciones y valores culturales de cada pueblo para lograr un desarrollo armónico del niño.

Comprendida por los artículos del 1 al 41, la segunda sección de la Convención es la más importante, ya que constituye la parte medular de la misma, en la que se contienen los derechos básicos a proteger.

Las disposiciones de la Convención están dirigidas a proteger a los niños, entendiendo a estos por "...todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad."²³

El niño gozará del derecho a la vida, estando los Estados parte obligados a garantizar dicha supervivencia; así como, a garantizar su desarrollo físico, mental, moral y espiritual de forma saludable y normal, dentro de condiciones de libertad.

Los beneficios que brinda la seguridad social son derechos reconocidos en favor de todos los niños, deben de disfrutarse en su mejor nivel posible de salud, deben tener acceso a servicios médicos y de rehabilitación, y los Estados partes deben tomar todas aquellas medidas necesarias para abolir las prácticas tradicionales que perjudiquen la salud de los niños.

La Convención obliga a la adopción, por parte de los Estados, de medidas apropiadas para ayudar a las personas responsables del cuidado de los niños, tendientes a proporcionar asistencia material y programas de apoyo para que los niños logren un adecuado desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

La Convención contempla derechos encaminados a proteger al niño contra cualquier forma de explotación como son: la incitación o coacción a que el menor se dedique a cualquier práctica sexual ilegal, a la explotación en la prostitución, en

²³ Convención sobre los Derechos del niño, Artículo 1o.

espectáculos o materiales pornográficos y la explotación de tipo económico, entre otros que le sean perjudiciales al menor.

Los derechos con que cuenta todo ser humano, como son la libertad de expresión, de pensamiento, conciencia y religión, así como la libertad de asociación se encuentran también contemplados en la Convención. Estos derechos van en función de la edad y madurez del niño contando con algunas restricciones previstas por la ley ó aquellas como es el respeto a los demás, a sus derechos y reputación.

El derecho a la crianza y desarrollo del niño se compone de la obligación común de ambos padres, como encargados de garantizarla, siendo el Estado el obligado por la Convención a prestar la asistencia apropiada a los padres y tutores para el buen desempeño de dichas obligaciones. La forma en que el Estado contribuirá será mediante la creación de instituciones e instalaciones de servicios, a favor de la niñez.

El derecho a la educación se encuentra contemplado en diversas disposiciones de la Convención, la cual deberá de ser gratuita y obligatoria, por lo menos en la etapa primaria. Se reconoce también el derecho del niño al descanso y esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas, las cuales deberán de ser adecuadas para su edad, y a que tenga una participación en la vida cultural.

La Convención contempla artículos cuyo fin es el de garantizar el derecho que los niños tienen de vivir en todo momento al lado y bajo los cuidados de sus padres. De ahí el derecho de los niños de no ser separados de sus padres, salvo que las autoridades competentes del Estado parte así lo determinen, de conformidad con la ley y el procedimiento aplicable, si tal separación resulta ser necesaria y atendiendo al interés superior del niño, previa toma de opinión de todas las partes interesadas.

En este punto, si dicha separación fue tomada conforme a lo arriba mencionado, el Estado parte proporcionará, a los padres, al niño u otro familiar, toda

la información relativa al paradero de sus familiares, sin que esto resulte perjudicial para el niño.

Si la separación fue tomada atendiendo al interés superior del niño; la Convención establece el derecho del niño a mantener contacto directo con ambos padres, razón por la cual los Estados parte atenderán favorable, humanitaria y pronta la solicitud presentada por el niño para poder entrar en un Estado parte o salir de él, a efecto de reunirse con su familia.

En esta Convención los Estados parte se obligan a adoptar las medidas necesarias para luchar contra los traslados y retención ilícitos de niños en el extranjero, mediante la creación de acuerdos de carácter bilateral o multilateral, así como de índole nacional.

La cuarta sección de la Convención de los Derechos del Niño, comprende los artículos referentes al mejor funcionamiento de la misma. De esta forma se contempla el compromiso de los Estados de dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones que en ella se contienen, tanto a los adultos como a los propios destinatarios de la misma: los niños.

Aquí se establece la creación de un Comité de los Derechos del Niño, el cual tendrá la finalidad de examinar los progresos que se tienen en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los Estados parte; así como el análisis de los informes presentados por éstos, que contengan las medidas adoptadas en dicho cumplimiento.

En esta sección se contiene la forma de entrada en vigor, su apertura a firma y adhesión. Convención que se encuentra abierta a firma y adhesión de cualquier Estado.

2.5 CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

La Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores fue adoptada por la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado el 24 de octubre de 1980; quedando abierta para su firma inmediatamente después de que fuera clausurada la Sesión de Derecho Internacional Privado.

El 13 de diciembre de 1990 la Cámara de Senadores de México tuvo a bien aprobar esta Convención, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1991.

La Convención entró en vigor en nuestra República Mexicana el 10 de septiembre de 1991 y en cumplimiento de la fracción X del artículo 89 Constitucional fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, para su debida observancia, el 6 de marzo de 1992.

Cabe hacer la aclaración de que esta Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores fue adoptada con fecha anterior a la fecha en que fuera adoptada la Convención Sobre los Derechos del Niño; así para efectos de la entrada en vigor en nuestro país, la fecha que se debe de tener en cuenta es aquella en la que es publicado el Decreto Promulgatorio y con ello respetar la aparición cronológica en la vida jurídica de nuestro país, razón por la cual en el presente estudio se ordenan de tal forma.

La Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores consta de cuarenta y cinco artículos, contenidos en seis capítulos; en los cuales se contempla como principal objetivo el proteger al menor en el plano internacional de los efectos perjudiciales que pudiera ocasionarle un traslado

o una retención ilícita; estableciendo el procedimiento que permite garantizar la restitución inmediata del menor al país en que tenía su residencia habitual.

Los seis Capítulos en que se divide la Convención contempla los siguientes aspectos:

Capítulo I: Ambito de aplicación de la Convención;

Capítulo II: Autoridades Centrales;

Capítulo III: Restitución del Menor;

Capítulo IV: Derecho de Visita;

Capítulo V: Disposiciones Generales;

Capítulo VI: Cláusulas Finales.

En cuanto al contenido del Capítulo I, en el Ambito de Aplicación de la Convención, se establece la finalidad que persigue la misma, que es:

- a) Garantizar la restitución inmediata de los menores que han sido objeto de traslado o retención ilícita en cualquier Estado contratante;
- b) Velar por que se respete en los Estados contratantes los derechos de custodia y visita vigentes en estos.

En esta Convención se contempla la obligación a cargo de los Estados parte de adoptar todas las medidas apropiadas tendientes a garantizar el cumplimiento de los objetivos de la misma, recurriendo incluso a procedimientos de urgencia que los mismos dispongan.

Para la Convención el traslado o retención son considerados 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 retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención."²⁴

Para efectos de la misma Convención se establece lo que contemplan algunos de los derechos que pueden ser violados con esa conducta ilícita; así el derecho de custodia es el que se refiere al cuidado del menor y en particular al de decidir su lugar de residencia. El derecho de llevar al menor, por periodos limitados, a lugares diferentes al de su lugar de residencia habitual es lo que comprende el derecho de visita.

Por lo que se refiere al capítulo II de la misma, que contempla el aspecto de las Autoridades Centrales, en este se obliga a los Estados contratantes a que designen una Autoridad Central, que será la encargada de vigilar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en la Convención.

Algunos de los deberes que impone a las Autoridades Centrales de los Estados Parte es el de colaborar entre las autoridades competentes de los Estados para la pronta restitución de los menores y la consecución de los fines de la misma.

²⁴ Artículo 3o.

Otros deberes impuestos a cargo de las Autoridades Centrales son; el de tomar todas las medidas apropiadas que permitan localizar al menor trasladado o retenido ilícitamente; aquellas, en forma provisional, tendientes para que el menor no sufra mayores daños; garantizar la restitución voluntaria; facilitar la apertura de un procedimiento encaminado a conseguir la restitución del menor; la obtención de asistencia jurídica; garantizar la restitución del menor sin peligro; mantenerse informadas respecto a la aplicación de la Convención.

El capítulo tercero de la Convención, titulado Restitución del Menor contempla los siguientes aspectos:

Un traslado o retención producido con violación al derecho de custodia podrá, ser denunciado por toda persona, institución u organismo ante la Autoridad Central de la residencia habitual del menor o a la de cualquier Estado contratante, para que con su asistencia quede garantizada la restitución del menor.

- La denuncia así formulada, debe de ir acompañada de la información relativa a la identidad del actor, la del menor y la de la persona que lo sustrajo, los motivos en los que se basa para tal reclamo, así como aquella relativa y que sea tendiente a localizar al menor, incluyendo también la información relacionada a la identidad de la persona con quien se supone se encuentra el menor.

Las autoridades judiciales o administrativas para determinar la existencia de un traslado o retención ilícitas, podrán tener en cuenta la legislación o decisiones de autoridades de la residencia habitual del menor, que sea aplicable al caso; encontrándose facultada también para pedir al solicitante una decisión o una certificación que acredite dicha situación de traslado o retención ilícita, acorde a lo previsto por la Convención y siempre que la misma se pueda obtener.

Dentro de la misma Convención se establecen excluyentes, por las cuales la autoridad judicial o administrativa, no se encuentra obligada a ordenar la restitución,

siempre y cuando la persona o institución que se opone a la restitución demuestre que:

- 1) Si quien ejercía el derecho de custodia al momento del traslado o retención no lo hacía de modo efectivo o hubiere consentido el mismo;
- 2) Si existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo expone a un peligro físico o psíquico;
- 3) Si el menor, con edad y grado de madurez con el cual se tome en cuenta su opinión se oponga a la restitución.

En su capítulo IV, que se refiere al derecho de visita, la Convención faculta a las Autoridades Centrales para que organicen o garanticen el ejercicio del derecho de visita, que podrá ser presentado y tramitado en la misma relativa a la de retorno del menor, siendo las mismas autoridades quienes podrán iniciar procedimientos para la obtención de dicho fin.

Por lo que se refiere al capítulo V, que contiene las Cláusulas Generales de la Convención, en esta se contemplan situaciones como son: que no deben exigirse depósitos o fianzas para garantizar el pago de los gastos de los procedimientos judiciales o administrativos que prevé la Convención, ni se impondrá cargo alguno, con relación a las solicitudes presentadas, no se exigirá al solicitante costas y gastos del proceso; otro aspecto se refiere a la forma en que deben ser enviadas las solicitudes o comunicados al Estado requerido, las que serán en el idioma oficial de este, así como en el idioma del país de origen.

La persona que trasladó, retuvo al menor o impidió el ejercicio del derecho de visita, previa disposición de las autoridades judiciales o administrativas, deberá de pagar los gastos necesarios y los que hubieran sido ya erogados por el solicitante.

El Capítulo VI, que contempla las cláusulas finales de la Convención, enumera aspectos como son la apertura a la firma de los Estados; y su entrada en vigor, que será el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito del instrumento de adhesión.

La vigencia de la Convención será de cinco años a partir de su entrada en vigor, incluso para los Estados que la ratifiquen con posterioridad, renovándose tácitamente cada cinco años si no hubiere denuncia.

CAPÍTULO TERCERO.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

3.1 PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA.

Antes de entrar al estudio del punto medular del presente trabajo, resulta necesario determinar cuáles son las causas y factores que influyeron en la elaboración de la Convención.

Teniendo como fundamento el hecho de que los menores presentan problemas propios y especiales se crean instrumentos y legislación especial, con principios específicos, cuyo fin será el regular esa situación; un ejemplo claro de esto lo son las Convenciones estudiadas en el capítulo anterior, así como la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

El primer problema que se presenta es el de carácter terminológico, así de esta forma se emplean indistintamente términos tales como secuestro, sustracción, traslado o desplazamiento ilegal; siendo que el secuestro se relaciona con situaciones de carácter penal las cuales no se encuentran contempladas en la Convención; a diferencia de los otros términos, la sustracción, traslado o desplazamiento ilegal, cuya connotación es de carácter civil, mismos que si son integrantes de la Convención, siendo los aspectos que nos interesan.

Atendiendo al contenido de la Convención, que es la Restitución Internacional de Menores, en ésta se trata de eliminar el término de secuestro por tener una relación directa con aspectos de carácter penal, con su respectiva figura delictiva, regulando únicamente la Convención, cuestiones civiles como los derechos de custodia, guarda y el derecho de visita.

Un traslado o una sustracción se consideran ilícitos, según lo establecido en la Convención, cuando estos se hayan producido en violación a un derecho que ejercían sus padres o sus cuidadores. Con relación a esto las causas que originan un traslado o una sustracción son muy variadas pero siempre se encuentran relacionadas con la familia, entendida ésta como una unión de personas por el hecho de la procreación.

La familia es en nuestro país, un conjunto de personas procedentes de los mismos progenitores o adoptantes, cuya fuente es el matrimonio o la filiación extramatrimonial, y continúa siendo el núcleo de formación del hombre.

La evolución de la familia ha variado durante el paso del tiempo desde los pueblos primitivos en que se constituía por un hombre y una o varias mujeres, pasando por la época romana en que se encontraba organizada bajo el régimen patriarcal monogámico, hasta nuestros tiempos en que las relaciones de los sujetos son puramente afectivas, formando familias fuera de la institución del matrimonio.

La institución del matrimonio intenta establecer unidad y estabilidad en la familia, mediante la creación de normas dirigidas a los cónyuges, a sus ascendientes y descendientes, normas que permiten a los padres el cumplimiento de su deber de proteger y educar a sus hijos.

La familia, constituida fuera de la institución del matrimonio, es una realidad cada vez más común en nuestros días, que aunque no cuenta con una regulación jurídica tan particular como lo es la institución del matrimonio, nuestro orden jurídico si la contempla mediante la figura del concubinato, cuyo objeto también es el de proteger a los sujetos parte de esa relación así como a los miembros integrantes de ese grupo familiar.

Sea cual fuere el origen de la familia, matrimonial o extramatrimonial, esta será siempre encaminada a la educación y formación personal de cada uno de sus integrantes, para que con esto sean miembros que participen y promuevan el

desarrollo de la sociedad de la cual son parte, siendo este el fin primordial de la propia familia.

Lo anterior se consigue si la familia se encuentra firme y sólidamente constituida; de lo contrario se presentará distanciamiento entre sus miembros con lo consecuente desintegración familiar sin que se dé el desarrollo normal de sus integrantes y posteriormente de la sociedad a la que pertenecen.

En la actualidad, por lo esporádico de las relaciones familiares y el debilitamiento de los lazos de unión de sus miembros, se ha ido deteriorando la familia hasta llegar al grado de desintegrarse por completo en muchos casos.

Existe una relación directa entre las causas generadoras de la desintegración familiar y la sustracción de menores, mismas que en forma breve se enunciarán para ayudar a comprender la problemática de la sustracción de menores, además de ser causas determinantes de ésta.

A continuación se mencionan algunas de las más frecuentes causas de desintegración familiar y su consecuencia que es la sustracción de los menores.

- La unión de parejas a temprana edad;
- La migración;
- El aumento en el número de divorcios;
- Participación de varios integrantes de la familia en la fuerza productiva;
- Los avances en el transporte y la comunicación internacional.

En la actualidad la familia se encuentra afectada por diferentes factores, o como algunos autores lo catalogan "males", como son la incomprensión que presentan los integrantes por sus diferencias generacionales, el incremento en el número de divorcios, la infidelidad conyugal y las uniones irregulares.

Dichos males son originados por diferentes causas como son: la falta de preparación de los padres para la vida familiar, una constante pérdida del sentido de responsabilidad, una educación deficiente aunado a esto hay un desinterés por conocer más la vida de los miembros y por la educación familiar.

A continuación analizaremos las causas señaladas como más comunes de desintegración familiar y su relación con la sustracción internacional de menores.

LA UNIÓN DE PAREJAS A TEMPRANA EDAD.- Hoy en día es muy común ver parejas, menores de edad, o que siendo mayores de edad, intentan crear una familia, ya sea mediante la institución del matrimonio o por la obligación moral que impone la sociedad como consecuencia de un embarazo no deseado.

Resulta difícil que una pareja de adolescentes pueda llegar a constituir una familia estable y que sea capaz de lograr un desarrollo de sus integrantes y la realización de los fines propios de la familia. Esto constituye una de las causas de desintegración familiar.

A pesar de que nuestra legislación civil contempla edades por las cuales los menores pueden contraer matrimonio, en este caso 14 años en la mujer y 16 en el hombre, previo consentimiento que otorguen los que ejercen sobre ellos la patria potestad y en caso de existir negativa de éstos, lo hará la autoridad judicial, aun así, se trata de una edad en la que se considera que los cónyuges son aptos para procrear, lo que falta determinar es si son aptos de crear y mantener a una familia.

Se debe de considerar que dichos cónyuges no cuentan con la suficiente madurez, responsabilidad y preparación para afrontar la responsabilidad de traer al mundo hijos, ni de garantizar su bienestar y el de su familia; esto, en todos los aspectos, desorganiza a la familia hasta desintegrarla.

LA MIGRACIÓN.- Desde el origen de la humanidad el hombre se ha caracterizado por ser un ente nómada, migrando de un lugar a otro para lograr satisfacer sus necesidades y obtener mejores condiciones de vida, acorde a las características naturales predominantes en dichos lugares.

Dicha migración ha evolucionado a través de los años en forma por demás notoria hasta llegar a lo que en la actualidad se presenta; debido a la situación económica el hombre se ve necesitado de migrar a lugares en los cuales sus expectativas de vida se puedan ver mejoradas. Así nuestro país presenta un gran número de indocumentados nacionales que se dirigen a nuestro vecino país del norte, los Estados Unidos de América, los cuales se dirigen con la intención de ver solucionados sus problemas económicos y aliviar las condiciones de vida de sus familias.

Esta migración de trabajadores mexicanos a los Estados Unidos, principalmente tuvo su origen en el requerimiento de mano de obra económica por parte de los dueños de negocios, agricultores y maquileros norteamericanos. Dichos empleadores no consideran a esos trabajadores como personas, como seres humanos, siendo tratados como instrumentos de producción, como mercancía.

Los migrantes se internan en el vecino país, con la creencia de que van a solucionar sus problemas económicos y los de su familia y de que existen en esos lugares mejores condiciones de trabajo. Los migrantes viajan por lo general sin la compañía de su familia la cual se queda en espera del dinero que les será enviado para poder subsistir, comenzando con esto un distanciamiento entre los miembros de la familia.

El trabajador mexicano migrante en los Estados Unidos sufre situaciones difíciles debido a la ilegalidad en que se encuentra, por no encontrarse arraigado. Es la falta de relación con su familia, lo que ocasiona problemas de salud mental en diferentes grados.

En el mejor de los casos el trabajador migrante comienza de esta forma una nueva vida en su nuevo lugar de trabajo, con nuevo lugar de residencia e incluso logra establecer un domicilio en un país distinto a aquel en que se encuentra su familia, rompiendo con los lazos de afecto que lo unían con ésta, dándose como consecuencia natural, del ser humano, la unión con otra persona y una nueva familia con personas de diferente nacionalidad.

En este caso la unificación familiar no es posible que se de en virtud de que el trabajador migrante no cuenta con la documentación necesaria para salir del país; además de que los recursos económicos no son suficientes para que su familia acuda a visitarlo, perdiéndose en consecuencia todo contacto familiar. Se da así la separación definitiva del matrimonio, presentándose con posterioridad el traslado de los hijos a otro país, ya sea por parte del padre o de la madre, sin el consentimiento del otro progenitor.

EL AUMENTO EN EL NÚMERO DE DIVORCIOS.- Como consecuencia de la separación de los cónyuges y del distanciamiento de las parejas, estas optan en dar por terminada la relación que los une, para con esto tratar de evitar mayores problemas.

El divorcio es uno de los instrumentos más empleados para terminar con parejas que se unieron en matrimonio a temprana edad, sin la debida madurez o educación, o incluso sin comunicación y conocimiento previo y suficiente de ambos, también por ser un matrimonio obligado en razón de un embarazo previo y de la falta de responsabilidad inherente al cuidado y atención de los niños.

Si bien nuestro Código Civil contempla las causales por las cuales se puede pedir un divorcio, el juez al resolver la disolución del vínculo matrimonial declara como cónyuge culpable al que originó dicha situación, situación que termina por empeorar la ya tan deteriorada relación de los cónyuges, resultando los hijos de ésta ser los más afectados por la situación.

Sin embargo el divorcio por mutuo consentimiento trata de evitar mayores daños de los ya producidos entre la pareja, a pesar de esta situación los menores se siguen viendo afectados pero en menor medida por la situación reinante y como última consecuencia esta la desintegración familiar, dándose el incumplimiento de los fines que persigue la familia, y convirtiendo a los menores en punto de disputa y desavenencias.

Es necesario comentar que el divorcio de los cónyuges no es lo que ocasiona los problemas con el cuidado de sus hijos, sino la disputa que ellos crean para intentar, a como de lugar, de conseguir la guarda y custodia de los menores, pero no por que se encuentren preocupados por el bienestar de éstos sino por demostrar, como sucede en gran parte de los casos, al otro consorte que tiene más recursos y de alguna forma vengarse de él.

Aun cuando nuestra legislación local y ahora la internacional tienden a garantizar de la mejor manera el bienestar de los menores, así como su educación y formación, resultan ser los propios padres los que intentan impedir o limitar el acceso del otro cónyuge a la relación con los menores.

En ambos casos de divorcio, tanto el necesario como por mutuo consentimiento, el Código Civil, en diversos preceptos, prevé una protección específica respecto de los menores cuyos padres se encuentren en proceso de divorcio, garantizando en todo momento el bienestar de los hijos. Un ejemplo de esto lo encontramos en el artículo 282 en su fracción VI que establece que al admitirse la demanda de divorcio se dictara la medida provisional de poner a los hijos al cuidado de una persona que designen de común acuerdo o en su defecto la señalara el juez.

Al momento de dictar sentencia, del divorcio solicitado, el juez contará con las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones

inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos.²⁵

El juez al momento de resolver el divorcio solicitado cuenta con facultades mucho muy extensas, en particular sobre el cuidado de los menores, sin embargo dichas facultades, por lo extensas que son, puede dar lugar a una decisión desfavorable a los hijos, esto por ser un juicio de divorcio, en el cual las partes tratan de acreditar sus pretensiones más su interés no es el conseguir se le prive de la patria potestad a su contraparte, lo cual podría ser resuelto en otro juicio en el que se decidiría única y exclusivamente dicha situación.

Si bien existen causales de divorcio que se pueden considerar graves para el normal desarrollo de los niños, también se dan causales de menor gravedad, que por su naturaleza no se considera necesario que el juez deba de resolver bajo el criterio de condenar a la pérdida o suspensión de la patria potestad para alguno de los cónyuges, esto en razón de tratarse de un litigio en el cual se intenta acreditar los extremos de las pretensiones de las partes y no el de demostrar las causas de pérdida de ese derecho atribuido por naturaleza a los padres.

PARTICIPACIÓN DE VARIOS INTEGRANTES DE LA FAMILIA EN LA FUERZA PRODUCTIVA.- Las crisis económicas por las que ha atravesado nuestro país han ocasionado, además de la migración mencionada, que no sólo el hombre sea el que se dedique a actividades productivas, sino también la mujer e incluso los hijos, han tenido que colaborar desempeñando algún tipo de trabajo para poder satisfacer las necesidades de la familia.

La igualdad legal entre hombres y mujeres, abrió el campo de desarrollo para estos en similitud de oportunidades de desarrollo y de trabajo; de igual forma y como lo contempla la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4, que establece la igualdad entre el varón y la mujer ante la ley, será el pilar

²⁵Código Civil para el Distrito Federal, Artículo 283.

fundamental para el desarrollo personal y profesional de todos los individuos independientemente de su sexo, logrando que se dé una mejoría en el desarrollo y participación de la mujer en la fuerza de trabajo.

La importante participación de la mujer en el mercado de trabajo ocasionó un cambio en los antiguos roles de actividad en el hogar, como eran; la atención y cuidado de la casa y la educación de los hijos. La mujer ahora es un miembro de la familia que aporta ingresos al presupuesto familiar. Por su parte el hombre actualmente ya no sólo es el sustento de carácter económico de la familia sino que ahora colabora con las tareas inherentes del hogar.

Estas nuevas circunstancias reinantes en los hogares contemporáneos, deben de realizarse, en forma armónica, por todos los miembros de la familia, contando siempre con mucha comunicación y comprensión, e intentando satisfacer los gustos y necesidades de los integrantes, ya que en caso contrario se pueden presentar desavenencias y disgustos familiares. Si no se logra un equilibrio ante estas nuevas circunstancias la familia tenderá a su rompimiento y consecuente desintegración.

LOS AVANCES EN EL TRANSPORTE Y LA COMUNICACIÓN INTERNACIONAL.- Las facilidades estructurales alcanzadas en el transporte y comunicación, permiten que las personas puedan transportarse a diferentes Estados, así como a diferentes países, con una gran facilidad. De esta forma la sustracción o retención ilícita de los menores es muy ágil, transportándolos de un Estado a otro o incluso de un país a otro con gran rapidez.

Debido al avance en las vías de comunicación y transporte, un cónyuge puede sustraer ilícitamente a su hijo o hijos menores de edad del domicilio familiar, anteriormente sólo podía ser trasladado en forma rápida dentro de la República, esto era un problema interno que se resolvía aplicando nuestra legislación y mediante las formas que ella misma establece.

Los adelantos que se han alcanzado en materia de comunicaciones y transporte, permiten que los individuos se desplacen en forma cada vez más fácil de un país a otro pudiendo llevar consigo a los hijos, aunado esto a la migración de nuestros connacionales, específicamente a los Estados Unidos de América, hacen que el problema lleve sus consecuencias al ámbito internacional.

Con esta problemática se generan severas dificultades desde el punto de vista jurídico, esto en virtud de que los menores sustraídos se encuentran sujetos a la jurisdicción protectora de los tribunales familiares de nuestro país y a la jurisdicción que dan los tribunales del país en que es internado.

El hecho de que en el seno familiar se presenten problemas entre sus integrantes y sobre todo entre los progenitores, es una situación normal en cualquier familia, sin embargo, no es aceptable que los padres en el afán de demostrar quien es el mejor, tomen a los menores como instrumentos de venganza en contra del otro progenitor.

Al momento en que la familia comienza a presentar problemas internos, sea cual fuera la causa que los origina, tiende a su desintegración y con esto la división de los frentes, en los cuales los padres juegan el papel más importante, pero también el más perjudicial para los fines de la familia, ya que no permiten que se de un desarrollo personal de sus miembros, cuando hay una constante pugna entre ellos.

Se podrían analizar muchas de las causas que dan origen a la desintegración familiar, sin embargo el aspecto que nos importa son las consecuencias que estas situaciones dejan en los menores, sobre todo en el aspecto emocional y psicológico, razón por la cual cabe destacar la importancia de la Convención en estudio, así mientras más se tarde en producirse la restitución del menor mayores serán los daños producidos en él.

De esta forma la finalidad de la Convención se encuentra dirigida a procurar una protección a los menores, estableciendo que la restitución sea efectuada en forma pronta, para que con esto se causen los menores daños posibles, sin entrar a decidir situaciones como la de si se cuenta con el efectivo derecho de custodia o de patria potestad.

3.2 BREVE REFERENCIA HISTÓRICA DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA.

La Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, fue firmada como resultado de la reunión de la Cuarta Conferencia de Derecho Internacional Privado, celebrada en Montevideo Uruguay del 9 al 15 de julio de 1989.

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, (OEA), resolvió en el año de 1983, encomendar al Instituto Interamericano del Niño, que llevara a cabo estudios y trabajos relacionados con el tema de Restitución Internacional de Menores, convocando a una reunión de expertos para proceder a examinar la problemática, acorde a las necesidades manifiestas presentadas por los diferentes Estados de la región.

La participación que tuvo México fue a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores, la que formó un grupo de trabajo dedicado a analizar los anteproyectos relacionados con el tema; dicho grupo de trabajo encomendó al licenciado José Luis Siqueiros la preparación de una ponencia en relación con el tema, tomando en consideración la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

De esta forma, "El resultado final de este esfuerzo se plasmó en el Proyecto de Delegación Mexicana para la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores."²⁶

Dentro de dicha Conferencia los Delegados integrantes de la primera Comisión de trabajo se esforzaron por que el texto de la Convención armonizara con los conceptos vertidos en la Convención de la Haya, tomando en consideración la ideología y características propias de los Estados de nuestra región.

El Dr. Víctor Carlos García Moreno nos menciona que la Delegación mexicana participó en forma muy ardua, al ser la Convención Interamericana un proyecto presentado por nuestro país, el cual es la base de la misma; " Puede afirmarse que la delegación mexicana tuvo una participación muy intensa tanto en la Reunión de Expertos de Costa Rica, como en la misma CIDIP IV, de Montevideo, por lo que el resultado final, la Convención interamericana, tiene un gran ingrediente de las tesis, sugerencias y propuestas aportadas por México."²⁷

La pretensión de la Convención es la de obtener una eficaz recuperación judicial de los menores trasladados en forma ilícita o retenidos en forma ilegal en un Estado, eliminado toda connotación de carácter penal, como lo es el secuestro, en atención a las características propias que presenta nuestra región.

²⁶ Siqueiros, José Luis y García Moreno, Víctor Carlos, "Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores", Revista de Derecho Privado, UNAM-I. I. J., Año 2, Num. 5, Mayo-Agosto 1991, México, p. 389.

²⁷ García Moreno, Víctor Carlos, "Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores", Derechos de la niñez, UNAM-I. I. J., México 1990, p. 258.

3.3 ÁMBITO DE APLICACIÓN.

3.3.1 Objetivos de la Convención.

Los principales objetivos que persigue la Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores son los siguientes:

- a) 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
- b) Que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente;
- c) Hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

El principal objetivo que persigue la Convención, es el dar una respuesta a la problemática de la sustracción internacional de menores, que interrumpe la tenencia, guarda o custodia, que sobre el menor ejercían sus padres, ascendientes, tutores o guardadores o cualquier institución; en razón también de la manifiesta necesidad que presentan los Estados de la región.

La forma en que se logrará ese fin será el asegurar la pronta restitución de los menores, que teniendo su residencia habitual dentro de alguno de los Estados parte, haya sido trasladado en forma ilegal a otro Estado o habiendo sido trasladado legalmente se presentare una retención ilegal en el mismo.

Es también objetivo de la misma el hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

La Convención establece en su artículo segundo, para efectos de la misma, a los sujetos que considera como menores y son todas las personas que no hayan cumplido dieciséis años de edad, además se establecen también los conceptos de custodia o guarda y el derecho de visita y los elementos que los integran.

3.3.2 Contenido y Estructura.

La Convención fue adoptada en la ciudad de Montevideo, Uruguay el 15 de julio de 1989, en el seno del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, (OEA).

El proyecto de esta Convención Interamericana fue preparado por la Delegación Mexicana en comparación y coincidencia con la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, suscrita en la Haya, el 25 de octubre de 1980, tomando en consideración las necesidades y problemática de los países integrantes de la OEA.

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de julio de 1994, la Cámara de Senadores aprobó, el 24 de junio de 1994, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, se encuentra integrada por 38 artículos, cuya principal finalidad es el regular los aspectos de carácter civil sobre la restitución de menores sustraídos de algún Estado parte o retenidos en forma ilícita en otro Estado; sin prejuzgar sobre los derechos como la patria potestad, guarda o custodia.

De esta forma los 38 artículos de la Convención se encuentran integrados por los siguientes rubros:

1. Ámbito de aplicación;

2. Autoridad Central;
3. Procedimiento para la restitución;
4. Localización de menores;
5. Derecho de visita;
6. Disposiciones generales; y
7. Disposiciones finales.

3.3.2.1 Ámbito de Aplicación.

En este rubro se contemplan los aspectos generales como son: el objetivo perseguido por la Convención así como algunos conceptos que son base para la misma tales como menor, guarda y custodia, sustracción y retención de menores; aquí se establecen en forma genérica quienes son los sujetos con derecho a iniciar el procedimiento de restitución.

Según lo establecido en su artículo primero, la Convención establece cual es su ámbito de aplicación que a saber es: a) asegurar la pronta restitución de menores que tengan su residencia habitual en uno de los Estados parte y que haya sido trasladado ilegalmente a otro Estado parte; b) asegurar dicha restitución cuando los menores que habiendo sido trasladados en forma legal hubieren sido retenidos en forma ilícita; c) hacer respetar el ejercicio de derechos como el de visita, guarda y custodia por parte de sus titulares.

La Convención establece la edad de 16 años como límite para efectos de aplicación de la misma, sin que por esto venga a alterar el límite que cada Estado tanga adoptado en su legislación, dicho límite de edad es en razón de agilizar la restitución y al respecto el Doctor Víctor Carlos García Moreno señala: "Ciertos países pretendían que la minoridad se debería haber dejado a la ley de la residencia habitual del menor, posición que no fue aceptada en virtud de las enormes dificultades que ello

entrañaba y, por consiguiente, los obstáculos que interponía para garantizar una rápida y eficiente aplicación de la Convención.”²⁸

Según lo preceptuado por el artículo cuarto de la Convención se considera ilegal un traslado e ilegal una retención, cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, ya sea en forma individual o conjuntamente los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, antes de ocurridos los hechos, acorde a la ley en que el menor tenía su residencia habitual.

De esta forma la misma Convención nos establece cuales son esos derechos que podrían ser violados con esa situación anómala, siendo los de custodia o guarda y el derecho de visita. Respecto del primero, establece que se comprende por el derecho relativo al cuidado del menor, en especial al decidir su lugar de residencia; por su parte se establece lo que contempla el derecho de visita, siendo esto la facultad de llevar al menor por un periodo limitado a un lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual. (Artículo 3)

Si dichos derechos son violados por cualquier persona, serán los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, que en ejercicio de esos derechos, u otros de similar naturaleza, los que se encuentran facultados para solicitar, ante las autoridades competentes, la restitución de los menores que hayan sido trasladados o retenidos en forma ilícita; tal y como se analizará posteriormente en el presente trabajo.

Cabe hacer referencia a un punto que será tratado más adelante, pero que se encuentra contenido en este rubro y es el relativo a que la Convención establece cuales serán las autoridades competentes para conocer de las solicitudes de

²⁸ García Moreno, Víctor Carlos, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, Derechos de la niñez, UNAM-I. I. J., México 1990, p. 259

restitución de los menores, siendo las autoridades judiciales o administrativas que cada Estado designe para esos efectos.

En este sentido será opcional para el solicitante acudir ante autoridades radicadas en diferentes países, de esta forma podrá acudir ante la propia autoridad en donde el menor tenía su residencia habitual o acudir ante la autoridad en que se suponga se encuentre el menor, pudiendo acudir también ante la autoridad ubicada en el lugar en que se hayan producido los hechos ilícitos que den motivo a la solicitud, estas dos últimas competencias dadas por la Convención son en razón de la urgencia que represente el caso.

3.3.2.2 Autoridad Central.

Por lo que respecta al contenido de este rubro se trata de disposiciones a cargo de los Estados, en el sentido de encontrarse obligados a designar una autoridad que funja como Central, misma que será la encargada de cumplir con las atribuciones establecidas en la Convención.

Su función se puede sintetizar en brindar apoyo a los solicitantes en la gestión, que deba realizarse ante las autoridades competentes, como la solicitud de restitución, así como a las propias Autoridades Centrales, de los Estados parte, para conseguir una pronta localización y restitución de los menores motivo de los hechos ilícitos; cooperando para la obtención de toda la documentación que sea necesaria para llevar a cabo dicho procedimiento.

Será también tarea de éstas autoridades el cooperar entre sí y con las propias autoridades competentes para asegurar la pronta restitución de los menores y cumplir con todas las obligaciones y objetivos contenidos en la Convención.

3.3.2.3 Procedimiento para la restitución.

Este rubro se encuentra contemplado de los artículos 8 al 17, en los que se reglamenta el procedimiento a seguir para la restitución de un menor o menores que hayan sido trasladados o retenidos con violación a los derechos antes mencionados.

Se fija la forma en que se podrá solicitar la restitución, por parte de los titulares de los derechos que hayan sido violados, que será mediante exhorto o carta rogatoria, mediante solicitud ante la autoridad central o por la vía diplomática o consular en forma directa.

El contenido de la solicitud de restitución tiene mucho parecido, en cuanto a estructura, con las demandas que en nuestro país se instauran para la resolución de conflictos. En este sentido la Convención marca la información que debe de contener dicha solicitud como lo es la identidad del solicitante, del menor objeto de los hechos ilícitos, los antecedentes de los hechos relativos al traslado o retención, de ser posible los datos de la identidad de la persona a quien se le impute el traslado, la información relativa a la presunta ubicación del menor y los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución.

Como documentos que se deben anexar a la solicitud se encuentra: la resolución por la que se comprueba la existencia de derecho o derechos, documento que legitime la personalidad del actor, certificación del derecho vigente en la materia en el Estado solicitante, de ser necesario la traducción al idioma del Estado requerido y señalar las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.

En este rubro se establece la obligación a cargo de la autoridad requerida para procurar en todo momento la restitución voluntaria del menor, tomando las medidas que se estimen necesarias, para lograr dicho fin. En caso contrario se deberán de adoptar aquellos medios tendientes a asegurar su guarda o custodia, impidiendo la

salida del menor del territorio de la jurisdicción de las autoridades competentes que se encuentren conociendo del caso.

No existe obligación, por parte de la autoridad requerida, de ordenar la restitución, si los titulares de la solicitud no ejercían efectivamente sus derechos al momento del traslado o hubieren consentido dicha situación; también se podrá negar, si se demuestra que la restitución expone al menor a un peligro psíquico o físico; lo anterior si la persona o institución que se opone a la restitución logran demostrar esos aspectos. Otro aspecto por el cual la autoridad podrá negar la restitución, consiste en que si el menor, tomando en consideración su edad y madurez, se opone a la misma.

Un aspecto importante contenido en esta parte de la Convención, es el referente a los plazos que se tienen para iniciar los procedimientos previstos en la misma, el cual será de un año a partir de que se produjo el traslado o retención; para el caso de que se desconozca el paradero del menor éste plazo comenzará a correr a partir de que sea localizado. Sin embargo dichos plazos no limitan a las autoridades para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

Si la resolución por la que se dispone la entrega del menor no es atendida dentro del plazo de cuarenta y cinco días, y no se tomen las medidas necesarias para el traslado, las medidas provisionales adoptadas para cuidar del menor quedan sin efecto.

3.3.2.4 Localización de menores.

Bajo este título se contemplan algunas de las medidas necesarias para agilizar la restitución de los menores, como es la de localizar, por parte de las autoridades competentes, a los menores que teniendo su residencia habitual en el Estado solicitante, se presupone se encuentran en forma ilegal en territorio del otro Estado, para lo cual se deberá de acompañar toda la información tendiente a localizar al

menor; así como de la identidad de la persona con quien se supone se encuentra el menor.

En este caso deberán de tomarse medidas tendientes a cuidar la salud y evitar el ocultamiento del menor, medidas que dejarán de tener sus efectos en el caso de que no se presente la solicitud formal de restitución dentro del plazo de sesenta días, plazo que comenzará a correr una vez efectuada la comunicación de que se localizó al menor.

3.3.2.5 Derecho de visita

El procedimiento conducente a hacer respetar el derecho de visita, contemplado en la Convención, por parte de los titulares del mismo, se sujetará a las mismas reglas previstas para el caso de la restitución del menor. Solicitud que podrá ser dirigida a cualquiera de los Estados parte conforme a las reglas de competencia descritas en el artículo sexto de la Convención.

3.3.2.6 Disposiciones Generales.

Las solicitudes y exhortos de restitución y las relativas a la localización de menores, podrán ser transmitidas al Estado requerido por las propias partes interesadas, por las autoridades competentes o por intermedio de los agentes diplomáticos o consulares. Se estipula que los exhortos o solicitudes contempladas en la Convención serán gratuitas y exentas de cualquier clase de impuesto o erogación cualquiera que sea su denominación.

Los gastos y honorarios que por designación de apoderado hubieren hecho los interesados, correrán a su cargo; siendo que los gastos y costas inherentes a la restitución o los realizados en la localización, podrán ser pagados por la persona que

traslado o retuvo ilegalmente al menor, previa determinación hecha por la autoridad competente atendiendo las circunstancias del caso.

Si con la retención o traslado del menor se constituye un delito, la Convención establece que no será un obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del mismo.

Le corresponde al Instituto Interamericano del Niño, como Organismo especializado de la Organización de Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de la Convención, así como recibir y evaluar la información proporcionada por los Estados parte en el ámbito de aplicación de la misma, cooperando con otros Organismos que sean competentes en la misma materia.

3.3.2.7 Disposiciones finales.

Bajo este rubro se contemplan disposiciones finales comunes en las Convenciones como son la apertura a firma por parte de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, los cuales se sujetan a ratificarla debiendo de depositar el instrumento respectivo ante la Secretaría General de dicha Organización.

La reserva que puedan formular los Estados al ratificarla o adherirse a ella, se encuentra condicionada a que la reserva se refiera a disposiciones específicas y que no sean incompatibles con el objeto o fines de la misma Convención.

En el artículo 34 de la Convención se establece la supremacía de la misma sobre la Convención de la Haya, en el sentido de que los Estados Miembros de la OEA que fueran parte en esta Convención y en la de la Haya registrará la presente Convención; sin embargo, los Estados parte podrán convenir entre ellos en forma bilateral la aplicación prioritaria de la Convención de la Haya de 1980.

La Convención entrará en vigor al trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación, entrando en vigor para los Estados que se adhieran con posterioridad al depósito del segundo instrumento de ratificación al trigésimo día en que deposite el instrumento de ratificación o adhesión.

La Convención tendrá una vigencia indefinida, pudiendo denunciarla cualquiera de los Estados parte, cuyo instrumento de denuncia será depositado ante la Secretaría General de la OEA. Transcurrido un año a partir de la fecha de depósito de la denuncia la Convención cesará sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados parte.

3.3.3 Autoridades Competentes.

En el artículo sexto de la Convención se establece una competencia alternativa, entre autoridades judiciales o administrativas, para recibir o conocer la solicitud de restitución de menores retenidos o trasladados en forma ilícita, siendo dicha competencia a opción del actor y acorde a las circunstancias del caso.

De esta forma se establece que el actor puede solicitar la restitución del menor, que haya sido trasladado o retenido en forma ilícita, ante la autoridad judicial o administrativa del Estado parte donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de producido su traslado o retención.

Será opcional para el solicitante, presentar la solicitud de restitución y en casos de que existan razones de urgencia, ante las propias autoridades del Estado parte en cuyo territorio se encuentre o se presuma se encuentra el menor trasladado o retenido ilegalmente al momento mismo de instaurarse la solicitud. Por ejemplo se pudiera presentar el caso de que el actor se encuentre en el momento de producirse el hecho ilícito en el país en que se localiza el menor, lo que origina que se pueda presentar, en ese momento, la solicitud de restitución ante la autoridad judicial o administrativa de este Estado parte.

Una competencia que se puede considerar de carácter más amplio para los Estados parte, es en el sentido de que a opción del actor, éste podrá acudir y solicitar la restitución del menor ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar en que se produjo el propio hecho ilícito, esto independientemente del lugar en que el menor tenía su residencia habitual o la de los titulares de los derechos de custodia o guarda, u otro similar. El actor podrá presentar la solicitud de restitución ante las propias autoridades del lugar en que se hayan producidos los hechos ilícitos.

Estas dos últimas opciones dadas al actor para instaurar el procedimiento de restitución, establecen la competencia de las autoridades, con carácter alternativo o de urgencia, debido a las propias características que pueda presentar la sustracción o retención ilícita. Sin embargo estas competencias no vienen a modificar las normas establecidas para la competencia internacional, en el primer párrafo del artículo en comento.

Tratándose de las autoridades judiciales en México, serán los jueces de cada Estado los competentes para conocer de la solicitud de restitución, esto acorde a lo establecido por el artículo 133 de nuestra Constitución Política, el cual nos establece que los jueces de cada Estado se arreglarán a la Constitución, Leyes y Tratados, estos últimos que hayan sido aprobados por el Senado, como es el caso de la Convención que nos ocupa.

Para establecer la competencia de las autoridades administrativas, podrán ser aquellas que el Estado parte les dé carácter de autoridad central. En el caso de México la autoridad competente o incluso la autoridad central podría ser la Secretaría de Relaciones Exteriores, o podría serlo el Sistema Para el Desarrollo Integral de la Familia, conocido por sus siglas como D.I.F., por ser este organismo el encargado de promover la asistencia social en nuestro país; entendida ésta como la capacidad para tomar todas las acciones tendientes al desarrollo y protección de los individuos.

3.3.4 Comentarios.

La sustracción y retención de los menores por parte de sus ascendientes o de quienes tienen el legal ejercicio de los derechos; tales como la patria potestad, guarda o custodia, no es algo nuevo, se trata de una realidad contemporánea, sin embargo al paso del tiempo y con los adelantos tecnológicos ha pasado de ser de un ámbito local hasta tomar el nivel de problema internacional.

Si bien las desavenencias conyugales son parte de la problemática de la sustracción y retención ilícita, no son todo el problema, este se presenta con mayor fuerza cuando los padres en su deseo de demostrar quien es el que puede más en la relación, toman a los niños como arma u objeto para hacer daño a quien se ha convertido en su contraparte por causas, generalmente ajenas a ellos.

Si bien la institución del matrimonio intenta dar una estabilidad psicológica, afectiva y emocional a sus miembros; para con esto conseguir los fines que persigue la familia, estos no se conseguirán cuando en el seno de la misma se presentan diferencias de cualquier índole que vienen a deteriorar las relaciones entre sus integrantes hasta lograr su disolución definitiva, que es el divorcio.

Sin embargo, el problema principal no se presenta con el divorcio del matrimonio, sino con la resolución del juez al privar a uno de los progenitores de toda intervención en la vida futura de los hijos, situación que sucede cuando el ejercicio único de la patria potestad es otorgada al otro progenitor, que en el mejor de los casos si es atendido por aquel a quien se le otorgó; pero es una realidad que los menores terminan desarrollándose o con los abuelos o en una institución de guarda, sin que en realidad se tenga contacto directo con dicho progenitor y mucho menos con el otro que fuera condenado a la pérdida de ese derecho.

Al ser los menores el punto de disputa entre las parejas y ser tomados como instrumentos de venganza, los padres en ese afán sustraen a los menores

trasladándolos de su lugar de residencia a un país diferente; dándose una violación a los derechos que la otra pareja ejercía legalmente, integrándose con esto los elementos necesarios para poder solicitar la restitución de los menores objetos de estos hechos, con base en la Convención Interamericana.

Es de destacar la actividad realizada por nuestro país para la elaboración de la Convención Interamericana, dado que en gran parte del texto propuesto por México fue aprobado, con pequeñas correcciones de estilo.

Resulta ser un instrumento importante para la protección de los menores en su desarrollo físico y emocional, dado que la inestabilidad que presentan los niños al ser sustraídos no permite que se desarrollen en un ambiente de tranquilidad, cuidado y atenciones que le son necesarias.

Se trata de una Convención muy completa en cuanto a que tiene bien definido cuales son los objetivos que persigue, al estar todas sus normas dirigidas a un fin específico que es la restitución de manera pronta de los menores objeto de traslado o retenciones ilícitas. En este sentido abarca un aspecto particular e importante como lo es la retención ilícita, producida con posterioridad a un traslado de carácter legal; es decir se puede presentar que el padre de su autorización para que el otro lleve al menor a otro Estado, sin embargo este lo retiene produciéndose otro aspecto contemplado por la Convención.

Es necesario resaltar las normas encaminadas a proteger a los menores objeto del ilícito como son la toma de medidas tendientes a asegurar una custodia o guarda provisional, hasta en tanto sea resuelta la restitución del menor; destacan también las medidas de salud que tomará la autoridad requerida al momento de haber localizado al menor trasladado a su territorio; así como también las tendientes a evitar se de un ocultamiento o traslado de una jurisdicción a otra dentro de ese mismo Estado.

En todos los aspectos de la Convención se da una importante protección a los menores, pero su fin primordial requiere de una pronta y eficaz actuación por parte de los Estados contratantes, en razón de lo cual se establecen plazos para hacerla más efectiva y con esto el menor se vea lo menos afectado posible; un ejemplo importante lo será el que se cuenta con un año para instalar el procedimiento de restitución a partir del traslado o retención ilegal.

Sin embargo dicho término puede quedar sin efecto si se demostrare que el menor ya se ha adaptado al nuevo entorno, lo que nos lleva a corroborar que siempre se estará a lo que sea considerado más conveniente para el menor; de igual forma y si la madurez del menor es suficiente, para tomar su opinión, se podrá determinar rechazar la solicitud de restitución en caso de que éste se oponga a la misma.

La solicitud o demanda de restitución presenta los problemas normales de todo procedimiento conflictivo, como lo es el integrar la documentación necesaria encaminada a hacer posible los fines de la Convención; sin embargo dichos problemas se ven más complejos para el caso de que el solicitante presente su solicitud en calidad de urgente ante la autoridad diferente al lugar de residencia del menor, dado que se puede dar el caso de no contar con dicha documentación y en consecuencia no se podrá instaurar formalmente el procedimiento de restitución.

La Convención es un instrumento importante para nuestro país dado que cada vez es más común encontrar este tipo de circunstancias y problemas en el mismo, con esto el Gobierno Mexicano demuestra su interés por brindarle a su pueblo, así como a los demás países, una solución a tan grave conflicto.

CAPÍTULO CUARTO

PROCEDIMIENTO MEXICANO PARA LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

Una vez que se ha producido la sustracción del menor o menores en perjuicio y con violación a los derechos de custodia, patria potestad u otro de carácter similar que venían ejerciendo sus titulares; corresponde ahora establecer los mecanismos que se emplearan para lograr la restitución inmediata de esos menores, con base en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, siendo necesario fijar los requisitos y formas que la misma establece para conseguir dicho fin.

La Convención Interamericana es un instrumento importante para la consecución de esos fines, además de hacer respetar el derecho de visita por sus titulares; con la intervención, propuesta y ratificación de la convención que nos ocupa, nuestro país demostró su interés para solucionar esos problemas.

La Convención constituye la Ley suprema de toda la Unión por estar adoptada conforme a lo marcado en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que nos establece:

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

De esta forma la Convención Interamericana se constituye como una Ley suprema de la Unión, por estar de acuerdo a nuestra Constitución y por haber sido celebrada por el presidente de la República con la debida aprobación del Senado de la República; estando los Estados obligados a tomar las medidas pertinentes para la aplicación de dicho tratado internacional.

El considerar a la Convención como Ley suprema de la Unión, no significa que se debe de tener preferencia alguna, entre las leyes del Congreso de la Unión, que estén de acuerdo con la Constitución y la Convención; es decir, el artículo 133 de nuestra Constitución Federal no señala que se debe de tener preferencia entre una y otra, dándose un rango de igualdad entre ambas; esto por así considerarlo nuestro máximo tribunal constitucional en la Tesis Jurisprudencial que señala:

"TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUIA. El artículo 133 de la Constitución no establece preferencia alguna entre las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, puesto que el apuntado dispositivo legal no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo"²⁹

Así, los tratados que sean celebrados por el Presidente de la República con la aprobación del Senado de la República, son Ley Suprema de la Unión, que deberá de ser aplicada por todos los jueces de los Estados sin hacer distinción alguna entre las

²⁹Amparo en revisión 256/81, -Ch. Boehringer Sohn.- 9 de julio de 1981. - Unanimidad de votos.- Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del primer circuito. - Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.- Secretario Guillermo Antonio Muñoz Jiménez.

ESTA TESIS DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

leyes del Congreso y los propios tratados internacionales, por ser ambos del mismo rango, constituyendo así derecho nacional.

La Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, sobre el derecho de los tratados en su artículo 2o. inciso a), establece lo que es un tratado en los siguientes términos: "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 cualesquiera que sea su denominación particular". En este sentido la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores es un tratado internacional, por tratarse de un acuerdo por virtud del cual se intenta dar solución a una problemática que presentan diferentes Estados integrantes de la Organización de Estados Americanos.

Con la ratificación y promulgación de la Convención materia del presente trabajo, el Gobierno de México demuestra un interés, en primer lugar, por solucionar la problemática de los traslados y retenciones ilícitos y en segundo lugar por brindar una mejor protección a los menores en sus derechos humanos.

Nuestro país demuestra la importancia que le confiere a este tipo de situaciones al celebrar en tratado, incorporándolo a su derecho interno. En este sentido tenemos: "En la comunidad Internacional, la celebración de un tratado es una de las prácticas más comunes para que dos o más sujetos de derecho internacional establezcan una relación mediante la cual adquieren derechos y obligaciones. La forma en que el estado incorpora a su derecho interno las normas establecidas en los tratados por él ratificados, refleja en buena medida la importancia que les confiere."³⁰

Como se verá más adelante nuestro país, se ha comprometido a dar solución a estos casos, mediante la toma de acuerdos, la creación de leyes y reformas que así lo contemplan, dándose con esto una incorporación a nuestro derecho interno; y un

³⁰ San Miguel Aguirre, Eduardo, *Derechos Humanos, legislación nacional y tratados internacionales*, 1ª edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, p.7, 1994.

beneficio mutuo entre los Estados contratantes.

Un primer punto que deben fijar los Estados, para el efectivo cumplimiento de la Convención, es el establecimiento de una autoridad que sea quien se encargue del cumplimiento de los fines que en la misma se contemplan, autoridad que podría haberse designado desde el momento mismo de hacer la publicación del decreto promulgatorio, sin embargo eso es materia de estudio del siguiente inciso en la presente investigación.

4.1 AUTORIDAD CENTRAL.

Para el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención, los Estados partes se obligan a designar una Autoridad Central. La designación que se haga deberá de ser comunicada a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, para que ésta a su vez sea la encargada de darla a conocer a los demás Estados parte.

Las obligaciones establecidas en la Convención a cargo de las Autoridades Centrales son:

- La especial, de tener una colaboración con los actores del procedimiento de restitución y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor o menores, según sea el caso;
- Realizar todos los arreglos tendientes a facilitar el rápido regreso y la recepción del menor o menores, según el caso concreto;
- Auxiliar a los interesados en la obtención de los documentos que son

necesarios para la tramitación del procedimiento previsto en la Convención;

- La autoridad central de cada Estado parte deberá de cooperar con las demás autoridades centrales de los otros Estados parte, procediendo al intercambio de la información relacionada con el funcionamiento de la Convención, a fin de garantizar la restitución inmediata del menor, así como de los demás objetivos de la misma.

Las obligaciones que tendrán que desempeñar las Autoridades Centrales de los Estados parte, se pueden sintetizar en el sentido de que serán las encargadas de la consecución de los fines y objetivos contenidos en la Convención, además el de dar toda la información relacionada con el funcionamiento de la misma y con las demás autoridades.

En el caso de México la Autoridad que podría fungir como Autoridad Central sería la Secretaría de Relaciones Exteriores a través de la Consultoría Jurídica de la misma Secretaría; lo anterior en razón de ser aquella Secretaría la encargada de conducir la política exterior de nuestro país, así como de intervenir en los tratados en que nuestro país sea parte. Esto con fundamento en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que nos señala:

“A la Secretaría de Relaciones Exteriores corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

- I. Promover, propiciar y asegurar la coordinación de acciones en el exterior de las dependencias y entidades de la administración pública federal; y sin afectar el ejercicio de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, conducir la política exterior, para lo cual intervendrá en toda clase de tratados, acuerdos y convenciones en los que el país sea parte.”

Por ser la Secretaría de Relaciones Exteriores la encargada de intervenir en

los tratados en que nuestro país sea parte, se debe de considerar a la misma como autoridad central para la aplicación de la Convención Interamericana, además de ser la encargada de realizar las acciones necesarias con el exterior.

Por otra parte, dentro de la organización de la propia Secretaría figura la Consultoría Jurídica, que actualmente es la oficina encargada de llevar a cabo los trámites para solicitar la restitución a aquel país en que se supone se encuentra el menor, realizar la restitución de los menores y demás obligaciones establecidas en la Convención Interamericana.

Al tener la Convención Interamericana la finalidad primordial de evitar que los menores que son objeto de traslados o retenciones ilícitas, sufran una daño físico o mental, al no encontrarse dentro del medio más adecuado para lograr su pleno desarrollo, constituye un elemento que da facultades al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, mejor conocido por sus siglas como D.I.F., para que sea dicho organismo el que intervenga en este tipo de circunstancias.

En este sentido el artículo 15 de la Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social, fija las funciones que deberá de realizar; así en su fracción IV señala: " Promover e impulsar el sano crecimiento físico, mental y social de la niñez"; de esta forma al encontrarse afectado el menor por la situación ilícita de que ha sido objeto, se verá afectado su normal desarrollo, actualizando, en consecuencia, la hipótesis establecida por dicha fracción así dicho Sistema (D.I.F.) se encontrará facultado para intervenir como autoridad central para procurar el sano crecimiento del menor.

El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, (D.I.F.), es un organismo público encargado de promover la asistencia social, entendida esta como "... el conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan al individuo su desarrollo integral, así como la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, desprotección o desventaja

física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva.”³¹

De esta forma el D.I.F. podrá fungir como autoridad central para México, por ser el organismo encargado de velar el desarrollo integral de los individuos, en específico de los menores, y como su nombre lo indica lograr un desarrollo integral de los miembros de una familia, lo que no podrá verificarse en el caso de que el menor se encuentre retenido o sustraído en forma ilegal.

A pesar de existir los fundamentos legales para que el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia colabore como autoridad central en la aplicación de la Convención Interamericana, dicho organismo no ha podido realizar esa importante función, argumentando que no cuenta con la infraestructura necesaria para el desarrollo de la misma.

Sin embargo no por ese hecho deja de ser empleada la Convención, ya que a través de la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores se asisten las solicitudes de restitución de los menores retenidos o sustraídos ilícitamente; siendo dicha Secretaría la que funge como autoridad central de nuestro país.

4.2 PERSONAS CON DERECHO A INICIAR EL PROCEDIMIENTO.

Una vez que se tiene designada a la Autoridad Central, corresponde ahora señalar, con fundamento en la Convención, así como en nuestra legislación local, quienes son las personas que se encuentran facultadas para realizar la solicitud de restitución y su procedimiento, al igual que la solicitud de hacer respetar el derecho de visita a que tiene derecho.

³¹ *Ley General de Salud*, Artículo 167.

La Convención establece en su artículo 5 cuáles son las personas o incluso instituciones facultadas para la instauración del procedimiento de restitución previsto en la misma, así como el de hacer respetar el derecho de visita que igualmente se contempla a favor de sus titulares.

De esta forma tenemos que podrán iniciar el procedimiento de restitución: los padres, tutores o guardadores o cualquier institución, cuyos derechos de custodia u otro similar se hayan visto violados con la retención o sustracción ilícita y que se ejercían inmediatamente antes de ocurridos los hechos.

Por lo que respecta a los derechos mencionados, lo serán el de guarda o custodia, o ambos, y el derecho de visita, derechos que deberán de acreditar su titularidad al momento de solicitar la restitución.

Los derechos de guarda y custodia, como se mencionó anteriormente, son entendidos de la siguiente forma: el de guarda se refiere al cuidado del menor para lograr su desarrollo, proporcionando los elementos suficientes para lograr dicho fin, mediante la tenencia física del sujeto; el derecho de custodia es concebido como el derecho relativo al cuidado del menor, consistente en aportar los elementos necesarios para su subsistencia, que comprenderá, también, la representación legal sobre éstos menores. Ambos derechos los tendrán los padres en su ejercicio de la patria potestad, por ser esta institución la que contempla dichos derechos, con la salvedad de que a alguno de sus titulares no se le haya condenado a la pérdida del ejercicio de este derecho o bien estuviera limitado.

Los derechos de guarda y custodia comprenden el cuidado, protección, vigilancia y dirección de los menores hijos, dotándoles de los medios indispensables y suficientes para que logren desarrollarse plenamente, aportando los elementos necesarios para su bienestar físico como alimentación, vivienda, recreativos y culturales; a los que se suman el brindarles una educación adecuada, elementos que se podrán conseguir con la tenencia física de los hijos o con la aportación que en

especie sea proporcionada, según sea el caso en particular.

Estas obligaciones que comprende la guarda y custodia recaen en ambos progenitores, cuando ambos ejercen en común la patria potestad; siendo ejercidos en conjunto cuando existe armonía conyugal y familiar, pero en caso de no ser así se dividirán dichos elementos de tal forma en que se trate de evitar un daño para los menores en situaciones de desavenencia conyugal y familiar, como se verá más adelante.

De esta forma, el titular de la patria potestad, siendo concebida ésta como el conjunto de facultades y obligaciones conferidas a los padres sobre sus hijos para lograr su desarrollo, le otorgará la facultad para poder iniciar el procedimiento de restitución, contemplado por la Convención Interamericana, para así cumplir con la finalidad primordial de dicha institución que es la protección de los menores y de su desarrollo.

En este sentido, el padre, que en ejercicio del derecho de la patria potestad, se viera violado como consecuencia de una sustracción o una retención ilícita, deberá de acreditar encontrarse en el pleno ejercicio de ese derecho, lo cual podrá hacer mediante la exhibición del acta de nacimiento del menor.

La excepción a dicha situación se presenta cuando alguno de los padres haya sido condenado a la pérdida en el ejercicio del derecho de patria potestad, o se viera limitado en el ejercicio de ese derecho, como consecuencia de un juicio de divorcio o de uno de pérdida de la patria potestad, problemas ante los cuales se resuelve a que progenitor le será encargado la guarda y custodia del menor o menores.

En el caso particular del divorcio de los padres, el cese de la vida familiar por parte de los cónyuges traerá como consecuencia un cambio en la vida de los integrantes de la familia.

Al resolver el juez, mediante la sentencia de divorcio, éste se encuentra obligado a resolver cuál será la situación de los hijos en lo sucesivo, contando con las más amplias facultades para determinar acerca de los derechos y obligaciones relacionadas con la patria potestad su pérdida, limitación o suspensión, con especial cuidado a definir la custodia de los hijos, siendo necesario contar con los elementos de juicio necesarios para ello.

De esta forma y atendiendo a las particularidades del caso, la situación de los padres y las pruebas aportadas durante el juicio de divorcio, el juez de la instrucción resolverá cuáles son los derechos y obligaciones, que en forma individual o conjuntamente, seguirán ejerciendo los ascendientes. Así el juez podrá dejar en ejercicio de la patria potestad a ambos padres; sin embargo la podrá limitar para el otro otorgando a uno de ellos la guarda, es decir la tenencia física y al otro le corresponderá la custodia.

La situación anterior es la que se presenta en los casos de divorcios necesarios. Se puede presentar que ambos cónyuges decidan dar por terminada su relación, ocurriendo al juez, solicitando se decrete el divorcio de ambos por mutuo consentimiento, a cuya solicitud se deberá de anexar, además de otros requisitos, un convenio mediante el cual se establezca la persona a quien serán confiados los hijos del matrimonio durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio; así como la forma en que atenderán las necesidades de los hijos en el mismo periodo de tiempo.

En los casos de divorcio y durante la tramitación del mismo, el juez podrá decretar las medidas provisionales establecidas en el artículo 282 del Código Civil; entre estas se encuentra el poner a los hijos al cuidado de la persona que hayan designado de común acuerdo los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos; en el caso de ser divorcio necesario el cónyuge que solicite la declaración de divorcio, propondrá la persona en cuyo poder y en forma provisional quedarán los hijos.

De igual forma como medida provisional ese mismo artículo señala que los hijos menores de siete años de edad deberán de quedar al cuidado de la madre, con la salvedad de que exista un grave peligro para el normal desarrollo de los hijos. Importante es esta medida provisional por ser lo más común, que exista un mejor desarrollo de los hijos estando bajo la guarda de la madre, sin embargo existen situaciones que rompen con esta regla al demostrarse que la madre no ofrece una seguridad para el desarrollo de los menores de esta edad y si pudiese ocasionarles un daño en su desarrollo, en el caso de que se le dieran para su guarda.

Importante resultan ser estas medidas provisionales establecidas en nuestro Código Civil, dado que durante esta etapa en la que se solicita y tramita el divorcio no se asegura el hecho de que los menores no puedan ser sujetos de una sustracción o retención ilegal. En este punto y de presentarse esa situación ilegal podrán iniciar el procedimiento de restitución aquella o aquellas personas a favor de quien se determinara que quedaría el cuidado de los hijos; lo que se hará mediante la exhibición de la copia certificada del acuerdo dictado por el juez en virtud del cual se determinare esa situación; pudiendo también el otro cónyuge solicitar la restitución en razón de estar todavía en ejercicio de la patria potestad al no haberse resuelto el divorcio y la consecuente situación del menor su guarda o custodia.

Hasta antes de que se resuelva por el juez la situación definitiva sobre la patria potestad o custodia de los menores, éste podrá acordar aquellas peticiones formuladas por los abuelos, tíos o hermanos que se consideren benéficas para los menores.

Actualmente y con el conocimiento de que los más afectados en situaciones de juicios de divorcio de los progenitores o incluso de los casos de pérdida de patria potestad son los hijos, se ha optado por emplear una guarda conjunta o compartida, en la que de común acuerdo los progenitores deciden a quien corresponderá el cuidado personal del hijo, quedando el otro progenitor obligado a brindar una cooperación similar a la presentada hasta antes de darse la separación.

Esta guarda conjunta permite que los menores continúen en contacto con ambos progenitores, lo que resulta benéfico para el desarrollo normal de los mismos, llagando incluso a darse una relación normal con ambos; se establece la posibilidad de que el menor viva por algún tiempo con el otro progenitor. Se impide también que uno de los progenitores tenga prioridad sobre el otro, permitiendo un equilibrio de derechos.

De esta forma se garantiza el cuidado del interés superior de los menores, otorgando ambos progenitores las atenciones necesarias para la satisfacción de sus necesidades, con una convivencia lo más adecuada posible para su desarrollo y educación.

Como se mencionó, el juez al dictar su sentencia resolverá todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a los menores y a sus titulares, en la cual se decretará, en primer término, al divorcio de los cónyuges, así como la forma de liquidar la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, la cantidad que por pensión alimenticia debe de pagar al otro y lo más importante establecer la pérdida de la patria potestad para el cónyuge que haya dado origen a la situación, siempre y cuando existan elementos suficientes para decidirlo de esa forma, de no ser así, deberá de fijarse a cargo de quien quedará la guarda y custodia de los hijos menores.

La sentencia que determine así la situación de los menores, será el documento, por medio del cual, la parte reclamante acreditará encontrarse en ejercicio de alguno de los derechos mencionados, pudiendo con esto instaurar formalmente el procedimiento de restitución previsto por la Convención o hacer respetar el derecho de visita comprendido también en la misma.

Por otra parte es necesario mencionar que las personas facultadas para la instauración del procedimiento de restitución o el derecho de visita, en casos de adopción simple lo serán únicamente los padres adoptivos, no pudiendo ejercitarlo los demás parientes en razón de que el vínculo de la adopción sólo se da entre

adoptante y adoptado; situación que no ocurrirá en caso de adopción plena.

Las anteriores situaciones se presentan cuando el ejercicio de los derechos es atribuido a los padres, corresponde señalar ahora lo referente a las instituciones que se encuentren en el ejercicio de dichos derechos, esto en virtud de ser la propia Convención la que nos señala que se encuentran facultadas para iniciar el procedimiento de restitución las instituciones que sean titulares de los derechos mencionados.

En el caso de nuestro país quién ejercerá la patria potestad a falta de padres que legalmente la ejerzan, será el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, conocido por sus siglas como D.I.F., o alguna otra institución de asistencia, lo anterior por ser dichas instituciones las que legalmente desempeñaran la tutela legítima de los menores abandonados o expósitos que se encuentren a su cargo.

Lo anterior con fundamento en lo establecido por el artículo 493 del Código Civil que establece: "Los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos." Se constituyen dichas instituciones como los guardadores de los menores que les hayan sido dados, situación que les atribuye la facultad de solicitar la restitución de los menores retenidos o sustraídos en forma ilegal. Sin embargo dicha solicitud podrá ser negada en el caso de que no se encontraran en el ejercicio de ese derecho al momento de producirse los hechos, siendo esto un punto a tratarse más a fondo en el presente trabajo.

El Organismo (D.I.F.), cuyo objetivo es el de promover la asistencia social, cuenta con la facultad, conferida por el artículo 15 en su fracción VII de la Ley Sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social, consistente en operar establecimientos de asistencia social en beneficio de menores en estado de abandono; constituyéndose así en tutores legítimos de los menores que sean recibidos en dichos centros.

En el caso de que los menores abandonados lo sean por un periodo de más seis meses se constituye entonces una causal de pérdida de patria potestad, contemplada por el artículo 444 en su fracción IV del Código Civil, la cual será hecha valer por la institución en la que se encuentre el menor ante el juez de lo familiar, contando con la debida intervención del Ministerio Público.

En razón de lo anterior, las instituciones se encontrarán facultadas para solicitar la restitución del menor retenido o sustraído en forma ilícita por ser las encargadas de desempeñar la tutela legítima de éstos en virtud de haber sido depositados en sus establecimientos los expósitos.

La Convención Interamericana en su artículo 8 nos establece las formas por medio de las cuales las personas facultadas para instaurar el procedimiento de restitución podrán hacerlo efectivo, siendo las siguientes:

- a) Mediante exhorto o carta rogatoria, o
- b) A través de solicitud a la autoridad central; o
- c) Directamente o por la vía diplomática o consular.

Estas formas de restitución son alternativas; por lo cual corresponde al actor decidir emplear la que considere más adecuada a las circunstancias del caso.

Las personas facultadas para la instauración del procedimiento de restitución podrán acudir ante la autoridad judicial competente en su lugar de residencia, solicitando la restitución del menor que teniendo su residencia habitual inmediatamente antes de producirse los hechos ilícitos, haya sido retenido o sustraído en forma ilícita de otro país, conforme a lo establecido por la Convención Interamericana. Este juez deberá de aplicar la Convención integrando todos los elementos que hagan posible acreditar los hechos y procediendo a girar el exhorto al

juez competente en que reside ilícitamente el menor, para que, en cumplimiento y aplicación de la Convención, proceda a ordenar su restitución inmediata.

El juez exhortado no resuelve cuestiones de fondo, tales como si la custodia dictada en favor del padre fue dada correctamente, o si el mismo no es capaz de educarlo convenientemente, su función únicamente será la de decidir sobre la restitución del menor y una vez que el menor haya sido restituido al lugar de residencia habitual la persona que se considere con derechos sobre éste podrá iniciar un juicio que verse sobre esa situación, en el que se aporten las pruebas necesarias para acreditar los hechos.

Por otra parte el titular de los derechos sobre el menor, cuya residencia habitual se encontraba en México, antes de producirse el traslado o retención ilícita al extranjero, puede decidir iniciar la solicitud de restitución mediante las autoridades centrales de nuestro país, que en este caso es la Secretaría de Relaciones Exteriores, por ser la encargada del cumplimiento de las obligaciones contempladas en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores; autoridad que es la más indicada para la recepción de las solicitudes, la cual se encargará de realizar los trámites conducentes y necesarios; creando incluso algunos instrumentos que hagan más fácil el trámite y como consecuencia la restitución más pronta del menor.

El actor, al acudir ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, planteará su problemática solicitando se inicie el procedimiento de restitución conforme a lo establecido por el instrumento motivo del presente estudio; la solicitud será atendida por la Dirección de Asesoría y Defensoría Legal a Mexicanos en el Extranjero de la Consultoría Jurídica de la mencionada Secretaría de Estado; por lo que se refiere a los Estados de la República, quienes conocerán de las solicitudes serán las Delegaciones foráneas de la misma Secretaría según corresponda, acorde a su jurisdicción, la cual deberá de canalizar la solicitud a la Dirección mencionada.

La función que desempeñará la Secretaría de Relaciones Exteriores en la aplicación de la Convención es de suma importancia en razón de que la misma cuenta con personal capacitado y con conocimientos en dichas situaciones; además de que se encarga de la vigilancia y verificación en la aplicación del instrumento. Al ser una Convención, a la cual desafortunadamente no se le ha dado la difusión que para estos casos se requiere, a fin de que no se realice una mala aplicación la Secretaría se constituirá como vigilante, para que con esto se dé una aplicación uniforme en nuestro país y los Estados la vayan conociendo y aplicando.

En ese sentido la designación de la Dirección de Asesoría y Defensoría Legal, a Mexicanos en el Extranjero dependiente de la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores, lo es en razón de que a través de sus representaciones diplomáticas y consulares en el mundo, cuenta con un programa gratuito de atención y apoyo para orientar a los nacionales que presenten cualquier tipo de problema en otros países.

La otra opción que nos presenta la Convención, para ejercer la pretensión, es la de presentar la solicitud directamente ante las autoridades judiciales o administrativas competentes de los Estados parte en las que se encuentre el menor, será esta opción presentada por el titular de los derechos que se vieran violados con los hechos ilícitos ante cualquiera de las autoridades competentes en el lugar de residencia ilegal en que se encuentre el menor. Un problema que se podría presentar en este punto es el desconocimiento por parte del actor de cuáles son las autoridades que son competentes en dicho país; además de que es posible que no se sepa si dicho Estado es parte, siendo la opción más conveniente para éste acudir ante la representación diplomática o consular de nuestro país en dicho Estado.

Las misiones diplomáticas o consulares, con fundamento en la Ley del Servicio Exterior Mexicano y su reglamento, tienen la función de salvaguardar los intereses de los nacionales ante los Estados extranjeros, protegiendo conforme a los principios y normas de derecho internacional, la dignidad de los derechos de los mexicanos en el

extranjero, ejerciendo las acciones encaminadas a satisfacer sus legítimas reclamaciones; además de cuidar que se cumplan los tratados que México sea parte y de las obligaciones internacionales que correspondan.

Con esas atribuciones, además de lo establecido por la Convención, se constituye una opción más para que el titular de los derechos que se vieron violados, con el traslado o retención ilegal, solicite la restitución del menor sobre el cual tenía potestad inmediatamente antes de ocurridos los hechos

4.3 REQUISITOS Y DOCUMENTOS NECESARIOS PARA INICIAR LA RESTITUCIÓN.

Como en todo procedimiento, es necesario, para el solicitante, presentar aquellos documentos que sirvan de base para acreditar que se encontraba en el ejercicio de los derechos mencionados; además de aquellos documentos que permitan una localización más pronta del menor objeto de los hechos ilícitos, razón por la cual a continuación señalaremos cuáles son los mismos antes de iniciar cualquier trámite y con esto sea aplicada la Convención Interamericana.

Aun cuando la Convención no lo contempla en forma específica como un requisito, es necesario señalar lo referente a la edad, es decir, se requiere que el menor tenga menos de dieciséis años de edad, dado que una vez que haya superado la misma ya no se podrá solicitar la restitución del menor, lo que debe de considerarse como un requisito.

En este sentido durante las discusiones de la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP IV), se planteó el problema de la situación de un menor trasladado en forma ilegal antes de cumplir aquella edad y que durante la secuela del procedimiento la alcanzó.

Con respecto a ese problema se plantearon dos interrogantes, la primera "... si se mantenía la aplicación de la Convención aun cuando los hechos y los actos procesales se hubieran llevado a cabo cuando se trataba de una menor para los efectos de la Convención, pero cumplía 16 años durante el transcurso del proceso. La segunda si podría interponerse la acción con posterioridad a los 16 años."³²

Sin embargo la Convención no contempla la forma en que se resolverán dichas situaciones, razón que obliga a establecer un criterio por medio del cual se podría dar una respuesta a ese problema, dado que se puede presentar la situación de que, la persona que sustrajo o retiene al menor lo haga precisamente antes de que éste cumpla la edad marcada, provocando con esto una situación ventajosa para el retenedor o sustractor como consecuencia de dejarse de aplicar la Convención cuando el menor cumpla los 16 años de edad; o los cumpla incluso durante la secuela del procedimiento, el cual se vería terminado.

En este caso se podrá dirimir dicha situación si a criterio del juez, encargado de resolver sobre la restitución, considera los siguientes aspectos; primero la aplicación exacta del espíritu de la Convención, es decir resolver lo que resulte más conveniente para el menor, ordenando la restitución aun cuando el menor haya cumplido los 16 años durante la secuela del procedimiento; segundo negar la restitución en virtud de que no le es aplicable la Convención en razón de que el menor es mayor de la edad prevista por la misma.

En ambos casos, se trata de que los hechos ilegales de sustraer y retener al menor se hubiesen realizado antes de que el menor cumpliera los 16 años de edad; lógicamente dejará de aplicarse la Convención cuando el menor sea mayor de esa edad.

³² García Moreno, Víctor Carlos, "Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores", Derechos de la niñez, Op. Cit, p. 260

Otro de los requisitos necesarios para la aplicación de la convención lo será el acreditar la existencia de la violación a los derechos que venían ejerciendo sus titulares inmediatamente antes de ocurridos los hechos.

Se requiere también que el Estado, en que se encuentre o se suponga se encuentra el menor, sea un Estado parte de la presente Convención en estudio.

La Convención, en su artículo 9 establece los elementos que debe de contener la solicitud o demanda de restitución, siendo los siguientes:

- ◆ Una relación de los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención del menor;
- ◆ La información relativa a la identidad del solicitante, del menor o menores sujetos del traslado o retención ilícita; así como aportar aquellos datos que hagan posible la identificación de la persona a la que se le imputa el traslado o retención;
- ◆ La información relativa al lugar en donde se supone se encuentra el menor, así como las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o el vencimiento del plazo autorizado.
- ◆ Señalar aquellos preceptos de derecho por medio de los cuales se fundamenta la restitución. En este punto será conforme a la legislación local que le sea aplicable, además de los artículos propios de la Convención.

A la solicitud o demanda de restitución se deberá de anexar la siguiente documentación:

- Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive;

- Una relación sumaria de la situación fáctica existente y el derecho respectivo aplicable;
- Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;
- Certificación expedida por la autoridad central del Estado donde el menor tenía su residencia habitual o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente, en la materia, en dicho Estado;
- En caso de ser necesario, acompañar la traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos referidos, y
- Señalar las medidas que sean necesarias y que deberán de tomarse para hacer efectivo el retorno.

Si a criterio de la autoridad competente se justifica la restitución ésta autoridad podrá prescindir de alguno de estos requisitos o la presentación de algún documento.

Para hacer más efectiva la aplicación de la Convención y de sus objetivos la misma contempla que los exhortos, las solicitudes y los documentos que acompañen a la solicitud no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central.

De igual forma y en atención a la finalidad primordial plasmada en la Convención que es la pronta restitución de los menores retenidos o sustraídos en forma ilegal, se considera que resultaría de suma utilidad anexar a dicha solicitud los siguientes elementos:

- Fotografía lo más reciente posible del menor o menores;

- Acta de nacimiento del menor o menores;
- Acta de matrimonio de los padres, según el caso, o acta por medio de la cual se le otorgue alguno de los derechos enunciados anteriormente;
- De ser factible, una fotografía lo más reciente posible de la persona o personas que se supone cometieron la sustracción o retención ilegal.

Aún cuando se reúnan todos los requisitos antes mencionados, se pueden presentar casos de excepción por medio de los cuales las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido pueden negarse a ordenar la restitución del menor; es decir, cuando se demuestren algunas de las excepciones contenidas en los artículos 11 y 25 de la Convención.

De esta forma, el artículo 11 establece cuáles son las causas por las que la autoridad judicial o administrativa se puede negar a restituir al menor, siempre y cuando la parte opositora logre demostrar:

- Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho al momento del traslado o de la retención;
- Que hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención;
- Que existe un riesgo grave de exponer al menor a un peligro físico o psíquico en caso de que presente la restitución;
- Exista oposición por parte del menor.

En este último caso de oposición presentada por el menor sustraído o retenido ilegalmente, si se demuestra que el menor se opone a la restitución y a juicio de la

autoridad exhortada la edad y madurez del menor justifican tomar en cuenta su opinión se podrá decidir negar la restitución, tomando como base la oposición presentada en esos términos.

La propia Convención en su artículo 12 nos establece el procedimiento que deberá de regir la oposición formulada. En este sentido la oposición deberá presentarse dentro de un plazo de ocho días hábiles siguientes, contados a partir del momento en que la autoridad que se encuentre en conocimiento del asunto, tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene.

La parte opositora deberá aportar las pruebas y circunstancias en las que se funde para solicitar la oposición a la restitución; hechos y situaciones que deberán de ser evaluados por las autoridades judiciales o administrativas, según el caso, que se encuentren conociendo del asunto.

Por otra parte, se obliga a las autoridades, que conozcan de la oposición, enterarse del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor, y requerirán, en caso de ser necesario, la asistencia de las autoridades centrales, o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados Parte.

La autoridad judicial o administrativa, según el caso, cuenta con un plazo de sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición, para dictar la resolución correspondiente.

Con las oposiciones previstas por la Convención se garantiza el derecho de defensa que tiene la persona que sustrajo o retuvo al menor. Lo que no se establece en la Convención es lo relativo a las formalidades que deberán de presentar las notificaciones que se realicen en estos casos, pudiendo ser efectuadas conforme a los medios prescritos por la autoridad requerida.

La otra negativa para restituir al menor es la contemplada por el artículo 25 de la Convención; la cual se fundamentará en el caso de que, la restitución del menor sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido que han sido consagrados en instrumentos de carácter regional sobre derechos humanos y derechos de los niños, así como los instrumentos consagrados en forma universal, como puede ser la Declaración Universal de Derechos Humanos.

De esta forma la Convención Interamericana viene a confirmar lo que se estableciera con anterioridad, en el sentido de considerar a los niños como titulares de los derechos de la humanidad, esto en razón de que si la restitución fuera violatoria de alguna disposición de esa naturaleza, la restitución podría ser negada por la autoridad requerida.

Como fundamento para negar la restitución, está la violación a los derechos de los niños que pudieran sucederse con motivo de la solicitud de restitución, en particular podrían ser los consagrados universalmente en la Convención sobre los Derechos del niño de 1989; que aunque se trata de una Convención adoptada con posterioridad a la Convención motivo del presente estudio debe ser tomada en consideración en razón de la importancia que la misma ha constituido.

Aunque la Convención no lo contempla como un requisito, es necesario señalar que en la misma se establece, que para la tramitación de los exhortos o solicitudes y las demás medidas a que diere lugar, serán gratuitas estando exentas de cualquier impuesto o caución, lo que repercute en forma benéfica para el menor y sus familiares en razón de encontrarse al alcance de todos. Sin embargo si los interesados designaren un representante o apoderado para representarlos, o para tramitar el exhorto o solicitud, estos serán los que deberán de pagar los gastos que por ese concepto se realicen.

Una vez que se haya ordenado la restitución del menor, conforme lo establece la Convención Interamericana, la autoridad competente podrá determinar que la

persona que trasladó o retuvo ilegalmente al menor, conforme a las circunstancias del caso, pague los gastos necesarios que haya realizado el demandante; así como aquellos a que se realizaron en la localización, incluyendo las costas y gastos tendientes a lograr la restitución.

En su artículo 24 la Convención establece que las autoridades exhortadas deberán de actuar en forma oficiosa para diligenciar, tramitar y cumplimentar los exhortos o cartas rogatorias que reciban; no siendo necesario que la parte interesada intervenga, sin embargo esta lo podrá hacer por sí o por medio de apoderado.

Sobre este punto nuestra legislación, tanto el Código Civil del Distrito Federal como los de los Estados y de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; la familia constituye la base de la sociedad razón por la cual los problemas que se relacionen con ésta son considerados de orden público. En este sentido el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, nos establece la facultad que tiene el juez de lo familiar para actuar de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente a los menores, gozando de las más amplias facultades para decretar todas las medidas que tiendan a protegerlos.

Relacionado con este artículo se encuentran las disposiciones contenidas en los artículos 942 y 943 del mismo ordenamiento, al efecto el artículo 942 nos establece que no se requerirán formalidades especiales para acudir ante el juez de lo familiar cuando se solicite la restitución de un derecho en el que se alegue su violación; además de que el otro precepto señala que no es necesario acudir asesorados por abogados para solicitar dicha restitución del derecho violado.

De esta forma, aunque la propia Convención no hubiese contemplado el supuesto de que las autoridades exhortadas deban de actuar de oficio, nuestra legislación local si previó esa situación, es razón de que la familia se ve afectada, lo que constituye una garantía más de seguridad para los menores en casos de peligro.

4.4 MEDIDAS CAUTELARES.

En atención al objeto perseguido por la Convención era necesario que se contara con elementos que hicieran más efectiva la restitución de los menores, de esta forma en diversos artículos se contempla como obligación, por parte de las autoridades, el instaurar determinadas medidas precautorias para evitar que el menor sufra algún daño o fuera expuesto a algún peligro, medidas que se hacen consistir en:

- Proceder a localizar al menor trasladado o retenido en forma ilícita;
- Adoptar medidas para asegurar la custodia o guarda provisional del menor;
- Prevenir la salida del menor de la jurisdicción de las autoridades;
- Asegurar la salud del menor evitando el traslado u ocultamiento de su jurisdicción;
- Adoptar las medidas que sean adecuadas para lograr una restitución voluntaria del menor;
- Proporcionar la información relativa a la situación en que se encuentra el menor y el procedimiento de restitución.

Se puede presentar la situación de que la parte solicitante no conozca en forma precisa el lugar en que se encuentre el menor retenido o sustraído en forma ilegal, situación que deberá hacerla saber al momento de formular la solicitud ante la autoridad competente, para que ésta a su vez requiera a las autoridades judiciales, administrativas o centrales del Estado en que se supone se encuentra el menor a fin de que se tomen todas aquellas medidas tendientes a localizar al menor que se supone se encuentra en forma ilegal en dicho Estado.

En este punto, será necesario que el actor aporte, además de los requisitos enunciados anteriormente, toda aquella información que haga posible localizar al menor, así como la identidad de la persona que lo sustrajo o retiene ilícitamente; de igual forma la autoridad requirente se encuentra obligada a acompañar a la solicitud aquella información además de la que él recabe.

En estos casos en que no es posible localizar al menor, el juez que conozca de la solicitud podrá girar oficios dirigidos a diferentes dependencias, cuyo objetivo será el de iniciar una investigación tendiente a ubicar al menor.

Entre las autoridades a las que se les podría girar éste tipo de oficios en nuestro país, se encuentra; la Policía Judicial del Estado; la Secretaría de Seguridad Pública; esto con el fin de saber si quien retuvo al menor se ha dado de alta ante esa Secretaría mediante la expedición de su licencia de conductor; a la Secretaría de Educación Pública, para que revise si dentro de sus registros de escolares se encuentra el del menor sustraído como alumno de algún plantel; al Instituto Federal Electoral, con el objeto de verificar si la persona que retiene al menor se encuentra inscrito en la lista de ciudadanos y aporte el domicilio del mismo.

Sin embargo no solamente la autoridad judicial podrá encargar la búsqueda del menor retenido ilícitamente, ya que mediante acuerdo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal número A/05/65, por medio del cual se crea la Coordinación de Asuntos de Menores e Incapaces, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de mayo de 1995; dicha autoridad establece una coordinación con autoridades e instituciones vinculadas con la problemática del menor, cuyo fin primordial es la atención de asuntos relacionados con menores de edad, discapacitados y robo y tráfico de infantes.

En lo relacionado con el punto que nos ocupa, es decir la localización del menor, dicho acuerdo establece en su fracción V una coordinación entre ésta dependencia y la Secretaría de Relaciones Exteriores en los siguientes términos:

“Coordinarse con la unidad administrativa correspondiente de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que se localice a menores trasladados ilícitamente al extranjero o bien, procedentes del exterior que sean retenidos ilícitamente en nuestro país.”

De esta forma, se ven complementados los fines enumerados en la Convención, al constituirse una autoridad administrativa como auxiliar para dar una solución a los problemas de los menores en general y en específico a aquellos que sean víctimas de una retención o sustracción ilícita; se requerirá en consecuencia que la Secretaría brinde a la Procuraduría, creadora del acuerdo en comento, toda información pertinente para que ésta se aboque a la localización del menor. En estos términos la localización del menor podrá presentarse de forma más pronta y que sea lo menos perjudicial para el mismo.

Por otra parte, la autoridad central, judicial o administrativa del Estado parte que llegare a conocer, en su jurisdicción, de la solicitud planteada en los términos mencionados, la Convención establece que deberán de adoptar todas aquellas medidas necesarias y conducentes para asegurar la salud del menor, así como aquellas tendientes a evitar se dé un ocultamiento o sea trasladado a otra jurisdicción.

Una vez verificada la localización deberá de ser comunicada a las autoridades del Estado requirente; para que éste a su vez continúe con el trámite de restitución.

Dichas medidas provisionales, tomadas para evitar que el menor sufra algún daño, podrán quedar sin efecto si dentro de un plazo de sesenta días naturales, contados a partir de la comunicación de la localización del menor, no es presentada la solicitud de restitución. Sin embargo aun cuando se dé el levantamiento de dichas medidas no será impedimento para que se ejerza el derecho a solicitar la restitución, conforme a lo establecido por la Convención, con el peligro de que el menor no se encuentre bajo el cuidado de la autoridad, pudiendo darse el traslado a otro lugar de residencia, o presentarse alguna otra situación de riesgo.

La otra determinación cautelar que podrán tomar las autoridades judiciales o administrativas, consiste en adoptar medidas para asegurar la custodia o guarda provisional del menor, esta se dará como consecuencia una vez que se haya recibido formalmente la solicitud de restitución, y se haya cumplido con todos los requisitos exigidos por la Convención, siempre que no se hubiere podido concretar una devolución voluntaria del menor. Esta medida va de acuerdo con el principio de evitar se produzca un daño el menor retenido.

Como quedó mencionado anteriormente y conforme a la legislación prevaleciente en materia de familia de nuestro país, los jueces que conozcan de este tipo de materia se encuentran facultados para intervenir de oficio en aquellos asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de esta forma la autoridad podrá decretar todas aquellas medidas que tiendan a preservar a la familia y a proteger a sus miembros, en especial a los menores.

En el caso del Distrito Federal, el juez de lo familiar, al recibir la solicitud de restitución deberá proceder a analizarla, dependiendo de la naturaleza del caso tomará las medidas que estime pertinentes. En este punto una medida que podrá tomar será la de decretar, en forma provisional, el depósito del menor en una Institución de asistencia, que podría ser el D.I.F., como un medio preparatorio al juicio para resolver acerca de la restitución del mismo.

La determinación anterior, de poner al menor en depósito de una institución de asistencia, deberá de ser tomada una vez que el Ministerio Público, adscrito a dicho juzgado, haya emitido su opinión respecto a la situación en que se encuentra el menor y a la solicitud que en este mismo sentido haya formulado dicha autoridad; es decir que se solicitará el depósito del menor; con fundamento en que el Ministerio Público deberá de intervenir en todas aquellas cuestiones por las cuales se viera afectado el menor; además de que conforme a la Convención se hace aconsejable decretar el depósito del menor.

La resolución emitida por el juez, consistente en depositar al menor en la institución de asistencia, se emitirá en razón de que el menor se encuentre siendo víctima de alguna situación dañina como: el ser maltratado por el padre o por la persona que lo retiene; o reciba malos ejemplos para su desarrollo; o bien sea obligado a cometer conductas prohibidas, o incluso sea obligado a prostituirse, u objeto de un abuso, explotación sexual o económica; o se encuentre abandonado.

En este punto un elemento que consideramos podría ser agregado a la Convención consiste en que las autoridades que tomen conocimiento del lugar y condiciones en que se encuentra el menor, lo hagan saber mediante un informe detallado que contenga dichas condiciones, lo que deberá hacerse de forma inmediata a la autoridad judicial del Estado requerido que se encuentre conociendo de la solicitud de restitución, para que éste, a su vez, tome las medidas de protección, guarda y custodia del mismo, poniéndolo en depósito de las instituciones que para el efecto designen los Estados parte.

Como medida cautelar, para evitar la salida del menor de la jurisdicción de las autoridades, ésta se autorizará de acuerdo con el riesgo que exista de que el menor pueda ser trasladado, por quien lo retiene, a algún otro lugar dentro de ese mismo país en el cual la autoridad que conoce de la solicitud carezca de competencia para continuar conociendo del procedimiento.

Durante la tramitación de la petición de restitución, atendiendo a las circunstancias por las cuales exista un riesgo grave e inminente de que el menor retenido en forma ilícita pudiera ser trasladado, por parte de su retenedor, a otra jurisdicción diferente a aquella en que fuera tramitada la solicitud de restitución, con el objeto de evitar la restitución; la autoridad, en prevención a dicha situación podrá decretar la obligación, a cargo de quien tiene al menor, de no trasladarlo a otro lugar distinto, en tanto no sea resuelto el juicio.

El juez podrá dictar una determinación de carácter similar en el caso de que exista riesgo de que el menor sea ocultado por parte del retenedor y con ésto no sea posible continuar con el trámite de restitución. Dicha medida podrá ser la de ordenar la abstención de ocultar al menor y la forma de verificarse podría ser que éste sea presentado con cierta regularidad en la dependencia que le den los cuidados necesarios para su salud, o bien sea presentado al propio juzgado que dicta la medida.

En aquellos supuestos en que se prevea la posibilidad de que el menor pueda ser sustraído de la jurisdicción del tribunal que conozca de la solicitud de restitución, además de las medidas mencionadas, la autoridad podrá ordenar que el menor sea depositado en algún centro de asistencia social de protección a los menores en tanto se desahoga el juicio correspondiente.

La mejor forma de hacer más ágil la restitución de los menores será aquélla en que, quien lo retiene lo devuelva en forma voluntaria, razón por la cual las autoridades que conozcan del asunto deberán de adoptar, conforme a la legislación, todas las medidas que sean adecuadas para lograr una devolución voluntaria del menor, lo que será en beneficio del mismo.

En el supuesto de que no se obtuviese la devolución voluntaria del menor por parte del retenedor, la autoridad tendrá que tomar aquellas medidas mencionadas anteriormente, verificando que se cumplen los requisitos que debe de contener la solicitud de restitución.

4.5 RESOLUCIÓN DEL JUEZ PARA RESTITUIR AL MENOR.

La Autoridad Central del Estado requerido se encargará de revisar la solicitud de restitución, que la misma cumpla con los requisitos señalados, además de que se

encuentren anexados los documentos que son necesarios; dicha autoridad deberá acudir ante la autoridad judicial competente, haciéndole una relación de los hechos, derecho y el lugar donde se localice el menor, con el objeto de que se sirva dictar la sentencia correspondiente que no será otra que la de restituir al menor.

La solicitud de restitución planteada conforme a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, que fuera desahogada por nuestro país permitirá cumplir con el objetivo contenido en la Convención. De esta forma el juez de lo familiar que conozca del asunto, únicamente deberá de ordenar el retorno del menor al país en que tenía su residencia habitual, sin que por esto prejuzgue sobre determinar a cargo de quien quedará la guarda o custodia definitiva del menor. Situación que podrá ser resuelta ante el juez competente para esos casos, en el lugar de residencia del menor y una vez que el mismo haya retornado.

La autoridad judicial que reciba la solicitud de restitución del menor no resolverá cuestiones de fondo, como son; si la custodia fue dictada conforme a la legislación que le es aplicable, si la guarda o custodia otorgada en favor del padre que no se encuentra capacitado de cumplir con sus obligaciones en forma correcta, o de que dicho padre realiza actividades que puedan dañar al menor; en estos casos deberán de ser resueltos mediante la tramitación de otro juicio en el que se aleguen tales hechos y se aporten las pruebas que se estimen pertinentes ante el juez que tenga competencia, en el lugar de residencia habitual del menor restituido.

Los tribunales ante los cuales les sea solicitada la restitución del menor, bajo las circunstancias establecidas en la Convención, únicamente deberán de ordenar el retorno inmediato del menor al país en que tenía su residencia habitual, sin que esta determinación implique prejuzgamiento sobre la resolución definitiva de su custodia o guarda.

En el caso de los jueces de nuestro país si se cumple con los requisitos señalados en la Convención, la autoridad judicial únicamente se limitará a ordenar la

restitución del menor a su país de residencia habitual, ordenando de forma inmediata que el menor sea depositado ante las autoridades del Sistema Nacional o Estatal, según el caso, para el desarrollo integral de la familia, en tanto se verifican las gestiones necesarias para que se realice la entrega física del menor.

4.6 MODO DE REALIZAR LA RESTITUCIÓN.

Una vez que el juez ha determinado la restitución del menor, se procederá a depositarlo en el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (D.I.F.), situación que será notificada a la autoridad central del Estado requerido para que tome las medidas adecuadas tendientes a realizar la restitución del menor; entre estas se encuentra; la de informar a la autoridad que requirió la restitución a fin coordinarse en la toma de acuerdos y medidas para hacer efectivo el traslado del menor a su lugar de residencia habitual.

A partir de que se notifica, a la autoridad requirente, la resolución del juez por la cual se ordena la restitución del menor, ésta cuenta con un plazo de cuarenta y cinco días calendario para tomar las medidas necesarias y conducentes para hacer efectivo el traslado del menor en cumplimiento de lo ordenado por el juez, si dentro del plazo mencionado no se toman las medidas necesarias para restituirlo, quedará sin efecto la restitución ordenada, al igual que las medidas provisionales que con ese motivo se hubieren tomado al conocer del caso.

Existe la posibilidad de que el menor sea trasladado por la persona que solicitó la restitución, cargando con los gastos que esto acarree, gastos que si la autoridad lo determina podrán ser pagados por la persona que sustrajo o retuvo al menor. Sin embargo, si la parte actora no cuenta con recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de que podrán ser cobrados a quien dio origen a la sustracción o retención.

Por lo que se refiere a los procedimientos previstos en la Convención estos deberán ser instaurados dentro del plazo en un año a partir de la fecha en que el menor haya sido trasladado o retenido ilegalmente; ese plazo comenzará a contar, para los menores cuyo paradero se desconozca, a partir de la fecha en que sean localizados. Si las circunstancias del caso lo ameritan se podrá decretar la restitución aun cuando se encuentre vencido el plazo mencionado, con la condición de que el menor no se encuentre integrado ya a su nuevo entorno.

4.7 DERECHO DE VISITA.

Los titulares del derecho de visita podrán también hacer respetar ese derecho; la forma en que podrá verificarse será la misma que la establecida para solicitar la restitución de menores, sujetándose a las mismas reglas previstas por la Convención para la restitución del menor.

4.8 CASOS DE RETENCIÓN CONSTITUTIVOS DE DELITO.

En el caso de que el traslado o retención se consideren constitutivos de delito, la Convención establece en su artículo 26 que la misma no será obstáculo para que se ordene, por parte de las autoridades competentes, la restitución de forma inmediata del menor.

En este sentido, nuestra legislación ya contempla a la sustracción de menores como delito y al efecto tenemos que el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de Fuero Federal establece, en su artículo 366 quáter (sic), que: "Cuando el ascendiente, sin limitación de grado o pariente consanguíneo colateral o por afinidad hasta el cuarto grado de un

menor, lo sustraiga o cambie de domicilio donde habitualmente reside, lo retenga o impida que regrese al mismo, sin la autorización de quienes ejercen la patria potestad o resolución de autoridad competente, no permitiendo a la madre o al padre convivir con el menor o visitarlo, se le aplicará una pena de uno a tres años de prisión y de treinta a trescientos días multa.”

Sin embargo, se trata de una reforma reciente que no contempla cuál será el procedimiento a seguir para restituir al menor, lo que abre la posibilidad de fundamentar la restitución invocando que, para nuestro país, tal situación es constitutiva de delito, teniendo, en consecuencia, las autoridades requeridas, la obligación de restituir en forma inmediata al menor o menores.

CONCLUSIONES.

1. El fijar un concepto de menor de edad es importante, ya que nos permite delimitar la aplicación más eficaz de los instrumentos legales y así lograr una mejor protección en su favor.

2. Debemos eliminar aquellas formas erróneas que existen respecto de lo que se entiende por custodia de menores, estableciendo un concepto tal que contenga todos los elementos que la integran, con sus límites y alcances.

3. La sustracción es más conocida en el ámbito penal, por haber sido tomada constantemente como sinónimo de secuestro; sin embargo, denota características diferentes.

4. Aunque de forma muy vaga, a través de la historia, los menores han contado con protección, la que no necesariamente quedó plasmada en instrumentos jurídicos.

5. Este proceso evolutivo nos muestra que la preocupación por los menores ha ido pasando de una protección de carácter afectivo a una protección más efectiva y legal.

6. El avance científico ha influido en la mayor concientización respecto del derecho de los menores, en razón de que se ha demostrado que éstos presentan problemas propios que deben ser atendidos, plasmándose como derechos y obligaciones a cargo de sus titulares.

7. Los sucesivos instrumentos de protección a la infancia que han sido adoptados demuestran que nos encontramos ante problemas cada vez más complejos que requieren una rápida actuación por parte de la sociedad puesto que los menores son titulares de los llamados derechos humanos.

8. Siendo realmente importantes las Convenciones y Declaraciones que, con el objeto de proteger a los menores, han sido hasta hoy elaboradas y adoptadas, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 constituye, actualmente, el instrumento internacional más relevante que al respecto se ha formulado, estableciendo normas generales para su aplicación por los Estados signantes.

9. La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es el antecedente de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, y constituye un instrumento internacional muy apropiado para dar solución al problema que aborda.

10. El problema de la sustracción internacional de los menores tiene un origen común que es la desintegración familiar.

11. La desintegración familiar es consecuencia de diferentes factores como la unión de parejas a temprana edad, la migración, el aumento en el número de divorcios, participación de varios integrantes de la familia en la actividad productiva, los avances en el transporte y la comunicación internacional.

12. La unión de parejas a temprana edad, que no cuentan con los elementos de madurez y responsabilidad para crear una familia, termina por desintegrarse totalmente, siendo necesario que un juez resuelva la situación en que quedarán los hijos, lo que no siempre da soluciones benéficas para todas las partes.

13. El deseo del padre por dañar a su ex pareja, mediante la toma de los hijos como instrumentos de venganza, provoca daños a los menores y frustración a los padres.

14. Cuando los padres no logran ponerse de acuerdo sobre el cuidado de los hijos, puede surgir el problema de que uno de ellos impida o limite el acceso de los hijos al

otro, por cualquiera de los medios a su alcance, hasta llegar, incluso al extremo de trasladarlo al extranjero.

15. El traslado al extranjero de los menores es hoy más fácil gracias a los avances en materia de transporte y hace más difícil la ubicación del menor sustraído.

16. En nuestro país cada día es más común encontrar casos de sustracción y retención ilícita de menores.

17. México ha demostrado su interés por dar una solución a este problema mediante la elaboración de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

18. El fin, no escrito, más importante que persigue la Convención es que los menores trasladados o retenidos en forma ilegal no se vean privados más tiempo de su medio familiar y social, evitando ocasionarles un daño físico y psicológico mayor.

19. El objetivo escrito que persigue la Convención es el de hacer respetar el derecho de custodia, guarda o de visita que se viera violado como resultado de una retención o sustracción ilegal.

20. Dicha Convención Interamericana es aplicable a todo menor de dieciséis años de edad.

21. Para la Convención, un traslado o retención es considerado ilegal cuando se dé una violación a los derechos de custodia, guarda, visita u otro similar que ejercían sus titulares inmediatamente antes de presentarse dichos hechos.

22. Sólo podrán iniciar el procedimiento de restitución aquellas personas o instituciones cuyos derechos se vieran violados con motivo de la sustracción o retención ilícita.

23. La misma Convención Interamericana obliga a los Estados parte para que designen una autoridad central encargada de cumplirla. En el caso de México es la Secretaría de Relaciones Exteriores.

24. La parte, cuyos derechos se vieron violados, podrá solicitar la restitución del menor, con fundamento en la Convención Interamericana, ante las autoridades que en cada Estado parte se consideren competentes y en atención a las particularidades del caso.

25. La solicitud de restitución es el documento base para el inicio del procedimiento, en el que se deberán contener todos los elementos tendientes a localizar al menor, a su retenedor, los hechos en que se basa para solicitar la restitución, así como acreditar ser el titular de los derechos que fueron objeto de violación.

26. Los jueces encargados de resolver la restitución se encuentran obligados a tomar todas aquellas medidas dirigidas a proteger a los menores que se encuentren relacionados con dicho proceso, evitando, en la medida de lo posible, la generación de algún daño.

27. Los jueces únicamente resolverán sobre la restitución del menor, sin que esto sea una determinación sobre la custodia del mismo.

28. Las autoridades de los Estados parte deben tener una amplia participación en todos los campos en que les sea solicitado su apoyo, actuando siempre en beneficio del menor.

29. Son importantes las medidas que las autoridades administrativas de nuestro país han tomado ya para coordinarse con las autoridades que conozcan del asunto, ya para localizar a los menores trasladados a nuestro país.

30. Las autoridades pueden negar la restitución solamente en los casos y condiciones establecidos, como son: que el solicitante no ejercía en forma efectiva su derecho o hubiere consentido o prestado su anuencia, que la restitución exponga a un riesgo grave al menor; que el menor se oponga a ser restituido; y cuando se dé una violación a los derechos humanos y del niño; las oposiciones a la retención deberán ser probadas.

31. La Convención no es obstáculo para ordenar la restitución inmediata en caso de que el traslado o retención ilícita sea constitutivo de delito

32. Debe darse una amplia difusión a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, tanto a nivel nacional como internacional, para que la sociedad esté enterada de los derechos con que podría contar en casos similares.

33. La Convención Interamericana constituye un buen instrumento para poner solución a esta problemática; lamentablemente no ha podido ser empleada para solucionarla en virtud de que aun no ha sido objeto de ratificación, no entrando, como consecuencia, todavía en vigor.

34. No obstante nuestro país cuenta con elementos que pueden posibilitar la pronta restitución de los menores sustraídos o retenidos en forma ilegal en su interior, puesto que es parte de la vigente Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

35. Actualmente, en México, la sustracción o retención ilegal de menores, realizada por los parientes de éstos, es considerada como delito, al que se le aplican penas corporales y pecuniarias.

ANEXO

Convención sobre los Derechos del Niño.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

PREAMBULO

Los Estados Partes en la presente Convención.

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

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

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

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

Considerando que le niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento",

Recordando lo dispuesto en 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; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

ANEXO

Convención sobre los Derechos del Niño.

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

Artículo 1.-Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2.

1 Los Estados Partes 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.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3

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

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3 Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4.-Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, 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.

Artículo 5.-Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en

ANEXO

Convención sobre los Derechos del Niño.

consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
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.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

ANEXO

Convención sobre los Derechos del Niño.

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 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

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 2 del artículo 9, 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 lo presente Convención.

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.

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

Artículo 12

1. Los Estados Partes 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 niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

ANEXO

Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán del derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión.
2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.
2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Artículo 17.- Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán porque el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

- a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;
- b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;
- c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;
- d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;
- e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.

ANEXO

Convención sobre los Derechos del Niño.

Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21.- Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

ANEXO

Convención sobre los Derechos del Niño.

c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, para garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Artículo 22

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

Artículo 23

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido que recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de

ANEXO

Convención sobre los Derechos del Niño.

los países en desarrollo.

Artículo 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y post-natal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3) Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 25.- Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

Artículo 26.

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

ANEXO

Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios; así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
 - b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
 - c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
 - d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales profesionales y tengan acceso a ellas;
 - e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.
2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

ANEXO

Convención sobre los Derechos del Niño.

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 30.- En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Artículo 31

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Artículo 32

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;

b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;

c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

Artículo 33.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de

ANEXO

Convención sobre los Derechos del Niño.

los estupefacientes y sustancias psicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

Artículo 34.- Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 35.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36.- Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Artículo 37.- Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 38

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar porque se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

ANEXO

Convención sobre los Derechos del Niño.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Artículo 39.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de la disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, de los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, amenos que se considere que ello fuere contrario a interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y o sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

ANEXO

Convención sobre los Derechos del Niño.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Artículo 41.- Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

a) El derecho de un Estado Parte; o

b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

PARTE II

Artículo 42.- Los Estados Partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños.

Artículo 43

1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan.

2. El Comité estará integrado por dieciocho expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos.

3. Los miembros del Comité serán elegidos, en votación secreta, de una lista de personas designadas por los Estados Partes.

Cada Estado Parte podrá designar a una persona escogida entre sus propios nacionales.

4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la entrada en vigor de la presente Convención y ulteriormente cada dos años. Con cuatro meses, como mínimo, de antelación respecto de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a que presenten sus candidaturas en un plazo de dos meses.

El Secretario General preparará después una lista en la que figurarán por orden alfabético todos los

ANEXO

Convención sobre los Derechos del Niño.

candidatos propuestos, con indicación de los Estados Partes que los hayan designado, y la comunicará a los Estados Partes en la presente Convención.

5. Las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados Partes convocada por el Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas. En esa reunión, en la que la presencia de dos tercios de los Estados Partes constituirá quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

6. Los miembros del Comité serán elegidos por un periodo de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. El mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de efectuada la primera elección, el Presidente de la reunión en que ésta se celebre elegirá por sorteo los nombres de esos cinco miembros.

7. Si un miembro del Comité fallece o dimite o declara que por cualquier otra causa no puede seguir desempeñando sus funciones en el Comité, el Estado Parte que propuso a ese miembro designará entre sus propios nacionales a otro experto para ejercer el mandato hasta su término, a reserva de la aprobación del Comité.

8. El Comité adoptará su propio reglamento.

9. El Comité elegirá su Mesa por un periodo de dos años.

10. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité. El Comité se reunirá normalmente todos los años. La duración de las reuniones del Comité será determinada y revisada, si procediera, por una reunión de los Estados Partes en la presente Convención, a reserva de la aprobación de la Asamblea General.

11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité establecido en virtud de la presente Convención.

12. Previa aprobación de la Asamblea General, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención recibirán emolumentos con cargo a fondos de las Naciones Unidas, según las condiciones que la Asamblea pueda establecer.

Artículo 44

1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención;

b) En lo sucesivo, cada cinco años.

2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.

ANEXO

Convención sobre los Derechos del Niño.

3. Los Estado Partes que hayan presentado un informe inicial como completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.

4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.

5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.

6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.

Artículo 45.- Con objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención:

a) Los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de sus actividades;

b) El Comité transmitirá, según estime conveniente, a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, o en los que se indique esa necesidad, junto con las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de esas solicitudes o indicaciones;

c) El Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño;

d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes.

PARTE III

Artículo 46.-La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.

Artículo 47.-La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 48.-La presente Convención permanecerá abierta a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 49

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

ANEXO

Convención sobre los Derechos del Niño.

2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 50

1. Todo Estado Parte podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio, al menos, de los Estados Partes se declara en favor de tal conferencia, el Secretario General convocará una conferencia con el auspicio de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados Partes, presentes y votantes en la conferencia, será sometida por el Secretario General a la Asamblea General para su aprobación.

2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.

3. Cuando las enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por las enmiendas anteriores que hayan aceptado.

Artículo 51

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.

2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.

3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación hecha a ese efecto y dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará a todos los Estados. Esa notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción por el Secretario General.

Artículo 52.- Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

Artículo 53.- Se designa depositario de la presente Convención al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 54.- El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

En testimonio de lo cual, los infrascriptos plenipotenciarios, debidamente autorizados para ello por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.

La presente es copia fiel y completa en español de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la ciudad de Nueva York, N. Y., el día veinte del mes de noviembre del año de mil novecientos ochenta y nueve.

ANEXO

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

AMBITO DE APLICACIÓN

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.

Artículo 2

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

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.

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.

Artículo 5

Podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar, las personas e instituciones designadas en el Artículo 4.

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

ANEXO

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

AUTORIDAD CENTRAL

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.

En especial, la autoridad central colaborará con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor; asimismo, llevará a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención.

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

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
- b. Mediante solicitud a la autoridad central; o
- c. Directamente, o por la vía diplomática o consular.

Artículo 9

1. La solicitud o demanda a que se refiere el artículo anterior, 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 cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;
- b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;
- c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado 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;

ANEXO

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

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.

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.

4. Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañaren 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 menor del territorio de su jurisdicción.

Artículo 11

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

Las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundar la negativa. Deberán enterarse del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor, y requerirán, en caso de ser necesario, la asistencia de las autoridades centrales, o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados Parte.

ANEXO

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Dentro de los sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente.

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.

Los gastos de traslado estarán a cargo del actor; en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal.

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.

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, al menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

Artículo 15

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

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.

LOCALIZACION 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.

ANEXO

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

La solicitud deberá ser acompañada de toda la información que suministre el solicitante o recabe la autoridad requirente, concierne 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

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

DISPOSICIONES GENERALES

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

Artículo 23

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.

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.

ANEXO

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

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 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.

DISPOSICIONES FINALES

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 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

ANEXO

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

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:

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 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

ANEXO

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

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.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente Convención.

HECHA EN LA CIUDAD DE MONTEVIDEO, REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, el día quince de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

BIBLIOGRAFÍA.

Abouhamad Hobaica, Chibly, *El menor en el mundo de su ley*, Editorial Gaceta Legal-Ramírez Garay, Caracas, Venezuela, 1970.

Álvarez Vélez, María Isabel, *La protección de los Derechos del Niño*, editorial UPCO, Madrid, 1994.

Arellano García, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 1995.

Becerra Bautista, José, *El proceso Civil en México*, 14ª edición, Editorial Porrúa, México, 1992.

Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el Derecho*, 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 1987.

De Ibarrola, Antonio, *Derecho de Familia*, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1993.

Derechos de la Niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1990.

Derechos Humanos: Documentos y testimonios de cinco siglos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991.

Floris Margadant, Guillermo, *El Derecho Privado Romano*, 17ª edición, Editorial Esfinge, México, 1991.

Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil, primer curso*, 7ª edición, Editorial Porrúa, México, 1985.

Góngora Pimentel, Genaro David y Miguel Acosta Romero, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1992.

Hervada, Javier y José M. Zumaquero, *Textos internacionales de Derechos Humanos 1776-1976*, tomo I, 2ª edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, España.

L. Mendizabal, Oses, *Derecho de menores*, 1ª edición, Ediciones pirámide, Madrid, 1977.

López Ruiz, Miguel, *Elementos para la Investigación*, 2ª edición, UNAM, México, 1995.

Martínez López, Antonio José, *Código del menor y jurisdicción de familia*, 1ª edición, Ediciones Librería del Profesional, Colombia, 1991.

Monrroy Cabra, Marco Gerardo, *Derecho de familia y de menores*, 2ª edición, Ediciones Jurídicas Wílches, Colombia, 1991.

Nikken, Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos*, 1ª edición, Editorial Civitas, España, 1987.

Pereznieto Castro, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, 5ª edición, Editorial Harla, México, 1991.

Planiol, Marcel, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, tomo I, 2ª edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 1984.

Remacha Tejada, José Ramón, *Derecho Internacional Codificado*, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1984.

Remiro Brotons, Antonio, *Derecho Internacional Público*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1987.

Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminalidad de Menores*, 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 1987.

Bibliografía.

San Miguel Aguirre, Eduardo, *Derechos Humanos, legislación Nacional y tratados Internacionales*, 1ª edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994.

Stileman, Martha, *Menores, Tenencia, Régimen de Visitas*, 2ª edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1992.

Trabucchi, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.

DICCIONARIOS.

Diccionario de derecho privado, Tomo II, Labor, España, 1954.

Diccionario Jurídico Mexicano, tomos A-CH, I-O, P-Z, 2a edición, Porrúa-UNAM, México, 1988

Diccionario Porrúa de la Lengua Española, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1972.

Fernández de León, Gonzalo, Dr., *Diccionario Jurídico*, tomo III, 3ª edición, Ediciones de Contabilidad Moderna, Buenos Aires, Argentina, 1972.

Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, tomos I y III, Ediciones Arayú, Buenos Aires Argentina, 1962

PÁGINAS INTERNET.

www.geocities.com

www.unicef.org

www.un.org

LEGISLACIÓN.

- Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.
- Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Bibliografía.

- Ley del Servicio Exterior Mexicano.
- Ley General de Salud.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
- Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social.
- Reglamento de Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
- Reglamento a la Ley del Servicio Exterior Mexicano.

OTRAS DISPOSICIONES.

Acuerdo número A/05/95 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por el que se crea la Coordinación de Asuntos de Menores e Incapaces.

HEMEROGRAFÍA.

Revista de Derecho Privado, Año 2 número 5, Mayo-Agosto, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.

Revista de Derecho Privado, Año 2 número 6, Septiembre-Diciembre, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.

Revista de Derecho Privado, Año 6 número 16, Enero-Abril, UNAM, Editorial McGraw-Hill, 1995.