



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**SUSTRACCIÓN Y RESTITUCIÓN DE MENORES EN EL DERECHO
INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL
MEXICANO**

TESIS

Modalidad: Tesis por Capítulo de Libro.

Que para obtener el grado de

MAESTRO EN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Presenta:

José Luis Vázquez Ramírez

Tutora académica:

Dra. Laura Guadalupe Zaragoza Contreras.

Tutoras adjuntas:

Dra. Gabriela Fuentes Reyes.

Dra. Luz María Consuelo Jaimes Legorreta.

Ciudad Universitaria, Cerro de Coatepec, Toluca, México, abril de 2018.

Laura G. Zaragoza

Doctora en Ciencias Sociales y Políticas

Ciudad Universitaria, 6 de diciembre de 2017.

Dr. en Gob. FELIPE CARLOS BETANCOURT HIGAREDA
COORDINADOR DE ESTUDIOS AVANZADOS DE LA
FACULTAD DE DERECHO DE LA UAEM.
P R E S E N T E.

Me permito comunicarle que el trabajo del licenciado José Luis Vázquez Ramírez, "Sustracción y restitución de menores en el derecho internacional y en el derecho constitucional mexicano", el cual se presenta en la modalidad de capítulo de libro, para obtener el grado de Maestro en Derecho Judicial, fue publicado en el Libro DERECHOS HUMANOS Y JURISDICCIÓN, coordinado por la suscrita, coedición Tirant Lo Blanch–Poder Judicial del Estado de México–Escuela Judicial del Estado de México, en las páginas 99 a 160, ISBN: 978-84-9143-960-8, este año que transcurre.

El trabajo en comento, del cual me designaron TUTORA ACADÉMICA, reúne los requisitos metodológicos de fondo y forma que señala la legislación universitaria, por lo que, me es grato emitir mi **VOTO APROBATORIO**.

ATENTAMENTE

✓ Ccp. Lic. José Luis Vázquez Ramírez. Para su conocimiento.

Toluca, México; 30 de enero de 2018.

**DR. EN GOB. FELIPE CARLOS BETANCOURT HIGAREDA
COORDINADOR DE ESTUDIOS AVANZADOS
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UAEM
P R E S E N T E**

En relación al oficio mediante el cual me comunicó el registro ante la Secretaría de Investigación y Estudios Avanzados del protocolo de investigación titulado: **“Sustracción y restitución de menores en el Derecho Internacional y en el Derecho Constitucional Mexicano”**, realizado por el **Lic. José Luis Vázquez Ramírez** para la obtención del grado de Maestro en Administración de Justicia, como Tutora Adjunta del mismo, me permito hacer de su conocimiento que el trabajo ha sido concluido.

Investigación que considero reúne los requisitos teórico-metodológicos que indica la legislación universitaria, al abordar el objeto de estudio en forma adecuada y con una disertación que permite al Licenciado Vázquez efectuar diversas aportaciones. Motivo por el cual, otorgo mi **voto aprobatorio** para que el interesado pueda continuar con los trámites correspondientes.

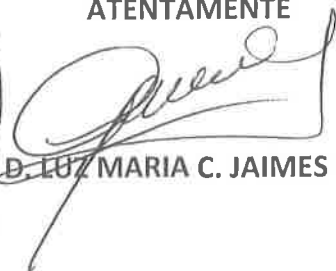
Sin otro particular, aprovecho la ocasión para reiterarle mi compromiso institucional.

FACULTAD DE DERECHO

RECIBIDO

COORDINACIÓN DE
ESTUDIOS AVANZADOS

ATENTAMENTE



DRA. EN D. LUZ MARIA C. JAIMES LEGORRETA

Ciudad Universitaria, 31 de enero de 2018

Dr. Carlos Felipe Betancourt Higareda
Coordinador de Estudios Avanzados de la
Facultad de Derecho de la UAEM
Presente

Por este medio, le informo que el Lic. José Luis Vázquez Ramírez, realizó la investigación intitulada "Sustracción y Restitución de Menores en el Derecho Internacional y en el Derecho Constitucional Mexicano" bajo mi tutoría adjunta, como egresado del programa de estudios de la Maestría en Administración de Justicia. Cabe mencionar que dicho trabajo ha sido aceptado y publicado en un medio que cubre los estándares de científicidad requeridos en el plan de estudios.

Por lo anterior me es grato emitir mi **VOTO APROBATORIO**, para que el Lic. Vázquez Ramírez, continúe con los trámites correspondientes.

Sin otro particular le envío un saludo cordial.

ATENTAMENTE



Dra. Gabriela Fuentes Reyes
Tutora adjunta
Profesora-investigadora de tiempo completo



Universidad Autónoma del Estado de México

Facultad de Derecho

Abril 17, 2018
CEA/103/2018

**JOSE LUIS VAZQUEZ RAMIREZ
P R E S E N T E**

Sirva el presente, para comunicarle que una vez realizado el análisis del expediente académico relacionado con el proceso para obtener el grado de Maestro en Administración de Justicia, con fundamento en lo establecido por el artículo 52 y demás relativos del Reglamento de los Estudios Avanzados de la Universidad Autónoma del Estado de México, publicado en la Gaceta Universitaria del mes de Mayo de 2008, me permito otorgar a Usted la autorización necesaria para que proceda a impresión del trabajo terminal de grado denominado: *"Sustracción y restitución de menores en el Derecho Internacional y en el Derecho Constitucional Mexicano"* y con oportunidad presente los diez ejemplares requeridos para estar en posibilidad de programar la fecha en que deberá llevarse a cabo su examen para obtener el grado en comento.

No habiendo otro asunto que tratar por el momento, le reitero la seguridad de mi consideración y estima.

**Atentamente
Patria, Ciencia y Trabajo**

"2018, Año del 190 Aniversario de la Universidad Autónoma del Estado de México"

Felipe C.B.

**Dr. en Gob. Felipe Carlos Betancourt Higareda
Coordinador de Estudios Avanzados de la
Facultad de Derecho**



**FACULTAD DE DERECHO
COORDINACION DE
ESTUDIOS AVANZADOS**

FCBH/acd

Cerro de Coatepec S/N,
Ciudad Universitaria, C.P. 50110,
Toluca, Edo. de México.
Tel: (722) 214 43 00 y 2 14 43 72
<http://derecho.uaemex.mx>



CONTENIDO

| | |
|--|---|
| Agradecimientos | 2 |
| Protocolo. | 3 |
| a. Objeto de estudio. | 3 |
| b. Hipótesis | 3 |
| c. Objetivo general y específicos | 3 |
| d. Metodología general. | 4 |
| e. Marco teórico. | 4 |
| f. Estado del conocimiento del objeto de estudio. | 5 |
| g. Bibliografía que presenta los antecedentes | 6 |
| Documento probatorio de publicación | 9 |
| SUSTRACCIÓN Y RESTITUCIÓN DE MENORES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO | |
| 1. Introducción. 2. La Patria Potestad. 3. Guarda y custodia. 4. La protección del Menor en el Derecho Constitucional. 5. Marco Jurídico Penal de la sustracción de menores. 6. Convenios Internacionales de protección de derechos humanos del menor. 7. Procedimiento en la restitución de menores. 8. Objetivos del Convenio. 9. El Interés del Menor. 10. Edad del menor. 11. El traslado o la retención ilícita del menor. 12. Autoridad Central. 13. Reflexiones finales. 14. Bibliografía. | |

“No es casualidad cuando la vida insiste en cruzarte con algunas personas. Algo quedo por decir, por perdonar, por sentir. Por aprender.” El principito.

A mis hijos Erika y Marco Tulio, infinitas gracias por haber escogido de nuevo y no tan meticulosamente llegar con estos padres, aunque solo seamos un instante en este lugar; no hay amor más bello, más sublime, más divino, más tierno y más humano que el suyo y una vez más, mo cuishle, perdónenme por tanto tiempo robado.

A mi esposa Isabel, por el ayer, por el hoy y por el mañana, de días felices e iridiscentes, por los tristes y difíciles. Dios ha hecho de ti una oración en mi vida.

A mi querida Maestra, la Doctora Laura G. Zaragoza Contreras, eternamente agradecido, eternamente bendecida, un ángel humano.

PROTOCOLO

a. Objeto de estudio.

Este capítulo del libro Derechos Humanos y Jurisdicción presenta una aproximación a la problemática normativa, -internacional y nacional-, que en la realidad jurisdiccional, se vive ante la sustracción internacional de menores. El eje rector y conductor son los propios derechos humanos de los menores afectados, -entendidos como verdaderos titulares de derechos y no sólo como objeto de protección. El Estado mexicano, con la firma y ratificación de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adquirió obligaciones que debe cumplir, dentro de los cuales se encuentra el trámite procesal, el cual debe armonizarse con las normas de fuente internacional.

b) Hipótesis.

El Estado mexicano incumple las disposiciones contenidas en Convención sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ante la falta de normas eficaces y armónicas en la legislación procesal civil -federal y local-, que regulen el procedimiento de restitución de menores ilícitamente trasladados a México, o de México al extranjero.

c) Objetivo general y objetivos específicos.

Objetivo general:

- I. Analizar las obligaciones contraídas por el Estado mexicano al ratificar la Convención sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Objetivos específicos:

- i. Revisar la concordancia entre las disposiciones normativas internacionales y las de fuente nacional -federal y locales-, respecto al procedimiento a seguir ante la Sustracción Internacional de Menores

- ii. Revisar las facultades de los juzgadores, cuando exista riesgo de sustracción de menores o en el procedimiento ya iniciado
- iii. Analizar la efectividad de las medidas dictadas por las autoridades jurisdiccionales, como lo son la prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización expresa; la prohibición de expedición de pasaporte al menor o la retención del mismo y el sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

d) Metodología general.

Se trata de una investigación descriptiva, de carácter exploratorio donde, para efectos de probar o disprobar la hipótesis planteada, se optó por el empleo de un modelo combinado es decir, a partir de la experiencia adquirida como juzgador, se realizó una revisión a la normatividad mexicana de fuente nacional e internacional y los resultados se contrastan con las disposiciones del derecho español.

Se empleó el método histórico-comparativo, para efectos de proyectar en tiempo y espacio la esencia constitucional en materia de Derechos Humanos, frente a las decisiones que, los juzgadores mexicanos han tomado respecto el procedimiento de restitución de menores ilícitamente trasladados a México, o de México al extranjero, lo cual se contrasta con la normatividad española.

Para el desarrollo del capítulo del libro, se acudió a la técnica de investigación documental, a través del apoyo teórico-doctrinal, legal y jurisprudencial.

e) Marco teórico.

Este capítulo se aborda desde la perspectiva garantista, la cual debe ser entendida como una tesis metodológica de aproximación al Derecho que mantiene la separación ente ser y deber ser, entre efectividad y normatividad, y que rige en los diversos planos del análisis jurídico: el meta-jurídico del enjuiciamiento externo

o moral del Derecho, el jurídico del enjuiciamiento interno del Derecho y el sociológico de la relación entre Derecho y práctica social efectiva.¹

El garantismo es una ideología jurídica, que permite representar, comprender, interpretar y explicar lo que es el derecho; Ferrajoli señala la existencia de una íntima vinculación de la teoría del Estado constitucional (desde el punto de vista normativo) y el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico)².

El garantismo presenta como característica la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, de alcance nacional o internacional y evidencia el escepticismo respecto de la existencia de poderes buenos, que den cumplimiento espontáneo a los derechos y postula su limitación para que así, se encuentren sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, particularmente si tienen carácter de derechos fundamentales.

Mi experiencia como juzgador me ha permitido advertir que la legislación procesal civil mexicana -federal-, que rige para todo el país y, la legislación local que rige en cada una de las entidades federativas que lo conforman, distan de ser armónicas al tratándose del procedimiento de restitución de menores ilícitamente trasladados a México.

f) Estado del conocimiento del objeto de estudio.

El tema de la restitución internacional de menores ha sido escasamente abordado; en México sólo se cuenta con la obra de la autoría de juzgadores de la Red Latinoamericana de Jueces en la materia, los doctrinarios han omitido profundizar al respecto y solo existen aproximaciones ubicadas dentro de temáticas generales de Derecho Internacional, pero no en cuanto a la tramitación que se realiza cuando existe la sustracción internacional, en su aspecto procesal, ni de fondo, ya sea cuando se traslada a un menor a México o de México hacia el extranjero.

¹ Ferrajoli, Luigi. (1995) *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Prólogo de N. Bobbio. Madrid, Trotta. pp. 854-855.

² Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2008.

g) Bibliografía que presenta los antecedentes.

Álvarez Vélez, María Isabel. (1990) *La protección de los Derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España, 1994.

Arellano, García Carlos. (1997) *Segundo Curso de Derecho Procesal Civil*. Ed. Porrúa. Segunda edición actualizada. México.

Ballesteros, Jesús (editor). (1992) *Derechos Humanos*. Editorial Tecnos, S.A., Madrid.
Becerra, Bautista José. (2000) *El Proceso Civil en México*. Décimo séptima edición. Ed. Porrúa. México.

Bentham, Jeremías. (2000) *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Trad. D. Diego Bravo y Destouet. Primera Edición. Ed. Ángel Editor. México.

Biagio, Brugi. *Instituciones de Derecho Civil*. Grandes Clásicos del Derecho. Trad. Jaime Simo Bofarull. Vol. Cuarto. Ed. Oxford University Press. México.

Bonnetcase, Julien. (1997) *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Biblioteca Clásicos del Derecho. Volumen 1. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. Ed. Harla. México.

Briseño, Sierra Humberto. (1999) *Derecho Procesal*. Biblioteca de Derecho Procesal. Volumen 1 y 2. Ed. Oxford University Press. México.

Calamandrei, Piero. (1997) *Derecho Procesal Civil*. Biblioteca Clásicos del Derecho. Volumen 2. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. Ed. Harla. México

– (1996) *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Colección Clásicos del Proceso Civil. Trad. Santiago Sentís Melendo. Vol. I. Ed. E.J.E.A. Buenos Aires, Argentina.

Calvo Caravaca Alfonso-Luis y Carrascosa González Javier. (2001) *Práctica Procesal Civil Internacional*. Editorial Comares, Granada, España.

Carpizo, Jorge. (1993) *Derechos Humanos y Ombudsman*. Primera Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Comisión Nacional de Derechos Humanos. México.

Contreras, Vaca Francisco José. (1999) *Derecho Procesal Civil*. Biblioteca de Derecho Procesal Civil. Universidad Nacional Autónoma de México. Volumen 1 y 2. Ed. Oxford University Press. México.

Couture, Eduardo J. (1081) *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición. Ed. Nacional. México.

Chávez Asencio, Manuel F. (1987) *La Familia en el Derecho (relaciones jurídicas paterno filiales)*. Editorial Porrúa, México.

Chiovenda, Giuseppe. (1995) *Curso de Derecho Procesal Civil*. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. Ed. Pedagógica Iberoamericana. México.

De Ibarrola, Antonio. (1978) *Derecho de Familia*. Editorial Porrúa, México.

De Pina, Rafael. (1981) *Tratado de las Pruebas Civiles*. Tercera Edición. Ed. Porrúa. México.

De Pina, Rafael y José Castillo Larrañaga. (2000) *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Vigésimo quinta edición. Ed. Porrúa. México.

Diccionario Jurídico Mexicano. (1989) Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomos I, II, III y IV. Editorial Porrúa, México.

Domínguez, Martínez Jorge Alfredo. (1996) *Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*. Quinta Edición, Ed. Porrúa. México.

Dorantes, Tamayo Luis. (1997) *Teoría del Proceso*. Quinta Edición. Ed. Porrúa. México.
Fairén, Guillén Víctor. (1992) *Teoría General del Derecho Procesal*. Primera Edición. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.

Galindo Garfías Ignacio. (1980) *Derecho Civil*. Primer curso. Editorial Porrúa, S.A., México.

García, Presas Inmaculada. (2013) *La Patria Potestad*. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, España.

Gómez, Lara Cipriano. (1998) *Derecho Procesal Civil*. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Sexta edición. Ed. Oxford University Press. México.

González Martín, Nuria. (2006) *Familia, Inmigración y Multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada*. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa, México.

Gozáini, Osvaldo Alfredo. (1994) *Notas y Estudio sobre el Proceso Civil*. Serie G: Estudios Doctrinales. Primera Edición. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.

Lázaro González, Isabel E. y Mayoral Narros, Ignacio V. (2003) *Jornadas sobre derecho de los menores*. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España.

Maqueda, Abreu María Luisa. (1988) *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*. Granada, Universidad de Granada.

Montón García, Mar. (2003) *La sustracción de menores por sus propios padres*. Colección Abogacía Práctica número 26. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España.

Kelly, Hernández Santiago A. (2001) *Teoría del Derecho Procesal*. Tercera edición. Ed. Porrúa. México.

Ovalle, Favela José. (1991) *Teoría General del Proceso*. Ed. Harla. México.

– (1998) *Derecho Procesal Civil*. Sexta Edición. Ed. Harla. México.

Otero, Parga Milagros. (2006) *Dignidad y Solidaridad*. Dos derechos fundamentales. México, Editorial Porrúa.

Pacheco, Escobedo Alberto. (1974) *La persona en el Derecho Civil Mexicano*. Ed. Panorama Editorial. Primera edición. México.

Pallares, Eduardo. (1964) *Apuntes de Derecho Procesal Civil*. Ed. Ediciones Botas. Segunda edición. México.

Pereznieto, Castro Leonel. (1995) *El art. 133 constitucional: una relectura*. Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. 1995-II, núm. 25, págs. 265-292.

Planiol, Marcel y Ripert, Georges. (1997) *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Volumen 8, Biblioteca Clásicos del Derecho, Trad. Leonel Péreznieto Castro. Editorial Harla, México.

Rivero, Hernández Francisco. (2000) *El interés del menor*. Editorial Dykinson, S.L. Madrid.
Rojina, Villegas Rafael. (1969) *Derecho Civil Mexicano*. Tomo Primero. Cuarta edición. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México.

Trabucchi, Alberto. (1967) *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I, Trad. Luis Martínez-Calcerrada. Ed. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.

Vizcarra, Dávalos José. (1999) *Teoría General del Proceso*. Tercera Edición. Ed. Porrúa. México.

Zannoni, Eduardo. A. (1978) *Derecho de familia*. Editorial Astrea. México. Buenos Aires.

Capítulo cinco

SUSTRACCIÓN Y RESTITUCIÓN DE MENORES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO.

José Luis Vázquez Ramírez

SUMARIO. I. Introducción. II. La Patria Potestad. III. Guarda y custodia. IV. La protección del Menor en el Derecho Constitucional. V. Marco Jurídico Penal de la sustracción de menores. VI. Convenios Internacionales de protección de derechos humanos del menor. VII. Procedimiento en la restitución de menores. VIII. Objetivos del Convenio. IX. El Interés del Menor. X. Edad del menor. XI. El traslado o la retención ilícita del menor. XII. Autoridad Central. XIII. Reflexiones finales. XIV. Fuentes consultadas.

I. Introducción.

La persona es el centro del orden jurídico, es la razón de existir del derecho; sin persona el derecho perdería su razón de ser y no se estaría ordenando nada a alguien y así todo el derecho existe para la persona individual, para el logro de sus más altos ideales y para ayudarle a conseguir sus más altos fines.

Un punto de partida ordinario, es que la personalidad humana comienza con el nacimiento y termina con la muerte, sin embargo, el derecho ha concedido facultades al no nacido, ya que desde en el momento en que es concebido se encuentra bajo la protección de la ley, pues en varios preceptos podemos encontrar esas facultades referidas; se puede designar como heredero al no nacido, se encuentran establecidas medidas cuando la viuda queda encinta, respecto de la sucesión de su marido, hasta en tanto tenga conocimiento si el producto del embarazo nace vivo y viable, protegiendo los posibles derechos del no nacido.

En el presente trabajo, se hará alusión al vocablo “menores” o “niño” para referirnos indistintamente a niñas y niños, sin que esto implique discriminación hacia el sexo femenino, pues el propósito primordial del trabajo es generar una reflexión para brindar mayor protección a niñas y niños en general, así como a ambos en lo particular en los casos de sustracción internacional de menores.

Diferentes codificaciones coinciden en determinar que un niño será el menor de edad, en el caso de México, cuando es menor de dieciocho años, sin embargo la Convención relativa a la sustracción internacional de menores, establece como edad máxima de aplicación a los que no rebasen los dieciséis años, como quiera, niñas y niños serán el centro de atención y motivo de la exposición.

Es imperativo puntualizar, que México se encuentra conformado por treinta y un estados o entidades federativas y el Distrito Federal y a su vez, existen un Poder Legislativo Federal, un Poder Judicial Federal constituido en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y un Poder Ejecutivo Federal depositado en el Presidente de la República, así como también existe un Poder Legislativo Local para cada una de las entidades federativas, un Poder Judicial local integrado por un Tribunal Superior de Justicia y un Poder Ejecutivo local, depositado en un gobernador para cada una de las treinta y una entidades federativas y el Jefe de Gobierno para el Distrito Federal.

Lo anterior para precisar que ante este sistema federal y estatal o local, existe una legislación federal, pero treinta y dos legislaciones locales en materia civil, procesal civil, familiar, procesal familiar, penal y procesal penal, ya que no hay una legislación única o uniforme, coincidiendo el contenido en lo general, en la mayoría de los casos, pero en otros, se regula de manera diferente, ya sea en el ámbito sustantivo o procesal.

Conforme a la división territorial y competencial de México, en federal y local, por cuestiones de orden, al invocar legislación civil y procesal civil, sólo se hace referencia a la local o estatal, en la especie, la del Estado de México, como entidad federativa, dado que varían las legislaciones de una entidad a otra; además de que, en relación con asuntos de filiación y patria potestad, así como los temas relacionados con la materia familiar, solamente se encuentran reguladas por la legislación local, por razones de corte competencial.

Además, los juzgados locales son competentes para conocer de la solicitudes de restitución internacional de menores, por facultad que concede el artículo 104

fracción I de la CPEUM³, que prevé la competencia concurrente, en donde pueden conocer de un asunto relacionado con un tratado internacional, los Tribunales Federales o los del fuero común de las entidades federativas, así como el criterio de interpretación emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia 12/98.⁴

El texto del artículo 2.1 del Código Civil para el Estado de México, señala a la persona física reconociéndole tal carácter desde su nacimiento hasta su muerte, pero más aún, desde que es concebido se le tiene por persona para los efectos de ley.⁵ Este precepto coincide en su contenido con los correlativos de las legislaciones de las diversas entidades federativas de México.

Así la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento, pero antes de la separación, el feto no se distingue de la madre, por lo que no puede tener personalidad propia, además, el feto separado tiene la necesidad de otro elemento para que a su vez inicie su existencia jurídica, que consiste en que debe nacer vivo; así el concebido carece de capacidad jurídica, pero la ley le reconoce derechos subordinándolos a su nacimiento futuro, aunque el Código Civil en el

³ El artículo 104 Fracción I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el estado mexicano. cuando dichas controversias solo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los estados y del distrito federal. las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado.

⁴ COMPETENCIA FEDERAL O CONCURRENTE EN UN JUICIO CIVIL HIPOTESIS EN QUE SE PRESENTAN, TRATANDOSE DE CONTROVERSIAS SOBRE APLICACIÓN DE LEYES FEDERALES O TRATADOS INTERNACIONALES. Establece el artículo 104 fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que los tribunales federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, y añade que cuando dichas controversias solo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Por tanto, para que se surta la competencia federal en las controversias citadas es preciso que no se afecten solo intereses particulares; en cambio, en el supuesto de que únicamente se afecten estos, la competencia será recurrente quedando a elección del actor el fuero al que debe someterse.

⁵ Artículo 2.1. *Persona física es el ser humano desde que nace y es viable, hasta que muere; a quien se le atribuye capacidad de goce y ejercicio; y que desde que es concebido se le tiene por persona para los efectos declarados por la ley. Es viable el ser humano que ha vivido veinticuatro horas posteriores a su nacimiento o es presentado vivo ante el Oficial del Registro Civil.* Decreto número setenta publicado en la Gaceta de Gobierno de fecha siete de junio del dos mil dos.

artículo 2.1., ya citado, considera como persona al concebido, de manera tal, que entraña un efecto protector en relación con el derecho a la vida desde el momento de la concepción, como una realidad biológica y existencial, que confirma que tras la concepción, un nuevo ser humano ha comenzado a existir; opinión o gusto que de cualquiera forma patentiza lo afortunado del precepto y del legislador.

Bajo esta directriz, al considerar como persona al concebido, adquiere desde ese momento los derechos que la ley concede a toda persona como tal, lo que cobra relevancia si se toma en cuenta que la legislación, antes de dos mil dos, no contemplaba al concebido, pero el artículo 2.1. está en correspondencia con la Convención sobre los Derechos del Niño⁶, al incluir en su artículo 7º, que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida; tutelando el dispositivo, -al niño por nacer-, lo que coincide con el Pacto de San José de Costa Rica en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 1.2, al señalar que todo ser humano es persona y también, el artículo 4.1, señala que comienza su existencia *“a partir del momento de la concepción”*. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, dice en su artículo 3º, que todo individuo tiene derecho a la vida. De lo anterior se advierte esa tendencia universal a estimar persona al concebido y brindar consideración especial a este, protegiendo sus derechos fundamentales, en particular, el derecho a la vida.

Se hace referencia concomitantemente a la normativa de España, para un efecto comparativo y para determinar si la regulación en uno de los puntos del trabajo, relativo al procedimiento concuerda o es similar con la del Estado de México, así como también para exponer los elementos que pudieran beneficiar para una mejor protección de los menores, en atención a que esa normativa nos lleva algunos años de adelanto en su creación y aplicación.

⁶ Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, ratificada por el Estado Mexicano el veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa, previa aprobación del Senado de México.

Normatividad española.

El parlamento Español, proclamó la Declaración de los Derechos del Niño por nacer, la que en su artículo 1º señala que, el concepto niño por nacer se refiere a todo ser humano desde el momento de la concepción es decir, desde la penetración del espermatozoide en el óvulo, hasta el nacimiento, mientras que el artículo 2º, refiere ya, que el niño por nacer goza de todos los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y tiene derecho a una protección especial, enfatizando que esa protección está incluso, por encima de la que la familia, el Estado y la sociedad suelen dar a toda persona, asimismo, en cualquier medida que se toma por alguna institución pública o privada, órgano legislativo, judicial o administrativo, es de consideración primordial el interés superior de la persona por nacer.

El artículo 29 del Código Civil español establece que al concebido se le tiene por nacido para los efectos que le sean favorables, pero condicionado a que nazca con las condiciones requeridas -tener figura humana y vivir veinticuatro horas , una vez que ha sido enteramente desprendido del seno materno-, según dispone la parte final del artículo 30 del mismo ordenamiento.

En este contexto, si las legislaciones protegen al concebido no nacido, es evidente, que se le reconoce como titular de derechos y, también objeto de protección, atendiendo la indefensión en que se encuentra desde el hecho biológico de su nacimiento, así como para los efectos de la representación legal y su protección conforme a las diversas figuras creadas para tal efecto, como por ejemplo: la patria potestad, la tutela en sus tres clases, testamentaria, legitima y dativa y un ejemplo más lo es la curatela.

La posición de los menores en la norma jurídica ha provocado inquietudes e interpretaciones de muchos académicos y jueces, los cuales son de índole diversa, de tipo familiar, civil, penal, laboral, hasta en la mediación en las diferentes áreas de aplicación; en materia familiar, que es desde la perspectiva fundamental de este artículo, también se presentan algunos supuestos en donde

el menor por nacer y el que ha nacido es el protagonista, como ya se mencionó: las precauciones a la viuda que ha quedado encinta, que el no nacido aparezca como heredero o legatario, el pago de los alimentos para el no nacido y para el nacido, la suspensión, pérdida y excusa del ejercicio de la patria potestad, la recuperación en la hipótesis de suspensión de la misma, así como la guarda y custodia, tutela y curatela, así como adopción plena; en el caso, se limitara exclusivamente al tratamiento de la retención o traslado ilícito del niño por sus padres o algún otro familiar, llamado sustracción de menores, que se presenta como consecuencia del ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad.

El tema de la sustracción de menores, obliga a hacer referencia a la guarda y custodia, derivada de la figura de la patria potestad, la que vinculada a la organización de la familia, ha sufrido, como esta, importantes variaciones en las últimas décadas, ante lo vertiginoso de los desplazamientos de personas a lo largo y ancho del mundo, con fines laborales, profesionales, académicos, artísticos, financieros, turísticos, empresariales, energéticos, inclusive delincuenciales, -por ejemplo, los terroristas-, y un largo etcétera, provocando la creación de relaciones de todo tipo, en el ámbito familiar: conyugales, concubinarias, de filiación y parentesco, entre personas de diferente nacionalidad, con las consecuencias legales inherentes.

La familia ha sufrido mutaciones en su proceso evolutivo y por ende, en la regulación jurídica, con la derogación de las causales de divorcio y la creación del divorcio incausado, la disminución de la tasa de natalidad en los países desarrollados y el aumento de adopciones internacionales, por ciudadanos de países desarrollados, la incorporación cada vez mayor de la mujer al mercado de trabajo, el matrimonio entre personas del mismo sexo y la posibilidad de adoptar, los reclamos cada vez mayores en la custodia compartida en los casos de divorcio o separación de parejas unidas en concubinato o uniones de hecho, el incumplimiento de obligaciones alimentarias, la suspensión y pérdida de la patria potestad, con el abandono y exposición de los hijos y por no dejar de mencionar, las demandas de reconocimiento y desconocimiento de hijos, con la prueba

pericial que es la idónea para justificar la pretensión; fenómenos que marcan la pauta de los cambios del contexto familiar.

II. La Patria Potestad.

La patria potestad toma su origen de la filiación; se trata de una institución establecida por el derecho, con la finalidad de brindar asistencia y protección a los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera del matrimonio o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación. La patria potestad según Planiol es *“el conjunto de derechos y facultades que la Ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus menores hijos, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”*.⁷

El mismo Planiol refiere que los derechos concedidos a los padres sobre sus hijos, son una consecuencia de los deberes que tienen que cumplir y las múltiples obligaciones a cargo de estos, lo cual, dice, se resume en la educación del hijo, percepción que se estima atinada, porque todo conduce a la educación del menor.

La patria potestad es una institución legal y moralmente necesaria ya que una de sus finalidades es generar el sentido de cohesión familiar y, por ende, social. La legislación mexicana, encuentra el origen de la patria potestad en la relación paterno-filial; es decir, en la procreación y en la adopción, no así, en el matrimonio como sucedía en las legislaciones de la antigüedad.

La patria potestad es *“el poder que la ley otorga a los padres sobre los hijos menores de edad no emancipados para proveer a su asistencia integral.”*⁸ En este sentido, el concepto de patria potestad es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de proveer a la asistencia y protección de los hijos menores de edad, no emancipados, así como para la administración de sus bienes.

⁷ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho. Volumen 8. Trad. Leonel Pereznieta Castro. Editorial Harla, México, p. 255.

⁸ Bercovitz, citado por García Presas Inmaculada (2013). La patria potestad. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, España, p. 13.

El ejercicio de la patria potestad se confiere a ambos progenitores, la ley no establece una división de poderes o de facultades que deban ejercer separadamente cada uno de los progenitores, sino que las cargas, los deberes y las facultades que les impongan la patria potestad deben ser cumplidos conjuntamente por el padre y por la madre, siempre mirando por la educación y formación integral de los hijos. Así, el Código Civil no muestra un concepto sobre la patria potestad, sino habla de ella en relación con sus efectos, respecto de la persona y de los bienes del hijo o de la hija, enunciando los deberes y obligaciones de los que la ejercen, que por orden, se encuentran los padres y a falta de estos los abuelos, -maternos y paternos-, sin preferencia a alguno y ahora, se ha establecido que también la deben ejercer los familiares consanguíneos hasta el tercer grado colateral, por disposición expresa del artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México. (CCEM)

La patria potestad está constituida por un conjunto de poderes, para colocar a los titulares de la patria potestad en la posibilidad de cumplir los deberes y ejercer los derechos que les conciernen en relación con sus hijos.

Respecto de la naturaleza de esta figura, Galindo Garfias señala que *“es una institución establecida por el derecho, con la finalidad de asistencia y protección a los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de nacidos de matrimonio, de hijos nacidos fuera de él, o de hijos adoptivos”*⁹.

Algunos autores estiman que los derechos derivados de la patria potestad son derechos-funciones, porque están condicionados por el fin para el que fueron creados, que es la protección y educación de los hijos, pero todos coinciden en darle la categoría de institución.

La patria potestad organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores, está constituida primordialmente por un conjunto de deberes, alrededor de los cuales y en razón de los mismos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes la ejercen un conjunto de facultades. La patria potestad se presenta también

⁹ Galindo Grafías, Ignacio. (1980) *Derecho Civil*. Primer curso. Editorial Porrúa, S.A., México. p. 667.

como una especie de derecho subjetivo, quiere decir que frente a todo poder exterior a la familia, el titular de la patria potestad tiene un derecho subjetivo personalísimo, no obstante que la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana considera la considera, no como un derecho subjetivo propiamente, sino como una potestad, pero es únicamente en el sentido de que, como un derecho subjetivo, la patria potestad es de ejercicio obligatorio y en este sentido, se encuentra nuevamente una coincidencia o semejanza con otros derechos subjetivos públicos; no existe ciertamente libertad del titular de la patria potestad para ejercerla o dejar de ejercer ese cargo; sobre los progenitores recae esa función y no están en la posibilidad de renunciar a su ejercicio.

En ello se basa la irrenunciabilidad de la patria potestad, que tiene su fundamento en dos ideas primordiales, como lo ha establecido la propia Suprema Corte, que son:

a) la primera es que la patria potestad no constituye un genuino y propio derecho subjetivo o poder jurídico que se atribuye al titular para la consecución o logro de su interés, sino que, por el contrario, constituye una función jurídica o potestad, ya que, frente a los derechos subjetivos, las potestades son poderes jurídicos que se atribuyen a una persona, no para que ésta realice a través de ellos sus propios intereses, sino el interés de otra u otras personas. Confluyen por ello, en la idea de potestad, junto al elemento de poder jurídico, un elemento de deber o de obligatoriedad en el ejercicio. La regla del artículo 1.3 Del Código Civil para el Estado de México -renunciabilidad de los derechos privados-, es plenamente aplicable a los derechos subjetivos, pero en cambio, no lo es a aquellas situaciones de poder jurídico que deben ser incluidas dentro del marco técnico de las potestades, porque esa renuncia está condicionada a que no se afecte directamente al interés público o cuando no perjudiquen derechos de terceros.

b) El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que, de renunciarse a esa potestad, ello se haría, indudablemente, contra el orden público y en perjuicio de un tercero, entendido el orden público como el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas. Desde este punto de vista no cabe duda de que constituye un

principio general de nuestro derecho el del carácter tutelar de la patria potestad. Por otra parte, la renuncia siempre se produciría en perjuicio de tercero, -que es el hijo-, a quien perjudica el hecho que el padre o la madre, abuelos o familiares se liberen de aquellos deberes que la patria potestad les impone.

La suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado en forma correcta qué es una potestad sobre la persona, la cual viene impuesta con carácter imperativo y no se admite una separación o dejación voluntaria de su ejercicio ni titularidad, salvo la excepción de la excusa, en virtud de que los menores son personas que tienen derechos que han sido reconocidos a nivel constitucional, por leyes secundarias, federales y locales y en múltiples Convenciones Internacionales de Derechos Humanos y particularmente de menores. En la Convención sobre los derechos del Niño, suscrita por México, toma medidas para garantizar la protección del menor, atendiendo al interés superior del mismo, sin que ello implique tomarse la patria potestad como un poder ilimitado sobre el menor.

Los deberes que atribuye la patria potestad deben ejercerse siempre en interés del hijo, no en interés de las personas que ejercen la función (padres, abuelos y parientes), toda vez que el ordenamiento jurídico, al establecer un ámbito de libertad de su ejercicio, confía a sus titulares la protección de la persona y de los bienes de los hijos, con la administración de los mismos.

De la función propia de la patria potestad y su naturaleza se desprenden las siguientes características: la patria potestad es personal, participativa de ambas personas que la ejercen, irrenunciable, intransferible por la voluntad de quien la ejerce por ese carácter personalísimo e imprescriptible.

Con base en estas características, la patria potestad es el conjunto de deberes, obligaciones y derechos de carácter personal, que no pueden ser cumplidos a través de terceras personas, dado su carácter de intransmisible, su ejercicio únicamente puede cumplirse por el titular de la misma como son los padres y a falta de estos, los abuelos, ya sea paternos o maternos y a falta o por excusa de estos últimos, los

familiares consanguíneos hasta el tercer grado, según lo dispone el artículo 4.204 de la legislación sustantiva en el Estado de México.

La patria potestad es irrenunciable, así lo establece el artículo 4.226 del CCEM; de su ejercicio solo se puede excusar en los casos específicamente señalados en este precepto legal, es decir los que hayan alcanzado la edad de 60 años y quienes por su deteriorado estado de salud no puedan desempeñarla debidamente. La renuncia al ejercicio de la patria potestad por el ascendiente que debe desempeñar el cargo, implicaría la separación del deber de guarda y protección de los hijos, lo que perjudicaría los derechos de los menores que se encuentran bajo ella y sería fácil para los que tienen la obligaciones de ejercerla, que con la renuncia a su ejercicio se desatendieran para siempre de una obligación que nace de la filiación y por ende, de la procreación, por tanto, la renunciabilidad resulta antijurídica.

La patria potestad es intransmisible por voluntad de los titulares de la misma, porque tiene su origen en las relaciones paterno-filiales, esta fuera del comercio y no puede cederse, como único caso de excepción, solo puede transmitirse como consecuencia de que el Juez de lo Familiar haya aprobado la adopción, como medida protectora del interés del menor adoptado. Hoy en día se ha establecido la entrega de un menor a una institución de asistencia o beneficencia pública o privada, con el consecuente decretamiento de pérdida de la patria potestad para quien la ejerce, con la finalidad de darlos en adopción, como lo prevé la fracción IV del artículo 4.224 del CCEM.

La patria potestad es imprescriptible porque los derechos y deberes que de ella derivan, no se extinguen por el transcurso del tiempo, ni es de las obligaciones que se encuentran dentro del comercio, solamente acaba por las causas que establece la norma, la natural es, por la mayoría de edad.

Tiene un contenido de orden natural como lo es la procreación, y de carácter ético, en cuanto hace al deber de mirar por el interés de la prole y un aspecto social, consistente en la misión que corresponde a los padres de formar hombres útiles a la sociedad. La patria potestad forma parte importante, aún hoy en día, de la organización del grupo social primario o básico que es la familia, aun cuando la

conceptualización del vocablo haya sufrido variación ante las nuevas relaciones personales reconocidas legalmente.

Desde el punto de vista de la autoridad paterna, el fundamento ético de la patria potestad consiste en que la función encomendada al padre y a la madre no se agota en la procreación del hijo o de los hijos, impone a los padres la responsabilidad social de formarlos desde el punto de vista físico, intelectual y espiritual.

El contenido social de la patria potestad, se destaca desde el punto de vista de que, los poderes conferidos al padre y a la madre constituyen una potestad de interés público, en cuanto que realizando esa misión en interés del hijo, se cumple el interés de la colectividad representada por el Estado. De la conjunción de estos elementos, se desprende que el orden jurídico exige que la autoridad paterna se encuentre sólidamente establecida dentro del grupo familiar y explica a la vez, porqué en el derecho privado se reúne en esta institución, el interés de los hijos y el de los padres, el interés superior de la familia y el interés público de la sociedad y del Estado.

El deber primordial que se impone a los padres o ascendientes es: a) el cuidado y guarda de los hijos; b) la dirección de su educación; c) el poder de corregirlos y castigarlos; d) la obligación de proveer a su mantenimiento; e) la representación legal de la persona del menor; y f) la administración de los bienes del menor. Este complejo de relaciones jurídicas, se apoya en la solidaridad del hombre frente a los demás miembros del grupo social, que existe particularmente respecto de los hijos y en la misma naturaleza protectora de ese cargo de derecho privado; así como ocurre en ciertos cargos de derecho público que envisten a su titular, de un conjunto de potestades correlativas a los deberes que impone su ejercicio.

El artículo 4.204 del CCEM y de los Códigos Civiles de las Entidades federativas que tienen igual disposición, establece el orden en que la patria potestad se ejerce: Por el padre y la madre; Por los abuelos y por los familiares consanguíneos hasta el tercer grado; pero cuando se presente una controversia, el juez decidirá, tomando en consideración el interés del menor. De lo anterior se advierte que la aplicación del precepto obliga al Juez, aunque independientemente de las circunstancias

imperantes por las que los padres dejen de ejercer la patria potestad, entrarán en el ejercicio, los abuelos que estime brinden mayor y mejor protección al menor, de tal manera que, la norma en comento es afortunada, porque los abuelos por ambas líneas se mantienen en igualdad, pues cualquiera de ellos podría entrar a ejercer tal potestad en relación con su nieto y de igual forma, los parientes consanguíneos hasta el tercer grado, por ambas líneas, siempre que sea lo más benéfico para el menor, como lo ha establecido la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰; así, resuelve la problemática, con igualdad para los Estados que tienen la misma disposición que en el Estado de México, otorgando facultad al Juzgador para que determine a quien corresponde ejercer la patria potestad a falta de padres, en razón de las circunstancias de cada caso en particular, y por lo tanto, debe resolver el problema, en el sentido de analizar conforme a las pruebas que se aporten las partes, pues recordemos que solo es en caso de controversia entre los abuelos o familiares consanguíneos, las mejores condiciones de respaldo y de vida para el menor, como se ha referido en el aspecto físico, emocional, educacional y espiritual.

Se concluye que la patria potestad es una institución encargada de la asistencia, protección y representación de los menores o incapacitados, detentada por los padres y abuelos, y hasta familiares consanguíneos del tercer grado, lo cual estimo correcto, para la hipótesis en la cual los parientes de primer y segundo grado por ambas líneas perdieran la patria potestad o hayan fallecido, o que en su caso, los segundos se pudieran excusar de su ejercicio.

¹⁰ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

III. Guarda y custodia.

Dentro de los derechos del ejercicio de la patria potestad se encuentra el deber de que quienes la ejercen tendrán bajo la guarda y custodia a los menores; en ese sentido, la doctrina se ha ocupado de este punto y el Código Civil también lo refiere, en diversos preceptos, que se abordarán posteriormente y al efecto, se menciona que *la guarda no es una potestad que se reconozca a los padres en forma autónoma, sino que se les otorga en función del cumplimiento del deber de educación que es el gran deber que preside las relaciones entre padres e hijos.*¹¹ Por guarda de los hijos se entiende, en lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a los capacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia.¹²

Sin duda, la idea de protección al hijo se patentiza a través de la guarda del mismo, implica la incorporación de un hijo menor de edad al domicilio de las personas que ejercen la patria potestad, como parte de los deberes materiales y morales, por ende, también deriva en mantener el cuidado necesario y de vigilancia para un desarrollo integral favorable, lo que encierra el vocablo de custodia.

La guarda y custodia entonces, cubre uno de los aspectos de la patria potestad, como lo es el que sea imprescindible poseer materialmente la persona del hijo, no sólo para acompañarlo, sino también, para cumplir con los deberes básicos, a saber, el de asistencia, ministración de alimentos, que incluye la habitación, comida y vestido, como elementos primarios, así como educación formal e informal, atención médica en casos de enfermedad y hasta diversión; aunque éstos no siempre se proporcionen satisfactoriamente, de manera que el estar en posesión del menor, nos conduce a la idea de que debe estar incorporado al domicilio de cualesquiera de sus

¹¹ Zannoni, Eduardo. A. (1978) *Derecho de familia*. Editorial Astrea. México. Buenos Aires. p. 711.

¹² Diccionario Jurídico Mexicano. (1989) Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo III. Editorial Porrúa, México. p. 1555.

padres o de ambos, así como de sus abuelos maternos o paternos, como una protección integral del mismo.¹³

La guarda y custodia material implica la posesión física de los hijos, derivándose una relación de proximidad entre padres e hijos que si se toma en cuenta que se genera desde el nacimiento y por qué no decirlo, desde la concepción, esa proximidad tiende a realizarse en forma habitual y cotidiana; de ahí, que las legislaciones recogen esta idea para determinar que el domicilio de los menores es el de sus padres, el de quienes ejercen la patria potestad o en su caso de los tutores; pues no se podría entender el ejercicio de la patria potestad con la consiguiente guarda y custodia, si no se tiene incorporado al menor al domicilio, de manera que se entiende que ambos vocablos constriñen a los padres, abuelos y familiares a cumplir con el deber de vigilar con cuidado al menor.

Este panorama permite concluir, que para los menores, el estar incorporados con sus padres o con quienes ejercen la patria potestad sobre ellos, conforme se cumplan los derechos y deberes antes mencionados, les permitiría, como ya se mencionó, gozar de la compañía, pero también del desarrollo de los aspectos propios de la guarda y custodia; el problema entonces se visualiza cuando los padres unidos o no en matrimonio, deciden voluntariamente o necesariamente, unilateral o bilateralmente separarse y vivir entonces en distintos domicilios, porque esto los obliga a convenir sobre la guarda y custodia de sus menores hijos o reclamarlo judicialmente además, de ahí parte la esencia de este estudio, que como un elemento indispensable, a uno de los padres le será concedida la guarda y custodia de su menor o menores hijos y al otro le corresponderá un derecho de visita y convivencia con los hijos y aunque, no le fuera concedida judicialmente, en muchas ocasiones, existe una custodia de hecho que es ejercida por alguno de los padres y hoy, se presenta la figura llamada “custodia compartida”, en la que ambos padres disfrutan de la custodia de los hijos.

¹³ El artículo 4.203 del CCEM, dispone: *La patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y custodia, la ministración de sus bienes y el derecho de corrección.*

Bajo esta directriz, como lo ha recogido la legislación del Estado de México en el artículo 4.205¹⁴, se prevé lo relativo a la custodia y al derecho de visita, que se deberá determinar velando por el interés del menor.

En ese mismo sentido, el artículo 267 del CCEM anterior a las reformas de 2002¹⁵, y los artículos de los Códigos de algunas entidades federativas mexicanas que tenían igual disposición, señalaba que los hijos quedarán bajo la custodia del cónyuge no culpable o inocente debiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 246 y que si los dos fueren culpables, los hijos quedarán al cuidado del ascendiente a quien corresponda la patria potestad; este precepto -es pertinente invocarlo-, en virtud de que la custodia se encuentra inmersa en la patria potestad en comento y de esta norma se advierte que nuevamente se hace referencia a que si los dos cónyuges fueren culpables del divorcio, los hijos quedarían bajo la custodia del abuelo a quien corresponda la patria potestad, que desde luego cobraría aplicación conforme a dicho precepto lo previsto por los artículos 396, 400 y 402 del CCEM anterior, en cuanto al orden para el ejercicio de tal potestad, en el que se determina que ejercerán la patria potestad primero los abuelos paternos y sólo por falta o impedimento de ellos, entrarían al ejercicio los maternos, sin embargo, dichos preceptos han sido derogados por la nueva disposición del divorcio incausado, en donde evidentemente ya no existe la figura del cónyuge culpable o inocente.

El Código de Procedimientos Civiles del Estado de México tiene un capítulo relativo a la separación de personas como acto previo a juicio, en el que se encuentra la hipótesis en que un cónyuge intente demandar al otro; puede solicitarle al juez su separación del domicilio conyugal, quien además proveerá lo conducente a la guarda y custodia de los menores en caso de que los cónyuges no propongan la forma y términos para ejercerlas.

¹⁴Artículo 4.205 *En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad y no exista acuerdo sobre la custodia, el Juez resolverá teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo. Quien no tenga la custodia le asiste el derecho de visita.*

¹⁵ Reformas publicadas en la Gaceta del Gobierno del Estado de México, de fecha 7 de junio de 2002, en vigor a partir del 22 de junio del mismo año.

En el CCEM vigente, en el artículo 4.228 ya se prevé que cuando solo uno de los que ejercen la patria potestad debe hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las disposiciones que ordenan: primeramente, los que ejercen dicha patria potestad podrán convenir quién se hará cargo de la custodia del menor y en caso de no llegar a acuerdo alguno, la custodia se concederá por el juez de la manera siguiente: los menores de diez años quedarán bajo la custodia de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor; de los mayores de diez años, pero menores de catorce, el juez decidirá quién ejercerá la custodia, una vez que oiga al menor y a quienes ejercen la patria potestad sobre él; por último, los mayores de catorce años, podrán elegir cuál de los padres deberá ejercer la custodia sobre los mismos y en caso de no elegir, el Juez será quien decida.

Como se advierte de este precepto y del anterior, la nueva tendencia jurídica es velar primordialmente por el interés del menor, pues primero concede a los que ejercen la patria potestad esa facultad para decidir acerca de quién de ellos ejercerá la guarda y custodia y solo para el caso de desacuerdo, se aplicarán las reglas que contiene el precepto que en principio recoge criterios multidisciplinarios para advertir que una edad estimada idónea -menor de diez años-, es quedar bajo la custodia de su madre, salvo que sea perjudicial para el menor, analizando el caso específico, como podría ser que la madre tenga algún impedimento para ejercer la custodia o que realizara alguna conducta no propicia para la formación del menor.

En el caso de que el menor sea mayor de diez años y menor de catorce, el juez está obligado a oír a los interesados, que desde luego, no solo son los que ejercen la patria potestad sino al propio menor, que de acuerdo a su edad, ya podría externar opinión o punto de vista respecto a con quién vive en mejores condiciones, no solo en el aspecto físico de habitación o económico, sino en el espiritual, emocional y educacional, pero el Juez para determinar lo relativo a la guarda y custodia debe tener en cuenta el interés particular y superior del menor. Para los mayores de catorce años, ya se concede la potestad al menor de elegir con quien desea estar bajo la guarda y custodia y a la vez, advertir, que no es posible obligar a un menor, mayor de catorce años a vivir con quien no es su deseo, además de que, el

legislador tomo en cuenta que a esa edad ya existe un discernimiento más o menos adecuado para que el menor pudiera elegir con quien de sus padres es su deseo vivir.

Difiere del precepto anterior, el artículo 4.83 del CCEM, que se refiere a la custodia en los casos de nulidad de matrimonio, que desde mi perspectiva debiera llevar la misma directriz que el artículo 4.228 a que se hizo referencia, por lo positivo que resulta el haber atendido a la edad del menor, pero aquí se dice que los padres propondrán los términos del cuidado y custodia de los hijos y el juez resolverá atendiendo siempre al interés preponderante de estos.

Otro aspecto relacionado con la patria potestad es el relativo a los casos en que en un determinado procedimiento en donde se dirimen conflictos de esta índole, principalmente por los padres de los menores, en donde se ha establecido provisional o definitivamente un régimen de visitas a favor de alguno de los padres, para convivir con sus menores hijos, cuando la persona que tiene en su favor ese régimen, no hace entrega del menor dentro del horario o días fijados por el Juez, realizándose una retención indebida por el progenitor a quien se ha concedido el derecho de convivencia, prolongándose la retención por horas, días, semanas e inclusive meses, teniendo la autoridad judicial únicamente el empleo de los medios de apremio en contra del que incumple con la medida, donde se incluye la multa, el cateo, incluso se puede determinar, el auxilio de la policía para que acuda al requerimiento de entrega del menor o inclusive su búsqueda, teniendo también el órgano Jurisdiccional como facultad el arresto, que no puede ser superior a treinta y seis horas y que no obstante de realizarse determinaciones con el uso de dichas medidas e incluso girar oficios a algunas dependencias como la Secretaría de Relaciones Exteriores, al Director del Aeropuerto y Servicios Auxiliares, así como a cualquier Embajada, con la finalidad de que no se expida pasaporte, no se permita la salida y no se otorgue visa a los menores, respectivamente, la retención indebida va en perjuicio del interés no sólo del otro progenitor o titular de la patria potestad y que se encuentra en ejercicio de una custodia que le ha sido concedida o la ejerce de hecho, sino principalmente del menor.

En estos supuestos, pueden resultar insuficientes las medidas que tome el Juez, ante la ocultación y desaparición que realizan de los menores y del propio titular de la patria potestad, que independientemente que dé lugar a otro procedimiento, en donde se pudiera reclamar la suspensión de la patria potestad o su pérdida, conforme lo facultan los artículos 4.224 y 4.225 fracción IV del CCEM, se requiere para el acreditamiento fehaciente de alguna de las causas establecidas para aplicar la sanción extrema condenando a la pérdida del ejercicio de la patria potestad.

En efecto, cuando un menor está bajo el cuidado de sus padres o solo uno de ellos, de abuelos, paternos o maternos o cualquier otro familiar e incluso de alguna institución pública o privada, ejerciendo sobre el menor la custodia, ambos progenitores o uno de ellos, unidos o no en matrimonio, exista un acuerdo o no sobre dicha custodia o inclusive que ésta haya sido decretada por un juez, cuando se presenta un conflicto en el ejercicio de dicha custodia, una de las personas mencionadas procede a sustraer al menor de su domicilio, del que habita con quien ejerce jurídicamente su custodia, impidiendo o limitando el derecho otorgado, no solo de la persona mayor sino del menor mismo y cuando este propósito se consigue conduciendo o trasladando al menor a un país distinto a aquel en que habitaba y desarrollaba los derechos protectores del otro cuidador, es el momento en que nos encontramos ante lo que se ha denominado por la civilística *sustracción de menores o secuestro internacional de menores*, en materia penal.

De la sustracción aludida se ha ocupado la Convención de la Haya Sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; firmado por el Plenipotenciario de España años antes de haber sido suscrita por México.¹⁶

Esta sustracción también la ha contemplado la Convención de los Derechos del Niño, suscrita por México y España y muchos países más, aunque no con la

¹⁶ La Convención fue aprobada por la Cámara de Senadores de México, el trece de diciembre de mil novecientos noventa; publicada en el Diario Oficial de la Federación el catorce de enero de mil novecientos noventa y uno, ratificada por el Presidente de la República el veintinueve de enero del mismo año, promulgada el tres de febrero de mil novecientos noventa y dos y publicada en el Diario Oficial de la Federación el seis de marzo del mismo año.

particularidad que lo hace la de Sustracción de Menores, como se expone con posterioridad.

IV. La protección del Menor en el Derecho Constitucional.

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos ha resultado sensible con el tema de los niños y alude en más de un artículo a la protección de estos; específicamente el artículo 3º, protege relevantes derechos en materia de educación, que incluye evidentemente a los menores, al referir que la educación que imparte el Estado tiene la tendencia a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria y a la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia; la educación primaria es obligatoria y toda la educación que imparta el Estado será gratuita; asimismo, el artículo 4º resulta proteccionista de la niñez, al imponer en su último párrafo el deber a los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, así como que la misma ley determina los apoyos a la protección de los menores, a cargo de instituciones públicas; de la correlación de ambos preceptos, se evidencia que la obligación del Estado a prestar la educación gratuita, se prolonga aún después de la minoría de edad -que es hasta los dieciocho años-, porque los estudios universitarios y de educación superior, por razón de educación media y media superior previos que se requieren, provocan que al ingreso a la universidad, la edad general exceda de los dieciocho años; adicionalmente a ello, el artículo 4º resulta afortunado al advertirse el espíritu del legislador a favor del reconocimiento de los derechos de los niños y las niñas, al tutelar como una garantía, la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, en donde los que ejercen la patria potestad y los tutores, tienen el deber de preservar esos derechos; lo que también es acorde con la Convención sobre los Derechos del niño.

Resulta igualmente importante mencionar, que la misma Constitución mexicana, para relacionar la relevancia de la Convención de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, como las demás firmadas y ratificadas por el Estado mexicano, en el artículo 133, refiere que será la Ley Suprema de toda la Unión, la propia Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que

emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, imponiendo además, a los jueces de cada estado (entidad federativa) se arreglen a la constitución, leyes y tratados a pesar de disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados. Recordando la conformación y organización de México.¹⁷

El nivel jerárquico en el que se encuentra el tratado en nuestro sistema jurídico, conforme al artículo 133, lo ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación y como lo ha sostenido Péreznieto, solo debe concurrir un supuesto fundamental: que sea conforme a la Constitución y si este requisito se cumple, entonces se podría efectuar la jerarquización. La disposición establece: son “Ley Suprema de toda la Unión” La Constitución, “las leyes del Congreso que emanen de ella” (o sea, de la Constitución) y los tratados. “Las leyes del Congreso” resultan en este contexto, normas derivadas de la Constitución por lo que

¹⁷ **TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.** La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "*pacta sunt servanda*", contrae libremente obligaciones frente a comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.”

Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez. El Tribunal Pleno, el veinte de marzo en curso, aprobó, con el número IX/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de marzo de dos mil siete.

Registro No. 172650 **Localización:** Novena Época. Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Abril de 2007. Página: 6. Tesis: P. IX/2007. Tesis Aislada. Materia (s).Constitucional.

necesariamente estarán en un nivel inferior a ésta, no así los tratados, porque éstos sólo deben cumplir con los “criterios de identidad” para ser admitidos en el sistema jurídico mexicano, como quedó expuesto. Al no ubicarlos debajo de la Constitución, el dispositivo del Art. 133 los ubica al mismo nivel jerárquico de ésta.”¹⁸

De la misma forma en que la Constitución Mexicana en el artículo 4° tutela la garantía a favor de menores, la Constitución española también concede importancia a la protección de la infancia en diversos preceptos, entre los cuales destaca, en primer lugar, el artículo 39 que tutela la protección social económica y jurídica de la familia; este mismo precepto en los apartados 2 y 3, asegura la protección integral de los menores, con una garantía de igualdad, con independencia del estado civil de sus padres, admitiendo la posibilidad de la investigación de la paternidad y la obligación a los padres de asistir a sus hijos habidos dentro o fuera de matrimonio; también el Estado español reconoce la protección de los niños en los acuerdos internacionales que suscriba. El artículo 27, que concuerda con el artículo tercero de la Constitución mexicana, se refiere al derecho a la educación y se establece como objetivo de esta el pleno desarrollo de la personalidad humana, concede la facultad a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que estimen pertinente, la obligación del Estado de proporcionar la enseñanza básica en forma gratuita, así como la organización para brindar dicha educación en los centros docentes creados por los poderes públicos. El artículo 20 es otro precepto, por el cual en el apartado cuarto señala que uno de los límites al ejercicio de la libertad de expresión es el de la protección de la juventud y de la infancia. El artículo 18 tutela la garantía del derecho a la intimidad personal y familiar.

¹⁸ Pereznieto, Castro Leonel. (1995) *El art. 133 constitucional: una relectura*. Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. 1995-II, núm. 25. p. 280.

V. Marco Jurídico Penal de la sustracción de menores.

De manera ilustrativa es pertinente señalar que en materia penal se encuentra protegida la libertad y el Código Penal de España en su artículo 164, establece que el secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años.

Una de las novedades que presenta el CPE de mil novecientos noventa y cinco en esta materia, consiste en “haber utilizado la denominación de secuestros para los casos de detenciones condicionales que en la legislación anterior no contaban con ningún *nomen iuris* específico. Secuestro suele ser precisamente la expresión que coloquialmente se usa para referirse a aquellos casos en que se condiciona la puesta en libertad del detenido aunque, el sentido jurídico de la palabra no coincide exactamente con el significado del Diccionario de la Real Academia de la Lengua que, en un concepto más amplio, entiende por secuestro la detención para exigir un rescate económico o cualesquiera otros fines.

El secuestro de menores se produce con frecuencia, en el universo de las crisis y desórdenes familiares; el secuestro de menores puede a su vez suceder dentro del ámbito de las fronteras de un país o fuera de ellas, cuando el secuestrador desplaza al niño fuera de su país de residencia, buscando colocarse al amparo de una jurisdicción más favorable en el reconocimiento de los derechos de guarda y custodia que la del país donde sustrajo al menor o también, busca tener un apoyo de hecho y jurídico en el país de donde es originario, residió o tiene familiares domiciliados en el lugar.

A diferencia de México, en España se encuentra protegido el menor aun cuando es sustraído por alguno de sus padres, pues en el capítulo III “De los delitos contra los derechos y deberes familiares” del Código Penal establece en el artículo 223, que será penado el que teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o un incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, asimismo, en virtud de la Ley Orgánica 9/2002, de diez de diciembre, se añade un nuevo párrafo al numeral 224, al establecer: “El

que indujere a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa”

Como se advierte de este novedoso último párrafo, se introduce mayor protección al menor al señalarse como un elemento que uno de los progenitores, por la influencia emocional y sentimental que pudiera ejercer sobre su menor hijo, lo induzca a infringir o transgredir un régimen de custodia que haya sido determinado por la autoridad judicial, de manera que si existe una determinación ya sea provisional o definitiva emitida por un juez o magistrado, de conceder la custodia del menor a uno de sus padre o alguna otra persona, se estará en presencia de este delito.

En este mismo sentido, se ha opinado que por la consideración de este delito como un atentado contra la libertad del menor, contra esa libertad de permanecer o de trasladarse de lugar que otros ejercitan en su nombre y que, y por tanto, se confunde con la propia libertad de quienes deciden por ellos¹⁹.

Es importante mencionar que también se encuentra como una nueva sección dentro del Capítulo III, denominado: “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”, del Título XII, Delitos contra las relaciones familiares, con el título: “De la sustracción de menores”, apartado donde se adicionó un artículo nuevo con el número 225 bis, que establece, que si un progenitor sin causa justificada sustrae a su hijo menor, se le impondrá una pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por un lapso de cuatro a diez años.

Con este tipo penal, no solo se impone una pena al progenitor que sustraiga sin causa justificada a su hijo, sino en forma atinada, a su vez, faculta al juzgador para

¹⁹ Maqueda, Abreu María Luisa. (1988) *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*. Granada, Universidad de Granada. p. 79.

imponer como sanción la inhabilitación o suspensión para ejercer los derechos derivados de la patria potestad por el periodo aludido, asimismo, el precepto también establece dos supuestos de sustracción²⁰ y además, una excusa absolutoria, para el caso de que el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente se lleve a cabo o la ausencia no sea superior a dicho plazo. Asimismo, se impondrán las mismas penas a los ascendientes del menor, entiéndase abuelos y a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que incurran en la misma conducta.

En México, también se encuentra regulado el delito, bajo dos vertientes, opera cuando el menor es sustraído por un tercero y también cuando es sustraído por alguno de sus padres o progenitores.

El sujeto activo del delito de privación de la libertad de infante, regulado por el artículo 262 del Código Penal para el Estado de México²¹, es todo extraño al núcleo familiar y como conducta la de apoderamiento, así también el sujeto pasivo lo constriñe al de un menor de doce años, es decir, que el tipo penal se configura cuando cualquier extraño de un núcleo familiar se apodera y esto es, ejerce un poder de hecho sobre un menor de doce años, lo que quiere decir que lo retiene

²⁰ Artículo 225 bis. 1...2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. 3º Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

²¹ Artículo 262. A quien siendo un extraño a su familia se apodere de un menor de doce años de edad, se le impondrán de diez a cuarenta años de prisión y quinientos a mil días multa.

Cuando el delito lo cometa un familiar, que no sea el padre o la madre, y obre con mala fe y no por móviles afectivos, se le impondrán de dos a seis años de prisión y de treinta a ciento veintiocho días multa.

Si el menor es restituido espontáneamente a su familia o a la autoridad dentro de tres días y sin causar daño, se le impondrán de tres meses a cuatro años de prisión y de treinta a cien días multa. Si se causare daño, se impondrán de seis meses a seis años de prisión y de treinta a ciento cincuenta días multa.

ya sea por medios violentos o a través de engaños a efecto de que no le sea permitido deambular libremente pero aún más, reintegrarse a su núcleo familiar.

En el segundo párrafo, el tratamiento que da la ley sustantiva penal a este ilícito, lo refiere ampliando el espectro del tipo penal a un círculo de familiares en relación con el sujeto pasivo (menos de doce años), pero al mismo tiempo excluye al padre y la madre, sin embargo, para que el tipo penal respecto de esos familiares se surta, el legislador introdujo un elemento subjetivo específico diverso al dolo y es, la mala fe y no por móviles afectivos, lo cual se traduce en la finalidad del agente activo que en particular lo es un familiar, que no sea el padre o la madre y que retenga al pasivo con finalidades perversas como causar un daño a sus padres o inducir al menor a actividades deshonestas y no por móviles afectivos, es decir, siempre y cuando esa retención del menor no conlleve a actividades que demuestren un vínculo afectivo positivo entre el activo y el menor, un ejemplo de ello sería que un familiar ajeno al padre o a la madre se apodere de un menor de doce años y lo traslade al extranjero por motivos de salud, o educativos.

Por último, el tercer párrafo del antisocial en comento establece una regla atenuante para el caso de que el menor sea restituido espontáneamente a su familia o a la autoridad dentro de tres días y sin causar daño, la pena que podrá imponérsele será inferior (sanción atenuada). La atenuación a que hacemos referencia representa en términos de política criminal dos finalidades, la prevención especial positiva dirigida al sujeto que ya se encuentre en esa posibilidad de consumación del delito en análisis, a efecto de desalentar, continúe en su perpetración pretendiendo ser atractivo mediante la disminución de la sanción y solamente se podrá incrementar la pena si el agente activo causó daño al menor, sin que el legislador establezca a qué tipo de daño se refiere, ya que este puede ser físico, material, o moral, lo que resulta trascendente en primer lugar para los efectos de la configuración del tipo y en su caso de la atenuación referida, pero más allá, en relación con los aspectos de la reparación del daño.

Así mismo, el artículo 263 del CPEM²² regula el delito de sustracción de hijo; se pretende tutelar penalmente que no se transgredan las instituciones de la custodia y patria potestad es decir, es una norma penal que protege figuras de derecho familiar, que son las que nos ocupan. Así, tenemos que los sujetos activos del mismo pueden ser el padre o la madre, pero además, algún otro familiar que participe en el mismo y se apodere de un menor de edad, en el caso, menor de dieciocho años, pero en relación con el cual no se ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga.

El tipo penal de referencia, tiene como elemento que el padre o la madre del menor de edad (pasivo del delito) legítimamente tiene la custodia o la patria potestad acerca del mismo. Pero al mismo tiempo que también uno de los dos a través de las vías legales, no tiene ese derecho o ha sido condenado a la suspensión o pérdida del mismo, consecuentemente, la tutela penal tiene como fin la protección del derecho de quien lo haya obtenido y asimismo la prohibición de no transgredirlo de quien no lo tiene o ha sido condenado a la suspensión o pérdida.

Es importante destacar que no obstante el principio de mínima intervención que rige el derecho penal y que pretende que los conflictos sociales sean resueltos mediante la aplicación de las demás ramas del derecho, y que solo en aquellos casos en los que ya no exista posibilidad de solución o la trasgresión de los derechos que tutela, este precepto legal motivo que el legislador introdujera a la legislación penal tal figura delictiva, ante el clamor social de que la vía de apremio que se instauraba en la tramitación del derecho familiar no era únicamente un instrumento lento sino también ineficaz para lograr la protección del bien jurídico de que se trata, y sobre todo la restauración de tal violación al orden jurídico, pretendiendo que a través de la norma penal sea el mecanismo adecuado para

²² Artículo 263. Al padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad o familiares que participen en el apoderamiento, respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, se le impondrán de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días. Este delito se perseguirá por querrela.

evitar la trasgresión a esos derechos, considerando que precisamente existen prácticas mediante las cuales un padre o madre que previa la tramitación en el orden familiar hubiere sido suspendido o perdido la patria potestad o custodia en relación con un hijo menor de edad, lo sustrajera del ámbito de protección de quien sí tiene ese derecho, pero para el efecto de no ser requeridos mediante la vía de apremio, los trasladaban o pretendían trasladarlos al extranjero o simplemente a otra entidad federativa generando impunidad, como también estimo que fue considerado en la legislación española.

Finalmente, por estar este delito íntimamente vinculado con un parentesco consanguíneo directo y aspectos familiares estrechos, el delito se persigue de querrela a efecto de no fomentar conflictos en el núcleo familiar.

La protección del menor se advierte desde el ámbito constitucional, así como en el Civil y Penal de cada una de las entidades federativas en que se conforma nuestro país, en los casos en que no se reintegra al menor por alguno de los progenitores cuando éste se encuentra ejerciendo del derecho de visita y convivencia, lo que también ha sido ya regulado por el artículo 4.225 fracción IV del CCEM, como una de las causas de suspensión del ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad, precisamente por sustracción o retracción indebida del menor por quien no tenga la custodia.

La retención o sustracción del menor referida, puede presentarse cuando los que ejercen la patria potestad y tienen el derecho de visita y convivencia, se encuentran domiciliados en un país determinado, pero también puede darse cuando viven en diferentes países, siendo estos nacionales o extranjeros, como también, que estando domiciliados en un país uno de ellos decide unilateralmente llevarse consigo al menor a un país diferente; lo anterior también se encuentra previsto por la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores.

VI. Convenios Internaciones de protección de derechos humanos del menor.

Al abordar el punto específico de los derechos humanos, sin entrar en el deslinde entre estos y los derechos fundamentales, derechos básicos, garantías, libertades o prerrogativas, sino simple y llanamente a los derechos de los que son titulares los niños, bajo las dos condiciones: la de seres humanos y la de ser menores de edad.

Si nos referimos a los derechos humanos en general y a los derechos de la niñez en particular -como ya se ha expuesto-, existen en primer lugar, los ordenamientos de corte nacional, en cada uno de los países, que están obligados a crear normas que reconozcan y garanticen los derechos fundamentales de sus ciudadanos, como en el caso particular de México, existen un elenco de preceptos a nivel constitucional y por las diversas legislaciones de tipo federal y estatal, que regulan derechos en favor de los menores, medidas de protección por el sólo hecho de ser, en ese momento menores de edad.

El primer instrumento producto de la labor de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado es el Convenio para regular la tutela de los menores, de doce de junio de mil novecientos dos, en el cual da inicio a una normativa con el fin de brindar protección a la infancia y para dar paso a ser incluida en la agenda de las Naciones Unidas los problemas que en ese entonces se consideraban de mayor importancia a que se enfrentaban los menores, a título de ejemplo, ante la procreación por personas de diferentes nacionalidades, por el desplazamiento que había, producto de los enfrentamientos bélicos, evita el abandono moral y material de los menores, con independencia de su nacionalidad, otro ejemplo se patentiza en la legislación suiza, que concedía al Estado la posibilidad de retirar la patria potestad y tomar bajo su protección a los niños que no estuvieran debidamente atendidos por sus padres o tutores; este Convenio sobre tutela, en principio trató de conformar un bloque sobre el que la ley nacional era la única aplicable, como lo prevé en el primero de sus artículos y al mismo tiempo perseguía establecer medidas de protección para los menores, en su persona y en sus bienes y que esas medidas tuvieran eficacia extraterritorial, pero

principalmente se advierte el principio de la nacionalidad, donde influyeron los ordenamientos jurídicos de distintos Estados europeos en los que se recogía la aplicación de la nacionalidad y en el plano político, se advierte que las relaciones jurídicas entre los particulares pasan de la unidad nacional al ordenamiento jurídico de su nacionalidad; así, la extensión de la ley nacional se veía favorecida por la composición europea, pues este Convenio sólo estuvo en vigor en once países europeos,²³ porque la Conferencia de la Haya solo cursó invitación a trece potencias europeas, a las que les llamaba el mundo civilizado.

A partir de los años veinte del siglo pasado, inició una época en donde, se tratará de velar por la protección de la infancia tanto a nivel nacional como internacional y así, tras las complejas consecuencias que se produjeron con la primera guerra mundial, nace la Sociedad de Naciones en 1919 y el veintiséis de septiembre de mil novecientos veinticuatro la primera formulación que contiene derechos de los niños a nivel internacional, al haber sido aprobado por unanimidad el texto conocido como Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño (1924), sin embargo, la Sociedad de Naciones no pudo sobrevivir ante la problemática mundial y la inminente segunda guerra mundial.

Treinta años más tarde, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU inició los trabajos que dieron lugar a la Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁴, de manera que la elaboración del texto coincide con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1959, lo que presume que esta declaración de los derechos del niño está impregnada de la misma ideología de los Derechos Humanos.

Hay que recordar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁵, como afirma Milagros Otero, no nace por una generación espontánea sino como una consecuencia inevitable, y se gestó como el resultado de un proceso en el cual la humanidad fue tomando conciencia poco a poco de que había que luchar contra la

²³ Alemania, Bélgica, España, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Rumanía, Suecia y Suiza.

²⁴ Aprobado el 20 de noviembre de 1959.

²⁵ Diciembre de 1948.

barbarie y de que el género humano tenía que alcanzar, sin más dilaciones, y por sus propios méritos, la condición de hombres.²⁶ Del contenido de la Declaración resaltan los principios de libertad e igualdad, que supone el reconocimiento de la dignidad humana, libertades personales y públicas, así también se incluye la protección a la familia y la defensa de una serie de derechos de carácter cultural cuyo primer destinatario es el niño, como se advierte de los artículos 16 apartado 3, 25 en su apartado 2 y el artículo 26.

En el ámbito del continente americano, se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José²⁷, en la cual cabe destacar que en los artículos 4° apartado 1 y 5°, establecen el derecho a la vida y a la integridad personal, que coincide con lo que ya se ha mencionado, en el sentido de que, a partir del momento de la concepción el derecho a la vida estará protegido por la ley y aunque el derecho a la integridad física, psíquica y moral, del segundo precepto, se dirige a toda persona, es evidente que se encuentra incluida la niñez; se refrenda el derecho al nombre en el artículo 18 y en el 19, específicamente tiene el título de “Derechos del niño”, que patentiza el derecho de niñas y niños a las medidas de protección que requiere por su familia, de la sociedad y del Estado, lo cual ha sido actualmente reconocido por la Suprema Corte como un derecho de la niñez.²⁸

²⁶ Otero, Parga Milagros. (2006) *Dignidad y Solidaridad*. Dos derechos fundamentales. México, Editorial Porrúa. p. 1.

²⁷ Aprobada en noviembre de 1969.

²⁸ Época: Décima Época. Registro: 2003068. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. LXXVI/2013 (10a.). Página: 887.

“INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ. EL ARTÍCULO 4o. PÁRRAFO OCTAVO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, REPRESENTA UN PUNTO DE CONVERGENCIA CON LOS DERECHOS DE LA INFANCIA RECONOCIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES. El interés superior de la infancia, reconocido expresamente en el artículo 4o., párrafo octavo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma constitucional de 12 de octubre de 2011, exige la "garantía plena" de los derechos de niñas y niños. Ahora bien, aun cuando el significado de la expresión "los derechos" puede parecer vaga, resulta importante destacar que el texto del que deriva es similar al del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente en la parte que reconoce el derecho de los menores de edad a ciertas "medidas de protección" que, al igual que en la

El Pacto de San José está en concordancia con el Protocolo a la Convención Americana conocido como Protocolo de San Salvador²⁹, prevén o ratifican el derecho a la salud, al medio ambiente sano, a la alimentación, a la educación, el derecho a la constitución de la familia y de la niñez; los dos últimos revelan la adecuada alimentación a la niñez, durante la lactancia y en edad escolar, se habla de la protección a los adolescentes, que no adultos, para que se garantice su maduración, un ambiente estable y positivo para la niñez; el derecho a que los niños crezcan bajo la responsabilidad de sus padres y que el niño de corta edad, no puede ser separado de su madre.³⁰ No obstante que no esclarezca que se entiende por corta edad de un menor.

Constitución General de la República, no se enuncian. En este sentido, la aparente vaguedad en los términos empleados obedece a que ninguno de los dos cuerpos normativos antes citados constituye un instrumento especializado en la protección de los derechos de la niñez; sin embargo, ambos reconocen la importancia de establecer expresamente una fórmula que dé entrada a los distintos derechos o medidas previstas en los ordenamientos que sí se especializan en la materia; de ahí que la falta de una regulación específica del catálogo de los derechos que conforman el corpus iuris de protección de la niñez a nivel constitucional y convencional no implica su desconocimiento, sino, por el contrario, constituye una remisión expresa a los instrumentos que en forma especializada cumplen con dicha misión. Consecuentemente, el citado artículo 4o., párrafo octavo, representa un punto de convergencia con los derechos de los menores de edad reconocidos en tratados internacionales y constituye un parámetro de regularidad especializado respecto de los derechos de la niñez, como el que establece el artículo 1o., párrafo segundo de la Constitución General de la República respecto de los derechos humanos en general.” Amparo directo en revisión 2479/2012. 24 de octubre de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

²⁹ Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador". Adoptado en San Salvador, El Salvador, en noviembre de 1988.

³⁰ Art. 15. Derecho a la Constitución y Protección de la Familia. 1 [...] 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: a [...] b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y mora; d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

Art. 16. Derechos de la Niñez. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, salvo circunstancias excepciones, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser

Se menciona también el Convenio sobre Competencia de autoridades y Ley aplicable en Materia de Protección de Menores,³¹ el cual concede y reconoce facultades a la autoridad del Estado del que es nacional el menor, para que adopte medidas de protección para la persona y bienes del menor e inclusive prevé el caso de desplazamiento del menor y habla ya del elemento “residencia habitual” del mismo. En relación con este convenio, se suscribe el Convenio Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños³², que se celebró para confirmar el interés superior del niño y la necesidad de revisar el convenio último a que se hizo mención, así como para evitar conflictos en la materia a que alude el título del convenio, porque tiene una regulación más adecuada y uniforme sobre la competencia judicial, la ley aplicable y el reconocimiento de decisiones; en el capítulo IV del convenio se dispone que las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante deberán ser reconocidas de pleno derecho en los demás Estados contratantes.

El año de mil novecientos setenta y nueve, la Asamblea General de las Naciones Unidas lo proclamó como Año Internacional del Niño, el gobierno de Polonia presentó a la asamblea el texto de la Declaración de mil novecientos cincuenta y nueve, para que fuera elevado al rango de Convención y de esa manera se creó un grupo de trabajo, que finalmente presentó la actualización del texto, por consenso, el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, la Asamblea la aprobó por unanimidad y así nació la nueva Convención de los Derechos del niño adoptada en la ciudad de Nueva York.³³

separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

³¹ Convenio sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores, aprobado en octubre de 1961.

³² Aprobado el 19 de octubre de 1996.

³³ La Convención fue aprobada por México a través de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el día diecinueve de junio de mil novecientos noventa. En ese mismo año en que la Convención quedó abierta para su firma, el número de Estados que la habían ratificado ascendía a ciento treinta; en mil novecientos noventa y seis eran ciento setenta y seis. España es uno de los países que participó en el grupo de trabajo y la firmó el día veintiséis de enero de mil novecientos noventa, produciéndose la ratificación el seis de diciembre del mismo año.

Luego de la Convención sobre los Derechos del Niño, se generó como complemento, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía³⁴; que en su exposición de motivos, ha expuesto como causas, la explotación laboral, la preocupación por la creciente trata internacional de menores a los fines de venta, su prostitución y utilización en la pornografía, denominada turismo sexual en la que los niños son especialmente vulnerables en los tres diversos tópicos, así como que entre las personas sexualmente explotadas se encuentran son las niñas, cuya estadística es desproporcionadamente alta, la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en internet y otros medios de comunicación electrónica, así como las exposiciones y conclusiones de la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en Internet, en las que se pide la penalización en todo el mundo de las actividades relacionadas con la pornografía infantil.

Entonces, este protocolo estima que será más fácil erradicar lo relativo a la venta de niños, la prostitución y pornografía infantil, si se adopta un enfoque y acciones de tipo global, que aun cuando se ocupa la Convención sobre los Derechos del Niño, aquí se pone énfasis en las conductas citadas y las conceptualiza en su artículo 2, entendiendo por venta de niños, cuando se transmite un niño a una o varias personas a cambio de una remuneración o retribución; por prostitución infantil, la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de una remuneración y por pornografía, toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas o la representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales. Todo ello con la finalidad de que los Estados partes adopten una serie de medidas para que mínimamente queden comprendidas en la legislación penal y además, considerar las conductas que se describen en el artículo 3, en relación a los ilícitos referidos, independientemente de que se consideren incluidos entre los delitos que dan lugar a la extradición; una asistencia entre partes para la

³⁴ Resultado de la Asamblea del 25 de mayo de 2001, entró en vigor el 18 de enero de 2002.

investigación, proceso penal y de extradición, en su caso, así como la incautación y confiscación de todo tipo de materiales utilizados y las utilidades obtenidas en la comisión de estos delitos y primordialmente, proteger los intereses de los niños víctimas, con la obligación de adoptar esos compromisos por los Estados partes, bajo el principio del interés superior de las niñas y niños.

Si se toma en cuenta que el tratado internacional solamente obliga a reconocer las decisiones provenientes de otro Estado contratante, en el caso de este tratado, su ámbito espacial a la fecha se ha extendido de sobremanera.

No es casualidad que los instrumentos anteriores sean producto de los acontecimientos que han dejado una honda huella en la humanidad, niños, adultos y ancianos y que de ahí emerja la preocupación por los niños. Junto a los derechos de cuidado y protección para los niños, surge la Convención sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores del veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta, en donde tiende a proteger al menor que ha sido sustraído y trasladado a un país diferente del que tenía su residencia habitual. Este convenio -que será motivo de análisis-, a su vez, tiene concordancia con el artículo 11 de la Convención de los Derechos del niño, el cual impone a los Estados parte, que adopten medidas contra los traslados de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero; en el mismo sentido. México también ha suscrito la Convención Interamericana sobre restitución Internacional de Menores³⁵, pero que al haber sido firmada únicamente por países latinoamericanos, se reduce su cumplimiento a esto.³⁶

En esa misma posición a manera de ejemplo, se encuentra España, al haber suscrito el Convenio de Luxemburgo sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia y Restablecimiento de dicha Custodia³⁷, que

³⁵ Aprobada en 1989, entrada en vigor en 1994.

³⁶ Los países firmantes de la Convención Interamericana son Argentina, Belice, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Paraguay, Uruguay y México.

³⁷ Convenio Europeo relativo al Reconocimiento y la Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores, así como al Restablecimiento de la Custodia (Número 105 Del Consejo De Europa), Luxemburgo, 20 de mayo de 1980. Estados firmantes: Austria; Bélgica; Chipre;

tiende a asegurar una mejor protección de los menores en la materia del título del convenio y persigue el restablecimiento de la custodia cuando ha sido arbitrariamente interrumpida mediante el traslado ilícito del menor a través de una frontera internacional, incluyendo el convenio en su ámbito material, todas aquellas resoluciones provenientes de una autoridad judicial o administrativa, que se refieran al cuidado de la persona del hijo menor y no se aplica cuando la custodia o derecho de visita se ejercitan de hecho o han sido establecidas *ex legge*.

En este escenario, en 1993 se elaboró la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional³⁸, que retoma los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto al interés superior del niño, la subsidiariedad de la adopción y la cooperación entre autoridades del país de origen del menor y el país receptor, como se encuentra establecido en el artículo 1; asimismo, se incorpora la figura de la autoridad central, cuya función es velar por el cumplimiento de los requisitos de protección de los derechos de los niños adoptados internacionalmente y es el lazo de vinculación entre los Estados contratantes y a la vez, cooperar con las autoridades judiciales. Convenio que motivó, entre otras causas, la derogación de la adopción simple para que solo estuviera regulada la adopción plena, porque sólo está reconocida en algunos Estados contratantes, como en el caso de España, lo que impedía el reconocimiento de la adopción simple.

Paulatinamente se tiene la intención de una mayor protección para las personas en general y para ciertos sectores en lo particular, ante la hipótesis de la familia internacionalizada que día a día va en aumento, como ya se ha expuesto, de manera que se crea el Convenio sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros miembros de la Familia, en la misma Conferencia de la Haya³⁹, con

Republica Checa; Dinamarca; España; Finlandia; Francia; Alemania; Grecia; Islandia; Irlanda; Italia; Liechtenstein; Luxemburgo; Malta, Países Bajos; Noruega; Polonia; Portugal; Suecia; Suiza; Turquía; Reino Unido; Estonia; Letonia; Eslovaquia; y Yugoslavia fue ratificado por España en 1984, BOENUM. 210, de 1ro. de septiembre de 1984.

³⁸ Esta Convención fue aprobada por México el 22 de junio de 1994.

³⁹ Creada el 23 de noviembre del año 2007.

el Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias; esta Convención como su título lo indica, tiene como objeto garantizar la eficacia del cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros familiares, a través de un sistema completo de cooperación entre las autoridades de los Estados contratantes y lo que debe destacarse, es la exigibilidad de medidas efectivas para la rápida ejecución de las decisiones en materia de alimentos, como lo establece el artículo 1.⁴⁰

Además, este Convenio sobre cobro de Alimentos se aplicará a las obligaciones alimentarias a favor de un acreedor menor de 21 años y derivadas de una relación paterno-filial, que es el sector que nos ocupa, pues hay que recordar, que en México y otros países, la obligación alimentaria se extiende a los demás parientes consanguíneos, hasta el cuarto grado; también se refiere el tratado a la obligación alimenticia entre cónyuges y ex cónyuges; igualmente se habrá de designar una Autoridad Central por los Estados contratantes, quien tiene la función de recibir las solicitudes, así como iniciar los procedimientos respecto a dichas solicitudes y tomar medidas apropiadas para el cumplimiento y ejecución, entre las que destacan, la de ayudar a localizar al deudor, la obtención de sus ingresos y facilitar el cobro. Conforme al Protocolo de este Convenio, sólo se menciona que las obligaciones alimentarias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor.

Sin dejar de mencionar otros documentos de corte internacional, elaborados en el seno de las Naciones Unidas relacionados con menores, aunque no con el carácter de tratados o convenciones, pues como su misma denominación lo indica, son orientaciones, principios básicos, criterios, a saber: Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, Reglas de Beijing, las cuales se crean con el objeto de reducir al mínimo el número de casos

⁴⁰ Art. 1... a) estableciendo un sistema completo de cooperación entre las autoridades de los Estados contratantes; b) permitiendo la presentación de solicitudes para la obtención de decisiones en materia de alimentos; c) garantizando el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia de alimentos; y d) exigiendo medidas efectivas para la rápida ejecución de las decisiones en materia de alimentos.

en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores, son medidas de atención a los menores con fines de prevención del delito; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Infantil, Directrices de Riad, son estrategias tendentes para prevenir la delincuencia juvenil y como no es convención, solo exhorta a los Estados miembros a que en sus planes generales de prevención del delito, apliquen las directrices para crear oportunidades al sector juvenil.

Esta serie de tratados, al margen de la fundamentación ética de los derechos humanos, que conciben algunos académicos, la de ética intersubjetiva que concluyen algunos otros, el fundamento ético-racional en torno a la idea de los derechos morales, el modelo de fundamentación iusnaturalista y su crítica, las sugerentes propuestas de un modelo de fundamentación ético-religioso y la que gira en torno al reconocimiento del sujeto como persona moral. Este elenco de tratados internacionales, sencillamente, constituyen derechos humanos de la niñez, porque se encuentran reconocidos en un ordenamiento jurídico positivo, porque la distinción unánimemente recogida reserva la expresión “derechos humanos” para los derechos humanos positivados a nivel internacional -como lo son las Declaraciones y Convenios Internacionales-, junto a aquellas exigencias básicas que bajo la atmosfera de condiciones y relacionadas con la dignidad, igualdad y libertad de la persona, no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo.

Los derechos declarados y establecidos en los múltiples tratados se deben concebir como verdaderos derechos humanos, si se toma como nota característica el contenido no de la universalidad, referida a la condición por la que todo sujeto bajo la jurisdicción de un Estado pueda gozar del ejercicio de los derechos, sino a la inalienabilidad de estos, entendida como aquella cualidad de un derecho en virtud de la cual su titular no puede realizar sobre él ningún tipo de actos de disposición.

No se pretende abordar a profundidad el problema de la justificación de los derechos humanos, ya que excedería con mucho el propósito de este punto, pero sí tratar de exponer los elementos que conducirán a arribar a la conclusión de que

al establecerse en los Tratados Internacionales y Declaraciones listadas derechos de las niñas y niños, al fundarse en la dignidad de estos, revestidos del carácter de inalienables, constituyen reales derechos humanos.

Así, podemos afirmar que un derecho humano es inalienable, si con respecto a él están excluidos todo tipo de disposición sobre un bien, que pueden ser actos de disposición jurídica, como una compraventa, donación, repudio, etcétera, o actos de disposición física, como por ejemplo la destrucción material del bien, ambos pueden ser de disposición total o parcial, verbigracia: una compraventa frente a al derecho de usufructo o de habitación, así como la destrucción completa de la casa o de una sola habitación; entonces, no se puede disponer del derecho, ni jurídica, ni materialmente.

Inalienabilidad que confluye con el fundamento de la dignidad humana, que se identifica con la condición de persona. La diferencia esencial entre el hombre y los seres no humanos, entre otros signos distintivos se encuentra el de la dignidad humana, la cual radica en la capacidad de entender y de querer y por tanto, de conocer la moralidad de los actos y de actuar moralmente.

La idea anterior se robustece si consideramos que en las Convenciones que se han citado, se han establecido como derechos del niño, en principio, el derecho a la vida, la obtención de alimentos del acreedor respecto de su deudor, cuando se encuentran en diversos países, el derecho a un nombre, una nacionalidad, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, el derecho a preservar su identidad, el derecho a no ser de su sustraído ilícitamente residencia habitual, el derecho a ser escuchados y a manifestar su opinión en todo procedimiento en que se controviertan sus derechos de custodia, el derecho a ser adoptado por extranjeros, sin beneficios financieros indebidos, el derecho a la salud y educación; derechos todos que sí constituyen derechos humanos, porque desde luego contienen en sí mismos el signo de dignidad humana y de inalienabilidad, pero cuya titularidad solo puede dirigirse hacia el ser humano, porque van específicamente dirigidos a la niñez.

Lo cual coincide con la clasificación de las cinco categorías tradicionales, a excepción de los políticos, como lo expone la profesora de la Universidad de Valencia, Mercedes Carreras:

“1. Los derechos *civiles* de los niños comprenden el derecho a tener un nombre y una nacionalidad, protección contra los malos tratos, y la existencia de unas normas especiales que regulen las circunstancias y condiciones bajo las cuales un niño puede ser privado de libertad o separado de sus padres.

2. Los derechos *económicos* de los niños incluyen el derecho a beneficiarse de la Seguridad Social, el derecho a un nivel de vida digno que asegure su desarrollo vital y la protección contra la explotación en el trabajo.

3. Los derechos *sociales* de los niños abarcan el derecho a la asistencia médica, el derecho a una especial atención a los disminuidos, la protección contra cualquier agresión a su persona y la regulación de los procedimientos de adopción.

4. Entre los derechos *culturales* encontramos el derecho a la educación, el derecho a acceder a los medios de información, el derecho al ocio y a participar en actividades artísticas y culturales.”⁴¹

Se han expuesto brevemente los antecedentes de los convenios internacionales celebrados en torno al menor y ahora, se hará referencia a la problemática del procedimiento para el cumplimiento y aplicación del Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

⁴¹ Ballesteros, Jesús (editor). (1992) *Derechos Humanos*. Editorial Tecnos, S.A., Madrid. p. 187.

VII. Procedimiento en la restitución de menores.

A pesar de que México ha tenido una evolución del número de casos en los que interviene, tanto como país requirente, como país requerido, así como que la Autoridad Central mexicana ha tenido más actividad al intervenir para el retorno de menores trasladados ilícitamente a México, no se ha resuelto totalmente la problemática que encierra la aplicación del convenio.

En efecto, en nuestro país existe una ausencia de normas procesales que regulen el procedimiento de restitución de menores trasladados ilícitamente y esta carencia constituye el más importante obstáculo para la eficacia del Convenio de mérito y atendiendo al sistema político en que se encuentra estructurado México, existen procedimientos en materia local por algunas entidades federativas, que hacen referencia a la secuencia procesal a seguir en la sustracción internacional de menores, mas no una regulación de corte federal, pues basta recordar que como se hizo mención con antelación, la competencia en materia familiar está concedida a los tribunales superiores de justicia locales o de las entidades federativas en que se conforma México, pero en atención de que se trata del cumplimiento de un tratado internacional, el cumplimiento a este debe ser a nivel nacional y no por una o varias de las entidades federativas, sino por todas.

Desde la reunión del año dos mil, entre los tribunales locales del Distrito Federal y Estado de México con la Embajada de los Estados Unidos de América, se mencionó la falta de reglas legales procesales que dieran pauta para el cumplimiento eficaz y aplicación del Convenio y se advirtió, el elenco de actitudes procesales tomadas por los diferentes tribunales locales del país, sin que se hiciera una declaración en torno a dicha reunión.

En efecto, al no existir todo nuestro país un mecanismo procesal uniforme que permita cumplir cabalmente con el Convenio, ha provocado no solo incertidumbre legal al aplicarlo e inseguridad jurídica en algunos casos, sino que las autoridades judiciales locales o más específicamente jueces y magistrados adopten procedimientos diversos y discrepantes, además de inaplicables. Del mismo

modo, en primer lugar la falta de conocimiento del contenido del Convenio y luego, la carencia de procedimiento genera la misma perplejidad en abogados litigantes que intervienen en los casos en que un menor ha sido trasladado ilícitamente a México o de México a otro país, lo que da lugar tanto a lentitud en la solución de la solicitud de restitución e incluso la falta de interposición de recursos legales, al no haber precepto que faculte a las partes a hacerlo, porque no se puede argumentar que el procedimiento seguido por el juez sea el incorrecto o inaplicable, porque la legislación no contempla normativa interna que permita llevar a la práctica el Convenio así también para presentar la solicitud de restitución de un menor sustraído de México de manera ilegal.

Lo anterior se vislumbró claramente en los casos de las solicitudes que se han tramitado en el Estado de México y que se presentaron en el Juzgado Tercero, hoy Primero Familiar de Tlalnepantla y contemporáneamente en Ecatepec, Cuautitlán y Atizapán de Zaragoza, en que los jueces adoptaron determinaciones discrepantes y el resultado también resultó diverso y más aún, en el caso de Ecatepec y Cuautitlán, no solo se dictó sentencia definitiva, sino que se presentó y tramitó el recurso de apelación.

- En el Juzgado Tercero Familiar de Tlalnepantla, Estado de México, se recibió la carta rogatoria registrada bajo el número de exhorto 129/94, solicitando la restitución de una menor.
- En el Juzgado Tercero Familiar de Ecatepec de Morelos, Estado de México, se recibió la solicitud de restitución de dos menores, cuya madre es de nacionalidad mexicana, radicándose bajo el expediente número 177/01, en el que se admitió la solicitud como una demanda inicial y no como una carta rogatoria o *exequatur*, se dio trámite a la solicitud, con el tratamiento procesal como de un juicio ordinario civil, se dictó sentencia en la que el Juez resolvió procedente la restitución “inmediata” de los menores, ordenando se le entregaran a su padre.
- En el Juzgado Tercero Familiar de Cuautitlán, México, se recibió la solicitud de restitución de un menor, procedente del Tribunal Civil de Roma, Italia,

registrándolo bajo el número 396/01, en donde el juez dictó el auto admitiendo como demanda inicial o como expediente, pero ordenando se obsequiara y diligenciara en sus términos, como si se tratará de una carta rogatoria, fundado el auto en los artículos 549, 550, 554, 555, 556 del Código Federal de Procedimientos Civiles, señalándose fecha para llevar a cabo la diligencia (¿entrega de menor?).

➤ En el Juzgado Sexto Familiar de Tlalnepantla, con residencia en Atizapán de Zaragoza, Estado de México, expediente número 220/04, se dictó la solicitud de restitución de la menor, en donde en primer lugar se destaca que el juez realizó el registro de la solicitud como un expediente inicial y no como una carta rogatoria, emitiendo el acuerdo en el que estimó que se encontraba ajustada a derecho, invocando el artículo 1.146 del CPCEM, precepto que se encuentra en el capítulo séptimo denominado de los exhortos y despachos.

➤ Auto dictado en la carta rogatoria número 453/08 de fecha 20 de junio del 2008, tramitada en el Juzgado Primero Familiar de Tlalnepantla, Estado de México, antes Tercero Familiar, en la solicitud de restitución de tres menores, librada por la autoridad central de Estados Unidos de Norteamérica.

Como se advierte de los asuntos listados a manera de ejemplo, las determinaciones de los jueces son diversas, lo que generó incertidumbre en el trámite procesal entre jueces de una misma entidad federativa, evidentemente producto de la carencia de una fundamentación y a la vez, de un consenso procesal interno para dar seguimiento a las solicitudes, que no debe tomarse como imposición, porque solo será para la tramitación y no para la determinación de si procede o no la restitución por ende, la diversificación de criterios para el seguimiento será mayor cuando hay treinta y dos entidades federativas.

En el primer caso, el juez funda el auto de admisión en el CFPC, en disposiciones relativas a la ejecución de sentencias extranjeras, en lo que resulte aplicable, para ejecutar el auto que ordena la restitución de la menor, que es lo que más se acerca a los lineamientos de la Convención, por la urgencia con la cual se actuó.

En el segundo de los asuntos, el juez dictó un auto en el que, en primer lugar, no se ordena el requerimiento para la entrega inmediata de los menores por la sustractora, sino que admite y lleva a cabo un procedimiento, que de la fecha del auto de admisión a la fecha en que se emitió la sentencia transcurrieron un año ocho meses, plazo que rebasa en exceso el que señalan los artículos 11 y 12 del Convenio, sin mencionar que aún falta que la sentencia cause ejecutoria, porque así lo condicionó el juez en los puntos resolutivos y para la ejecución, representa más tiempo, si se considera que también se puede interponer el juicio de amparo, con la posibilidad de la concesión de suspensión del acto a ejecutar, lo que imposibilita, de momento, la entrega y traslado del menor al lugar de su residencia habitual, pero el tiempo transcurre en perjuicio del menor.

En el tercero de los asuntos, se admitió como una demanda inicial y se registró como un expediente y no como una carta rogatoria o demanda de *exequátur*, y se condicionó la entrega de la menor a que el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia informe si puede tener a la menor en condiciones similares o superiores, se entiende materiales, donde actualmente habita la menor, lo que sencillamente resulta incomprensible porque no debe ser un factor el nivel socioeconómico de las partes para ser admitidas en el DIF; al darle seguimiento al asunto, se ordenó desahogar pruebas periciales en materia de psicología y trabajo social, que por el cúmulo de asunto que tienen los peritos del Tribunal, transcurrió más de un año, la madre de la menor de origen inglés tuvo la necesidad de venir a México para la práctica de los exámenes y luego de un tardío proceso de casi dos años, la madre tomó la determinación de suicidarse, lo que desde luego es negativo por un lado, pero también puede representar una reflexión de responsabilidad importante para los impartidores de justicia en relación con el periodo que transcurre para emitir la decisión para restituir a un menor a su residencia habitual.

En el cuarto de los asuntos, el punto de relevancia estriba en que nuevamente, el asunto se admitió como una demanda inicial y no como una carta rogatoria, el menor no fue entregado en la fecha señalada para ese efecto, así como también es importante subrayar que la solicitud se admitió por auto de veintiuno de

septiembre del año dos mil uno y la sentencia de segunda instancia se emitió en fecha diecisiete de septiembre de dos mil dos, notoriamente al dictarse la sentencia se hizo fuera del periodo de seis semanas previsto en el artículo 11 del Convenio.

En el último de los asuntos, el Juez ordenó citar a la madre, quien se presumía sustractora, ordenando que presentara a los menores al juzgado y cita peritos para que realizaran su trabajo en la fecha señalada, diciendo que se escucharía a las partes y resolverían, lo que se estima correcto porque en un solo día desahoga todas las diligencias que estimó pertinentes.

De los asuntos anteriores, se concluye que siempre se debe atender a que se resuelva con la brevedad debida y prevista en el Convenio sin embargo, aún cuando las ejecuciones de resoluciones siempre resultan complejas y con mayor razón en donde se vinculan menores a entregar, estimo que dicha entrega del menor debe realizarse en el mismo acto de la diligencia y de ahí determinar el lugar de su guarda, evitando que el sustractor cambie de domicilio y prevenirlo respecto a la restitución del menor.

Lo anterior motivó la urgente reforma por adición en algunos de los Códigos Procesales de las entidades federativas mexicanas, para efectos de establecer un procedimiento específico que permita encausar las actuaciones del juez en los casos de solicitudes de restitución de menores que han sido ilegalmente sustraídos de su domicilio habitual, para dar debido cumplimiento al objetivo del convenio, ya que el mismo no regula la normativa procesal, siendo pertinente inclusive mencionar, que en el preámbulo de dicho convenio y en los artículos 2º y 11 del mismo, se menciona expresamente que los Estados signatarios deben establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como el deber de las autoridades judiciales de los Estados contratantes a actuar con urgencia en los procedimientos, entonces, al carecer de la normativa procesal, desde luego que México incumple con el convenio, más aún cuando las autoridades judiciales no actúan con la urgencia que menciona el convenio, ni la que se requiere para emitir

la resolución que decida sobre la restitución dentro del plazo previsto en el artículo 11, que es de seis semanas contadas a partir de la fecha de iniciación del procedimiento, por lo que se deben cumplir fielmente las obligaciones contraídas con motivo de la firma del convenio, pero principalmente lo que tutela el mismo: la restitución inmediata del menor al lugar de su residencia habitual bajo el principio del interés superior del mismo.

En el Estado de México actualmente en el Código de Procedimientos Civiles, se regula en el capítulo octavo la restitución internacional de menores, a la cual se realizan algunos apuntamientos, que si bien, dan una solución al problema de la carencia de un procedimiento -la normativa revela una gran similitud con la de España-, no lo resuelve, porque hay entidades federativas que carecen del mismo. Ello genera inestabilidad e inseguridad jurídica para los que intervienen en un procedimiento de restitución, a saber: el solicitante, el solicitado, el menor, por supuesto el Juez y Ministerio Público como representante-protector del menor.

En efecto en el CPCEM, establece primeramente un aspecto competencial, establecido a favor del juez familiar en cuya jurisdicción territorial del Estado se encuentre el menor; determina la legitimación activa de quién promueve, aunque el artículo 8° de la Convención, claramente señala que toda persona o institución que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado ilícito, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, para que con su asistencia quede garantizada la restitución, luego esa revisión, será materia de la Autoridad Central; las actuaciones se practicarán con intervención del Ministerio Público, quién velará por los intereses del menor, lo cual se esgrimió como un imperativo.

Se establece en el artículo 2.365 del CPCEM, que una vez que el Juez verifique que a la solicitud se acompañó toda la documentación requerida, dictará resolución en la que adoptará las medidas para impedir la salida del menor de su jurisdicción, dando amplitud de facultad al Juez al decir, que cualquier otra medida para salvaguardar el interés superior del menor; en la misma resolución, se requerirá a la persona que lo haya sustraído para que comparezca al juzgado con el menor en la fecha que se señale, para que manifieste si accede voluntariamente

a entregarlo o en su caso, oponga excepciones, sólo respecto de las causas que establece la convención y deberá ofrecer pruebas.

Si el requerido no comparece, operará la preclusión; se señalará fecha a una audiencia oral, en la cual el Juez oír a ambas partes y en la misma podrán expresar alegatos, audiencia que tendrá lugar dentro de los cinco días siguientes; el Juez debe resolver en la audiencia o dentro de los tres días, si procede o no la restitución.

Caso contrario acontece, si comparece el requerido y accede a la restitución, el Juez dará por concluido el procedimiento y ordenará la entrega del menor. Lo cual, es lógico, ya que el solicitado o requerido, no pone resistencia y bien, pudiera presentar un allanamiento, entonces, sería ocioso continuar con el trámite, cuando el objeto primordial es la entrega del menor y la restitución del mismo al lugar donde se ubique su domicilio habitual.

Si el requerido opusiere excepciones, se resolverán en concordancia con las causas establecidas en el convenio; entonces, en la audiencia, las tendrá por opuestas y citará a una audiencia principal que tendrá lugar dentro de los cinco días siguientes; si el juez lo considera, oír al menor y podrá recabar todos aquellos elementos, que pudieran ser pruebas, que estime pertinentes a favor del menor. En la audiencia principal, se recibirán pruebas y alegatos.

Cabe mencionar, que los Juzgados y las Salas Familiares del Estado de México, son coincidentes al decretar de manera oficiosa, la recepción y desahogo de pruebas periciales en materia de trabajo social y psicología con el argumento que el Juez debe tener mayores elementos para conocer y decidir objetivamente lo más benéfico para el menor, por lineamientos de la jurisprudencia, que aun cuando el criterio hace referencia a los casos en que se controvierte la guarda y

custodia de menores, se aplican en la parte conducente o incluso analógicamente a los casos de sustracción internacional de menores.⁴²

En el Estado de México, al contar con un Departamento de Peritos del Tribunal Superior, los jueces decretan el desahogo de las pruebas periciales mencionadas, con anticipación para evitar dilaciones y se realizan los nombramientos

⁴² Época: Novena Época. Registro: 181529. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIX, Mayo de 2004. Materia(s): Civil. Tesis: II.2o.C. J/17. Página: 1548

“MENORES. DEBE REPONERSE EL PROCEDIMIENTO A FIN DE QUE EL JUEZ NATURAL RECABE LOS MEDIOS PROBATORIOS NECESARIOS PARA DETERMINAR LO CONDUENTE DE MODO INTEGRAL Y COMPLETO SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). En asuntos donde se resuelve respecto de la guarda y custodia, es obligación de la autoridad responsable ordenar al Juez natural la reposición del procedimiento a fin de que éste, de manera oficiosa, recabe los medios probatorios encaminados a obtener mayores elementos para conocer y decidir jurídica y objetivamente lo más benéfico para el menor o menores hijos de las partes contendientes en relación con la guarda y custodia pues, evidentemente, ello repercutirá en su salud mental y física. Por consiguiente, si bien diversos tribunales federales han sostenido como criterio preponderante que cuando se trata de menores de corta edad, lo más benéfico para su desarrollo físico-emocional y su estabilidad psicológica es que queden bajo el cuidado de la madre, no obstante tal predisposición debe aplicarse en forma moderada y no indiscriminadamente en todos los casos, porque resulta patente el deber del juzgador de tomar en cuenta, ante todo, el interés del menor o menores sobre cualquier otro aspecto. Así, al tener importancia prioritaria lo que más beneficie a los infantes, sólo de manera secundaria prevalecería el interés de las personas con derecho a reclamar su custodia, a pesar de existir, como se anotó, la presunción de ser la madre la más apta y capacitada para tener bajo su cuidado a dichos menores, precisamente, porque si bien ello tiene sustento en la realidad social y en las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en tanto, casi siempre, corresponde a la madre su atención y cuidado, lo relevante consiste en que reviste mayor trascendencia el interés supremo del o los menores involucrados, en mérito de que las actividades de ambos padres son complementarias de la atención y cuidado de aquéllos. Entonces, en orden con lo precedente, deviene innegable la necesidad de recabar officiosamente los medios probatorios encaminados a desentrañar lo que resulte más benéfico para el menor de edad, por lo que si éstos no se aportaron, debe ordenarse a la Sala Familiar que mande reponer el procedimiento a efecto de que, como se precisa, el Juez natural disponga lo necesario a fin de que se recabe la opinión de expertos en materia de psicología y de trabajo social, en relación con ambos padres y, por lo que hace al infante, en materia de psicología, así como cualquier otra probanza indispensable, como sería escuchar al menor y, a su vez, dar intervención representativa al Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 267 del anterior Código Civil para el Estado de México (actualmente 4.96), para de esa forma contar con los elementos propicios a fin de estar en las condiciones básicas que permitan al juzgador primario y a la autoridad de alzada conocer de manera objetiva su entorno social, salud, sensibilidad motora y de pensar, costumbres y educación, incluso, en su caso, la conservación de su patrimonio, para resolver lo más benéfico sobre la guarda y custodia de todo menor, lo que el Estado debe realizar para que la sociedad no resulte afectada en casos como el indicado, máxime si lo anterior es de orden público.”

correspondientes de los peritos, a quienes requieren para que comparezcan de inmediato para citar a las partes y al menor, para que recaben la información y practiquen las pruebas necesarias para emitir el dictamen a la brevedad, por la agilidad que debe tener el procedimiento.

El artículo 2.369 del CPCEM dispone que el Juez resolverá el asunto en la misma audiencia de pruebas y alegatos, pero si hubiere complejidad del asunto, se podrá dictar la sentencia dentro de los cinco días siguientes y la lectura se podrá efectuar resumidamente; aunque estimo que el precepto debería decir, que el Juez “deberá” y no “podrá”, ya que el verbo, admite diversas interpretaciones, como el que si es voluntad del Juez, como el que podrá hacerlo resumidamente si quiere o podrá hacerlo íntegramente, que en este último supuesto, si diera lectura íntegra sería ocioso, porque al elaborarla por escrito, las partes le podrán dar lectura íntegra posteriormente, estimo prudente que el Juez pudiera explicar la sentencia, de la manera más entendible y completa para las partes y abogados, sin sacrificar el componente jurídico, pero sí que incluya la decisión, lo que no genera problema alguno, ya que si el Juez tiene conocimiento del asunto y ha estado presente en el desahogo de las pruebas ofrecidas por las partes y dicta la sentencia, tiene capacidad para explicarla.

La sentencia que conceda la restitución será apelable con efecto suspensivo y la que la niegue sin efecto suspensivo. Con el recurso de apelación que se admite contra la sentencia, sea en uno u otro caso, la consecuencia es, la no restitución inmediata del menor, que en el segundo supuesto tiene una razón, pero en el primero, cuando ya se resolvió que sea restituido, estimo que va en contra del objeto de la Convención y del plazo máximo para la restitución, porque la tramitación del recurso, provocará que el plazo se rebase, si se toma en cuenta que el plazo promedio en que se emita el fallo en segunda instancia, es aproximadamente de cuatro semanas, porque al darle el tratamiento de sentencia definitiva, conforme al artículo 1.379 del CPCEM, se concede el plazo de diez días para interponer el recurso, con la expresión de agravios; admitido el recurso, se

conceden tres días a la contraria para que si lo estima pertinente de contestación a los agravios, transcurrido el plazo se remiten a la Sala los autos originales.

Recibidos los autos por la Sala y confirmada la admisión del recurso, las partes podrán presentar alegatos dentro de los cinco días siguientes, que agotado este plazo, la misma Sala resolverá el recurso dentro de los diez días siguientes. Haciendo el conteo genérico y estricto de los días, que necesariamente son hábiles, hacen un total de cinco semanas y tres días, más los días que por razones de publicación en el boletín judicial tienen que efectuarse, que entre escrito y recepción de autos, uno al admitir la apelación, otro al recibirse por la Sala y otro al citar para sentencia, son tres días más, que entonces, hablamos de un mínimo de seis semanas, más los días en que tuvo lugar el trámite ante el Juez, es evidente que se ha rebasado el plazo que señala el artículo 11, además de que se infringe el mismo, al mencionar que las autoridades judiciales actuarán con urgencia.

En segundo lugar y quizá el de mayor importancia, estriba en reflexionar acerca de la regulación realizada por el Estado de México como entidad federativa y algunas otras como Chihuahua, Durango, Guerrero, Guanajuato y Sinaloa, en cuanto, si existe competencia para esta regulación por las legislaturas de las entidades federativas de México o legislaturas locales, para legislar sobre un procedimiento que es derivado de una Convención o tratado internacional; no propiamente sobre la custodia de un menor, sino solo determinar si el menor debe o tiene que ser restituido al país de su residencia habitual, que corresponden al área del derecho internacional privado.

En España, la Ley Orgánica 1/1996, en el apartado denominado de Protección Jurídica del menor, modifica los artículos 1.901 a 1.909, los que corresponden al título IV denominado “Medidas provisionales en relación con las personas”, de la LECiv⁴³, para los supuestos en que siendo aplicable un convenio internacional se

⁴³ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil español. (Vigente hasta el 25 de Septiembre de 2014).

pretenda la restitución de un menor que hubiera sido objeto de un traslado o retención ilícita.

Los dispositivos de mérito, prevén desde la competencia del Juez de Primera Instancia, la facultad al juez para que adopte medidas provisionales de custodia prevista en la sección tercera, en relación con los hijos de familia y el punto primordial es el del artículo 1.904, que impone al juez, el deber de emitir la resolución dentro del plazo de veinticuatro horas en la que ordene requerir al sustractor para que dentro del plazo que no exceda de tres días comparezca al Juzgado con el menor y manifieste si accede voluntariamente a la restitución o si se opone por existir alguna de las causas de excepción establecidas en el convenio, en caso de no comparecer, el juez citará dentro del plazo no mayor de cinco días a una comparecencia y dictará las medidas provisionales que juzgue pertinentes, en la comparecencia oirá al solicitante y al Ministerio Fiscal y al menor y resolverá dentro de los dos días siguientes si procede o no la restitución, tomando en cuenta el interés del menor. En caso de oposición, se citará a los interesados y al Fiscal para que manifiesten lo que a su interés convenga, podrán practicarse pruebas y el juez oirá al menor en su caso, celebrada la comparecencia y recibidas las pruebas dentro de los seis días siguientes, el juez resolverá dentro de los tres días siguientes si procede o no la restitución del menor.

Este procedimiento sumario permite tramitar la demanda de *exequátur* con la urgencia que el convenio establece y además velar por el interés superior del niño, evitando dilaciones sobre su permanencia o su restitución y cobra importancia también, el que la resolución admita el recurso de apelación sin efecto suspensivo, lo que permite la ejecución de la resolución. Esta regulación del efecto de admisión del recurso, es contraria a la del Estado de México, que es con efecto suspensivo, con la observación que ya quedó apuntada.

Estas disposiciones procesales, permiten tener una dirección de las determinaciones que debe tomar el juez al conocer de una solicitud de restitución de menores sustraídos ilícitamente de un Estado contratante a España,

respetando la garantía de audiencia y tomando las precauciones para proteger la localización del menor y la recepción de pruebas, con la obligación al juez de resolver en forma inmediata y permitir que se interponga y admita el recurso de apelación, pero sin suspender la ejecución del acto de entrega del menor. Determinaciones que estimo son benéficas para cumplir con el Convenio, pero fundamentalmente en beneficio de los menores, cualquiera que sea el fallo y debieran ser tomadas en cuenta por los Estados contratantes, para incluirlas en sus legislaciones, pero adecuando las mismas a la realidad sociopolítica y económica de cada uno de ellos, si eso beneficia a la tramitación que realicen.

Las reformas del Código Civil Español por la Ley Orgánica 9/2002⁴⁴, en materia de sustracción de menores, facultan al juzgador a tomar medidas provisionales a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, para evitar la sustracción de un menor, como lo establecen los artículos 103 y 158 apartado 3, cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas⁴⁵.

Estas medidas son adoptadas también en el Estado de México, con la diferencia que no se encuentra especificadas en la legislación y por ese motivo podrían estimarse que son ilegales o inconstitucionales, sin embargo, se han tomado como de protección a los hijos menores, incluso se esgrime el argumento del principio de la suplencia de la deficiencia de la queja al tratarse de menores y que se encuentra previsto en el capítulo relativo a las controversias del orden familiar, en donde se establece un procedimiento oral, luego, esa suplencia deberá operar en todas las controversias en donde intervenga un menor o menores.

⁴⁴ BOE núm. 296, de 11 de diciembre.

⁴⁵ Artículo 103 1ª...a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya hubiese sido expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa a cualquier cambio de domicilio del menor.

Estas medidas coinciden exactamente con las establecidas en el artículo 158 apartado 3 del mismo Código Civil Español

VIII. Objetivos del Convenio.

Como ya se ha expuesto, el Convenio nace por la violación al derecho de custodia por parte de uno de los que ejerce la patria potestad sobre un menor y serviría como instrumento jurídico urgente para lograr reintegrar a un menor a su domicilio habitual.

Desde el preámbulo del convenio se expresa con precisión su objetivo, al mencionar que se trata de proteger a un menor en el plano internacional, para evitar los efectos perjudiciales que se pudieran ocasionar cuando es trasladado o retenido ilícitamente, para restituirlo al Estado en que tenga su residencia habitual.

En el artículo primero del convenio se recogen los objetivos del mismo. Un primer objetivo consistente en la restitución inmediata del menor que ha sido trasladado o retenido ilícitamente en un Estado o país diverso al de su residencia habitual y el segundo objetivo, tutela el respeto del derecho de custodia y de visita concedida por los padres o concedida a estos, por un Juez de un Estados contratante, para ser respetado por el resto de los Estados miembros.

Es claro que dentro de los objetivos del convenio no se encuentra que el Estado a donde ha sido trasladado o retenido ilícitamente el menor, tenga la autoridad judicial, facultades u obligación de juzgar sobre una custodia concedida, ni tampoco el de otorgar la misma a los que se encuentran ejerciendo la patria potestad, sino simplemente restituir de manera inmediata y urgente al estado de su residencia habitual al menor, pues de una manera clara lo establece el artículo 16 del mismo; se hace especial énfasis en el punto de no resolver sobre la custodia, porque en el Estado de México, se ha emitido la determinación de que se desahoguen pruebas periciales en materia de psicología, trabajo social y también en medicina, guiado el órgano jurisdiccional en un criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con la finalidad de que el juez conozca la situación particular del menor, lo que considero que solo se permita en los casos en que exista oposición del presunto sustractor, en la hipótesis de que se encontrara en los casos de excepción previstos por el convenio y además, para

cumplir con el desahogo de esas pruebas periciales, se deberá contar con los peritos suficientes para atender oportunamente el llamado, lo que generalmente no acontece, entonces, la recepción de estas pruebas evidencia que son tendentes a influir sobre la custodia o la conveniencia de la restitución.

Se hace la anterior precisión, en virtud de que, como se hizo referencia, ante la falta de un ordenamiento procesal uniforme para todo México, en la admisión y trámite de la solicitud de restitución del menor, hay una variedad de criterios en las entidades federativas donde no hay normativa, algunos que no tienen objeto en las solicitudes de restitución, pues solo se deben desahogar pruebas periciales cuando exista una oposición hecha valer por el presunto sustractor, en los casos de excepción previstos en el convenio, se reciben alegatos o alegaciones y se dicta sentencia, la que por su carácter de definitiva, puede y admite el recurso de apelación, que en las entidades donde no hay disposición específica de la norma, puede entenderse que su admisión será con efecto suspensivo, lo que evidentemente resulta ocioso y contrario al espíritu de los objetivos del Convenio, que es impedir la retención ilícita del menor y ordenar su restitución de una manera urgente e inmediata y dentro de los plazos previstos en el propio Convenio.

IX. El Interés del Menor.

Un punto de coincidencia en los diversos instrumentos de Derecho Internacional es velar por lo que la Convención de los Derechos del niño ha llamado el interés superior del niño, que se ha incorporado como cláusula general y que inclusive ya se encuentra inmersa en el CCEM,⁴⁶ como también la normativa española, lo que guarda primordial importancia cuando en las decisiones judiciales podría representar una parte fundamental para el futuro de un menor, pues antes de que a nivel internacional y nacional hubiere una ocupación especial para los menores, la normativa relacionada con menores, como suele haberlos en materia familiar, se integraba por elementos en donde no importaba si con una decisión se afectaba al menor y aunque siguen existiendo, afortunadamente son preceptos aislados, esto es así, porque la ley omite tomar en consideración si para contraer matrimonio los contrayentes se amen, ni como sucedía con el artículo 267 del CCEM anterior, que establecía que en la sentencia que decretara el divorcio, se debía resolver que los hijos quedaran bajo la custodia del cónyuge no culpable, sin importarle si este amara y atendiera con cuidado, diligencia y responsabilidad al hijo; de manera que todos los elementos y decisiones judiciales que resuelvan en torno al menor, es fundamental e imprescindible tomar en cuenta componentes lógicos y racionales, pero también humanos y sentimentales, pero no de los que puedan ejercer la patria potestad, sino del menor que es quien resulta la mayoría de las veces afectado.

⁴⁶ Artículo 4.83. Cuando la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, los padres propondrán la forma y términos del cuidado y custodia de los hijos, el Juez resolverá atendiendo siempre al interés preponderante de estos.

Artículo 4.95. Al admitirse la demanda de divorcio podrán dictarse las disposiciones siguientes...III A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guardia y custodia de los hijos se decretara por el Juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela.

Artículo 4.96. En la sentencia que decreta el divorcio, se determinaran los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, respecto a la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio, El Juez acordara de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos o sujetos a tutela.

Artículo 4.204. La patria potestad se ejerce en el siguiente orden: I. Por el padre y la madre; II. Por el abuelo y la abuela maternos; III. Por el abuelo y la abuela paternos. Tratándose de controversia entre los abuelos, tomando en cuenta los intereses del menor.

El interés superior del menor, entonces es preponderante para que las personas que deciden sobre aspectos de su vida personal, ya sea los padres y abuelos que ejercen la patria potestad, jueces y magistrados, no siempre se apegan a una estricta objetividad y racionalidad, porque son seres humanos y en las decisiones influye su educación, prejuicios, traumas e idiosincrasia, de lo que no siempre se puede o se quiere sustraer y entonces, el interés del menor se mira desde diferentes ópticas, cuando dicho interés estriba en emitir una determinación concreta de lo más conveniente para el niño.

Como ya se dijo, la Convención sobre los Derechos del niño en su artículo 3^o prevé que en todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, alude a que como una consideración primordial, se atienda al interés superior del niño y el artículo 12 le reconoce el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que les afecten y, a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, directamente o por medio de un representante.

El interés en sentido jurídico comprende junto a los bienes y valores morales y de conciencia, las aspiraciones humanas de todos los sectores vitales, en donde se pueden incluir los no racionales, primarios o secundarios, pero que influyen de una forma importante en la vida de cualquier persona y que pueden hacer que encuentren o no su felicidad y alcanzar sus fines trascendentales o triviales, pero el interés del menor, por ser superior, conforme a la Convención y la normativa que lo regula, resulta imperativo protegerlo por encima de otros intereses y así, *“el interés del menor revela la significación de los bienes y valores implicados en la vida de la persona (aquí de un menor), que comprenden, -como se precisó-, sus necesidades y deseos, conscientes e inconscientes (con particular peso de estos a esas edades); intereses susceptibles de múltiples variantes y manifestaciones vitales, materiales y espirituales”*.⁴⁷

⁴⁷ Rivero, Hernández Francisco. (2000) *El interés del menor*. Editorial Dykinson, S.L. Madrid. p. 89.

X. Edad del menor.

Es pertinente precisar que cuando se habla de *menor*, ¿hasta qué edad se debe considerar como tal?, porque si bien el CCEM, en concordancia con todas las entidades federativas del país, establecen que la mayoría de edad comienza al cumplir dieciocho años (artículo 4.339), igualmente la Convención sobre los Derechos del niño en su artículo 1° explícitamente señala la edad de dieciocho años;⁴⁸ sin embargo, la Convención sobre los aspectos Civiles de la sustracción Internacional de menores sitúan al menor en aquel que no ha cumplido los dieciséis años.⁴⁹

Para efectos del análisis del Convenio sobre Sustracción de menores, cuando se mencione al menor, debe de entenderse que nos referimos al que no ha cumplido los dieciséis años.

Con la edad de dieciséis años, se marca una edad mínima, que aunque no coincide con la de la Convención de los Derechos del niño ni con la de los países o Estados firmantes que tienen determinada que la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, esta edad de dieciséis años establecida en la Convención se justifican tomando en cuenta que resulta más complejo restituir o retener a un mayor de dieciséis años por sus padres o por terceras personas contra su voluntad, es decir, en una edad que oscile entre los dieciséis y los dieciocho años, sin que esto implique la ausencia de atención para un menor de esta última edad, porque la Convención sobre los Derechos del niño también lo está protegiendo y además, aun cuando las necesidades y problemática de un menor varía dependiendo su edad, la atención tendrá que ser la misma.

En similar sentido se ha expresado Francisco Rivero al señalar: “Estas y otras cuestiones próximas por ejemplo, la de que no hay tanto *menor* sino *menores*,

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Artículo 4. El Convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años.

pues en poco se parecen los problemas, por los que aquí interesa, de un niño de unos meses y los de un joven de quince años, me han preocupado cada vez más a medida que iba avanzando en la problemática jurídica relativa a los menores (respecto de sus derechos fundamentales y otros, lo que más conviene al menor orientado hacia su futuro de persona adulta) y, más en concreto, la relativa a su interés preeminente”⁵⁰.

En las discusiones en la elaboración de la Convención Interamericana sobre restitución de menores de mil novecientos ochenta y nueve, en Montevideo Uruguay, las interrogantes que se plantearon en torno a la edad de dieciséis años del menor, van en torno a si se mantiene la aplicación de la Convención si durante el proceso cumple los dieciséis años, en los casos en que la persona que lo sustrae o retiene, lo realiza poco tiempo antes de cumplir esa edad, pero el artículo 4º de la Convención establece que dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años.

⁵⁰ Rivero, *op. cit.* p. 19.

XI. El traslado o la retención ilícita del menor.

De la simple lectura del artículo 3º del convenio⁵¹, se advierten las hipótesis para que tenga lugar la aplicación del mismo, en concordancia con los objetivos, en donde el elemento substancial es la restitución inmediata de los menores que son trasladados o retenidos de manera ilícita y que son los siguientes:

La primera hipótesis tiene como requisito de procedibilidad, la atribución de un derecho de custodia y este puede derivar de una atribución de pleno derecho, que no es más que el ejercicio de hecho que ejerce una persona sobre el menor, como sucede cuando uno de los padres permite que su hijo viva en el domicilio del otro progenitor, sin que esto se encuentre documentado judicial o extrajudicialmente; la custodia también puede derivar de una decisión judicial o administrativa, que no requiere mayor explicación y por último de un acuerdo vigente, el acuerdo debe ser celebrado por los que ejercen la patria potestad sobre el menor, lo que a diferencia del primero, deberá constar por escrito y la vigencia se refiere a que no se haya limitado la temporalidad y si se limitó, no haya fenecido, pues en algunos casos, la custodia se concede para un periodo determinado.

Luego, si la custodia concedida o ejercida en cualquiera de las formas referidas, es infringida, estaríamos en presencia de un incumplimiento de la misma, pero para efectos del Convenio, esa infracción necesariamente se presenta cuando el menor ha sido trasladado a un país o Estado contratante diverso a aquel en que el menor tenía su residencia habitual, como lo dice el precepto, inmediatamente antes de su traslado o retención, el cual necesariamente tiene que ser a otro Estado, de manera que si es sustraído a otro lugar distinto de su residencia

⁵¹ Artículo 3. El traslado o la retención de un menor se consideran 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 de forma efectiva, separada o conjuntamente en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

habitual, pero en el mismo país, no tendrá aplicación la Convención sino el derecho interno del mismo, lo que resulta lógico, conforme a los objetivos del convenio precisados con antelación.

Bajo esta tesis, el elemento de importancia también lo es la residencia habitual de la que es separado el menor, como se patentiza en la primera hipótesis del artículo tercero y se reitera en el artículo cuarto del Convenio, porque lo que se tutela es no generar daño al menor al separarlo del lugar en donde vive y convive, de su hogar, donde duerme y va a la escuela, donde camina y juega.

La residencia habitual del menor, es el lugar donde permanece con cierta estabilidad, y aunque los doctrinarios han emitido una diferencia entre residencia y domicilio, para efectos del Convenio, debe entenderse, -en mi opinión- el lugar que habita el menor conjuntamente con la persona que ejerce sobre él la custodia, donde desarrolla las actividades propias de su edad, tales como: dormir, asistir al colegio o institución educativa, en su caso, realiza actividades de diversión y esparcimiento, a la iglesia donde profesa la religión, a donde adquiere artículos escolares, a donde le compran dulces y juguetes y donde sociabiliza en general.

“La residencia es un *quid facti* que resulta del hecho de que la persona permanece habitualmente en un determinado lugar (art. 43 del Código Civil) con una estabilidad no perpetua y continua, pero duradera, acompañada de la voluntad de fijar allí su propia vivienda. Con lo que resulta claro, que por ejemplo, durante un veraneo, no se adquiere una nueva residencia. La residencia puede ser modificada, y el cambio será eficaz frente a terceros cuando se hubiere anunciado mediante una declaración prestada a los alcaldes del nuevo y del antiguo lugar de aquélla⁵² (Véase art. 44 del Código Civil y 31 de las disposiciones actualizadas).” Refiriéndose el autor al Código Civil italiano.

Lo anterior se clarifica, a decir de Miralles Sangrón, al señalar que “Por residencia habitual del menor hay que entender una situación efectivamente existente creada

⁵² Trabucchi, Alberto. (1967) *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I, Trad. Luis Martínez-Calcerrada. Ed. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. p. 116.

después de un periodo de cierta duración; el domicilio efectivo, el lugar del verdadero centro de gravedad determinante del modo de vida del menor; lugar que no deriva del domicilio de los padres y que está determinado de forma autónoma; una condición de la existencia de la residencia habitual estriba en una cierta integración del medio; las relaciones de tipo provisional aún no establecidas sólidamente no son suficientes; la residencia debe haber durado un cierto tiempo o haberse proyectado para un periodo de cierta duración.”⁵³ Tomando en cuenta la legislación mexicana, el artículo 2.18 de CCEM, contempla el propósito de establecerse en un lugar, cuando se reside por más de seis meses en él; de manera que, pese a los vocablos utilizados, es claro que la residencia habitual del menor debe entenderse, como el lugar que constituye su entorno, ya sea por un periodo superior a seis meses o bien que tenga su progenitor o quien ejerce la patria potestad la intención de permanecer por un lapso mayor al señalado.

⁵³ Miralles Sangro, Pedro Pablo en Montón García, Mar. (2003) La sustracción de Menores por sus propios padres. Colección Abogacía Práctica núm. 26. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, España. pp. 82-83.

XII. Autoridad Central.

Conforme al artículo 6º del Convenio, los Estados contratantes deberán designar una autoridad central, la que tendrá como labor exclusiva el cumplimiento de las obligaciones señaladas en el propio convenio y cada Estado, desde luego, hará saber quién ha sido designada como autoridad central, quien recibirá las solicitudes y deberá cumplir con los deberes debidamente especificados en el artículo 7º del Convenio.

En México, la autoridad central está depositada en la Dirección General de Protección y Asuntos Consulares de la oficina de Derecho Familiar de la Secretaría de Relaciones Exteriores, quien se encarga de realizar las funciones impuestas en el convenio y que a la fecha ha estado desarrollando esas actividades y funciona con un grupo de profesionales que cumplen su función, como se puede advertir en las solicitudes que se presentan a los juzgados y su asistencia a las diversos actos procesales en general.

Por lo que respecta a España, la autoridad central corresponde a la Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, de conformidad con lo establecido en el real decreto 1.475/2004, del día dieciocho de junio, de acuerdo al organigrama básico del Ministerio de Justicia⁵⁴.

Esta autoridad central realiza una actividad fundamental en la aplicación del convenio, porque es la única que tiene las facultades derivadas de su nombramiento y que impone el artículo 7º del mismo⁵⁵, consolidándose en dicha

⁵⁴ BOE de 19 de Junio del 2004.

⁵⁵ Art. 7º a) Localizar a los menores trasladados o retenidos de manera ilícita; b) Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales; c) Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable; d) Intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estimase conveniente; e) Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del convenio; f) Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con objeto de conseguir la restitución del menor, y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita; g) Conceder, o, en su caso, facilitar la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un Abogado; h) Garantizar,

autoridad el papel de un órgano de colaboración, coordinación, control y de garantía en su actuación para tramitar ante la autoridad judicial o administrativa de su propio Estado todas las actuaciones que sean necesarias hasta obtener la restitución de menor al Estado solicitante, valiéndose de las medidas previstas en el artículo 7º citado; porque la autoridad central debe encaminar su actuación con un toque de rapidez, no solo porque el propio convenio refiera que se debe de actuar con urgencia, sino que esto también se debe al objeto del propio convenio, que es la restitución inmediata de los menores, pero también para evitar cualquier daño físico o emocional para el menor y velando desde luego por el interés superior del niño, como principio imperante en los convenios de la Conferencia de la Haya.

La autoridad central realiza una función muy loable en beneficio de los menores que son trasladados o retenidos ilícitamente, pero también su actuar dependerá en gran medida al apoyo que le brinde el Estado contratante pues simplemente con la primera medida que se menciona consistente en localizar a los menores, en ocasiones tendrá necesidad de recurrir a un proceso de investigación, que como sucede en México, el problema primario estriba en el órgano al que se asignara la localización y luego, que se proceda de una manera eficaz para que de inmediato den aviso a la autoridad central y proceda a presentar la solicitud ante la autoridad judicial o administrativa que corresponda o dar aviso a esta si la solicitud ya ha sido presentada.

desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; i) Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

XIII. Reflexiones finales.

1. La legislación procesal civil mexicana -federal-, que rige para todo el país y, la legislación local que rige en cada una de las entidades federativas que lo conforman, carece de normas que regulen el procedimiento de restitución de menores ilícitamente trasladados a México, a excepción del Estado de México, Guanajuato y Sinaloa, mientras sólo la mencionan Chihuahua, Durango y Guerrero.

2. Ante la carencia de la normativa procesal en la legislación mexicana, que permita garantizar la restitución inmediata del menor al Estado, donde tenga su residencia habitual, así como para asegurar la protección del derecho de visita, México incumple con el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, suscrito en La Haya el veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta.

3. Todos los juzgadores del país deben capacitarse para evitar incurrir en interpretaciones erróneas respecto del alcance del texto del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, provoca que con frecuencia, no se actúe con urgencia en la tramitación de la restitución de los menores, ni tampoco que emitan una decisión respecto de la restitución en el plazo de seis semanas, como lo prevé el artículo 11 de la Convención.

4. Ante la normativa del procedimiento establecido en la legislación del Estado de México, el objeto de la Convención, el plazo máximo para la determinación, así como para cumplir con el principio del interés superior del menor, se concluye que la permisibilidad de la interposición del recurso de apelación contra la sentencia definitiva que se dicta, el efecto de admisión debe ser sin efecto suspensivo, atendiendo a la naturaleza de la medida y el plazo de tramitación del recurso de apelación, que sin días perdidos, agota el periodo máximo de las seis semanas establecido en la Convención.

5. Se estima necesario que se regulen expresamente como facultades del Juez, cuando exista riesgo de sustracción del menor o en el procedimiento ya iniciado,

como medidas: la prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial; prohibición de expedición de pasaporte al menor o la retención del mismo y el sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

6. La legislación Española sorprende con el procedimiento específico contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los artículos del 1.901 al 1.909, titulado medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, así como el artículo 103, apartado 1 y 158 apartado 3 en el CCE, los que cumplen no sólo lo dispuesto por el artículo 11 del Convenio sobre los aspectos civiles sobre la sustracción internacional de menores, sino que también establecieron un procedimiento sumario y ágil, cumpliendo con las garantías de audiencia y legalidad previstas constitucionalmente, así como el principio de contradicción procesal, lo que podría ser de utilidad para el poder legislativo mexicano para modificar la ley, con la adaptación a las condiciones actuales del Estado Mexicano.

XIV. Fuentes consultadas.

Álvarez Vélez, María Isabel. (1990) *La protección de los Derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España, 1994.

Arellano, García Carlos. (1997) *Segundo Curso de Derecho Procesal Civil*. Ed. Porrúa. Segunda edición actualizada. México.

Ballesteros, Jesús (editor). (1992) *Derechos Humanos*. Editorial Tecnos, S.A., Madrid.

Becerra, Bautista José. (2000) *El Proceso Civil en México*. Décimo séptima edición. Ed. Porrúa. México.

Bentham, Jeremías. (2000) *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Trad. D. Diego Bravo y Destouet. Primera Edición. Ed. Ángel Editor. México.

Biagio, Brugi. *Instituciones de Derecho Civil*. Grandes Clásicos del Derecho. Trad. Jaime Simo Bofarull. Vol. Cuarto. Ed. Oxford University Press. México.

Bonnecase, Julien. (1997) *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Biblioteca Clásicos del Derecho. Volumen 1. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. Ed. Harla. México.

Briseño, Sierra Humberto. (1999) *Derecho Procesal*. Biblioteca de Derecho Procesal. Volumen 1 y 2. Ed. Oxford University Press. México.

Calamandrei, Piero. (1997) *Derecho Procesal Civil*. Biblioteca Clásicos del Derecho. Volumen 2. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. Ed. Harla. México

_____ (1996) *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Colección Clásicos del Proceso Civil. Trad. Santiago Sentís Melendo. Vol. I. Ed. E.J.E.A. Buenos Aires, Argentina.

Calvo Caravaca Alfonso-Luis y Carrascosa González Javier. (2001) *Práctica Procesal Civil Internacional*. Editorial Comares, Granada, España.

Carpizo, Jorge. (1993) *Derechos Humanos y Ombudsman*. Primera Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Comisión Nacional de Derechos Humanos. México.

Contreras, Vaca Francisco José. (1999) *Derecho Procesal Civil*. Biblioteca de Derecho Procesal Civil. Universidad Nacional Autónoma de México. Volumen 1 y 2. Ed. Oxford University Press. México.

Couture, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición. Ed. Nacional. México, 1981, pp. 524.

Chavez Asencio, Manuel F. (1987) *La Familia en el Derecho (relaciones jurídicas paterno filiales)*. Editorial Porrúa, México.

Chiovenda, Giuseppe. (1995) *Curso de Derecho Procesal Civil*. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. Ed. Pedagógica Iberoamericana. México.

De Ibarrola, Antonio. (1978) *Derecho de Familia*. Editorial Porrúa, México.

De Pina, Rafael. (1981) *Tratado de las Pruebas Civiles*. Tercera Edición. Ed. Porrúa. México.

De Pina, Rafael y José Castillo Larrañaga. (2000) *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Vigésimo quinta edición. Ed. Porrúa. México.

Diccionario Jurídico Mexicano. (1989) Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomos I, II, III y IV. Editorial Porrúa, México.

Domínguez, Martínez Jorge Alfredo. (1996) *Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*. Quinta Edición, Ed. Porrúa. México.

Dorantes, Tamayo Luis. (1997) *Teoría del Proceso*. Quinta Edición. Ed. Porrúa. México.

Fairén, Guillén Víctor. (1992) *Teoría General del Derecho Procesal*. Primera Edición. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.

Galindo Garfías Ignacio. (1980) *Derecho Civil*. Primer curso. Editorial Porrúa, S.A., México.

García, Presas Inmaculada. (2013) *La Patria Potestad*. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, España.

Gómez, Lara Cipriano. (1998) *Derecho Procesal Civil*. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Sexta edición. Ed. Oxford University Press. México.

González Martín, Nuria. (2006) *Familia, Inmigración y Multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada*. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa, México.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo. (1994) *Notas y Estudio sobre el Proceso Civil*. Serie G: Estudios Doctrinales. Primera Edición. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.

Lázaro González, Isabel E. y Mayoral Narros, Ignacio V. (2003) *Jornadas sobre derecho de los menores*. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España.

Maqueda, Abreu María Luisa. (1988) *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*. Granada, Universidad de Granada.

Montón García, Mar. (2003) *La sustracción de menores por sus propios padres*. Colección Abogacía Práctica número 26. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España.

Kelly, Hernández Santiago A. (2001) *Teoría del Derecho Procesal*. Tercera edición. Ed. Porrúa. México.

Ovalle, Favela José. (1991) *Teoría General del Proceso*. Ed. Harla. México.

_____. (1998) *Derecho Procesal Civil*. Sexta Edición. Ed. Harla. México.

Otero, Parga Milagros. (2006) *Dignidad y Solidaridad*. Dos derechos fundamentales. México, Editorial Porrúa.

Pacheco, Escobedo Alberto. (1974) *La persona en el Derecho Civil Mexicano*. Ed. Panorama Editorial. Primera edición. México.

Pallares, Eduardo. (1964) *Apuntes de Derecho Procesal Civil*. Ed. Ediciones Botas. Segunda edición. México.

Pereznieto, Castro Leonel. (1995) *El art. 133 constitucional: una relectura*. Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. 1995-II, núm. 25. pp. 265-292.

Planiol, Marcel y Ripert, Georges. (1997) *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Volúmen 8, Biblioteca Clásicos del Derecho, Trad. Leonel PérezNierto Castro. Editorial Harla, México.

Rivero, Hernández Francisco. (2000) *El interés del menor*. Editorial Dykinson, S.L. Madrid.

Rojina, Villegas Rafael. (1969) *Derecho Civil Mexicano*. Tomo Primero. Cuarta edición. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México.

Trabucchi, Alberto. (1967) *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I, Trad. Luis Martínez-Calcerrada. Ed. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.

Vizcarra, Dávalos José. (1999) *Teoría General del Proceso*. Tercera Edición. Ed. Porrúa. México.

Zannoni, Eduardo. A. (1978) *Derecho de familia*. Editorial Astrea. México. Buenos Aires.

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Civil del Estado de México

Código Penal para el Estado de México

Código Federal de Procedimientos Civiles

Instrumentos internacionales

Convenio sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros miembros de la Familia. (2007)

Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias. (2007)

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. (2000, entrada en vigor en 2002)

Convenio Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (1996)

Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (1993, aprobada por México en 1994)

Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (1993)

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Infantil, (Directrices de Riad) (1990)

Convención sobre los Derechos del Niño. (1989)

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, (Reglas de Beijing) (1985)

Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980)

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969)

Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924)

Legislación internacional

Código Penal español

Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del menor.

Ley de Enjuiciamiento Civil (Vigente hasta el 25 de septiembre de 2014).