

# EL DERECHO DE INTEGRACIÓN DEL MENOR A SU FAMILIA. ASPECTOS INTERNACIONALES\*

**Jorge Alberto Silva Silva\*\***

## SUMARIO

1. Introducción. 2. La convivencia e integración familiar del menor. 3. Derecho de custodia. 4. Derecho de visita o convivencia. 5. Retención y sustracción de menores. 6. Restitución de menores.

## 1. INTRODUCCIÓN

Todo menor de edad tiene el derecho humano de convivir al lado de sus padres o tutores según lo establece la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño. Este convenio internacional obliga a los Estados a velar “porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos”, separación que solo sería posible cuando sea necesaria, acorde al “interés superior del niño” (art. 9). Como se advierte, la regla general; indica que cualquier menor *tiene el derecho de convivir con sus padres*. Aunque este derecho no se ha controvertido en las relaciones internas de un Estado, la cobertura que por ahora me interesa se refiere a las relaciones internacionales.

En este ensayo presentaré *algunos aspectos del derecho de la integración familiar del menor de edad en las relaciones internacionales, especialmente la protección internacional del menor*. De manera especial me referiré a los derechos de custodia

\* Artículo publicado en la *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, AMDIPC, No. 14, octubre, 2003, pp. 183-196.

\*\* Profesor de derecho conflictual. Arbitro panelista internacional. Vicepresidente de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Autor de diferentes libros en derecho internacional privado, procesal y mercantil internacional.

y visita, como medios de integración familiar, así como el quebrantamiento de estos derechos, por lo que trataré las hipótesis de sustracción y retención ilícitas del menor, así como su restitución, que le restaura su derecho a la integración familiar.

## 2. LA CONVIVENCIA E INTEGRACIÓN FAMILIAR DEL MENOR

Uno de los derechos principales a que aspiran los miembros de una familia es a convivir bajo un mismo techo y en un mismo hogar, en especial, a *integrarse y estar reunidos*. El elemento afectivo es el que hace necesario ese derecho de convivencia y evita que el menor sea afectado emocionalmente. Al lado del elemento afectivo también se procura proteger su seguridad, prueba de ello es el que regrese o permanezca con su tutor.

Por desgracia estos derechos de convivencia y aspiraciones no siempre se ven reflejados en la realidad. En el plano fáctico no es difícil saber de miembros de una familia que se encuentran en un país, mientras que otros, en otro país. Con frecuencia las noticias nos informan de alguna persona que habiéndose trasladado a otro país ha dejado atrás a su cónyuge e hijos y que a éstos ni siquiera se les otorga visa para visitar y convivir con el padre o madre. Obviamente, y en cierta manera, esto parece vulneratorio de los derechos humanos.

Por ahora, en el ámbito internacional, el derecho de integración familiar se ha establecido con mayor énfasis en relación con los niños, que tienen el derecho de permanecer con sus padres o de visitarlos. El derecho interno mexicano responde tímidamente a esa aspiración mediante lo que también se llama *derecho de convivencia*, aunque sólo restringido al interior del territorio mexicano.

Por lo que se refiere al ámbito internacional la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño le reconoce a los infantes dos direcciones migratorias orientadas a la integración: a) el derecho a salir de su país para visitar o reunirse con su familia, y b) el derecho a entrar para reunirse con su familia. La finalidad para la que se establece ese derecho se orienta a "la reunión de la familia" o con uno de sus miembros.

Para hacer factible lo anterior, los Estados - parte de la citada Convención de la ONU deben atender a la solicitud del menor "de manera positiva, humanitaria y expeditiva," sin que ello implique "consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares."

El niño cuyo padre (o padres) resida en Estados diferentes de la comunidad internacional tiene derecho a mantener, periódicamente, salvo circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres o con aquel del que está separado. Esto es lo que suele conocerse como *derecho de visita*, que es parte del *derecho de convivencia*. Como derecho humano universal debe ser respetado en cada país y, como decía, cada Estado lo puede acatar y desarrollar en dos sentidos: permitiéndole al niño (o a sus padres) entrar o salir del país; con lo cual se hace efectivo ese derecho humano de integración, convivencia o reunión de la familia.

Acorde al derecho convencional internacional, el derecho de entrar o salir de un país está sujeto a las restricciones estipuladas por el orden jurídico de cada Estado y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud

o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño.<sup>1</sup>

Hay, incluso, en el régimen convencional internacional, disposiciones especiales que obligan a cada Estado, como México, a adoptar medidas adecuadas para lograr que un niño obtenga el estatuto de refugiado o se le considere refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables. Lo anterior para que reciba la protección y la asistencia humanitaria adecuadas. Al efecto, cada Estado debe cooperar de la manera más apropiada con los organismos internacionales o intergubernamentales o no gubernamentales, con la finalidad de proteger y ayudar a todo niño refugiado para que *localice a sus padres u otros miembros de su familia*. La cooperación estatal se amplía al derecho de que el menor obtenga la *información necesaria para que se reúna con su familia* y sea factible el derecho de integración y convivencia.

Si, por alguna circunstancia no se puede localizar a alguno de los padres o miembros de la familia se le concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado (permanente o temporalmente) de su medio familiar.<sup>2</sup> A este respecto, se debe procurar (entre otros medios) la *colocación del niño en hogares de guarda, la adopción o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores*. Al considerar las soluciones posibles, cada Estado debe prestar atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño tomando en cuenta su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.<sup>3</sup>

De no ser posible el derecho de integración o reunión de familia, México, como Estado parte de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, debe adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica así como la reintegración social del niño víctima de cualquier forma de abandono. Esa recuperación y reintegración se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.<sup>4</sup>

Algunos códigos mexicanos al referirse al menor de edad, disponen que debe permanecer al lado de las personas que ejercen la patria potestad y custodia. Si por alguna circunstancia solo uno de los padres tiene la custodia, *al menor no se le debe privar de convivir, aunque sea temporalmente, con el otro ascendiente*, lo que da lugar al derecho de visita. El derecho de convivencia con los padres podrá suspenderse cuando exista peligro para el menor.

Por lo general, el derecho de convivencia del menor lo deben exigir los jueces en los casos de divorcio (arts. 283 y 417 CCDF). Obligación que raramente se concretiza en la práctica, ni por el lado del juez o del Ministerio público.

El Código civil de Durango estima que el derecho de convivencia es parte del interés superior del niño a fin de que no se pierdan los vínculos afectivos que nacen de la relación filial (art. 572, fracc. VI, CC). Por lo general, este derecho del menor parece estar restringido a sus padres, sin atenderse a la familia extensa.

<sup>1</sup> Art. 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>2</sup> Art. 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>3</sup> Art. 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>4</sup> Art. 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Un dato que no se debe perder de vista consiste en que en la actualidad el derecho de integración del menor a su núcleo familiar ya no es un mero efecto de las relaciones entre sus padres (como puede ser el efecto del matrimonio) como en otra época pudo contemplarse. El derecho internacional ha llevado a un plano de autonomía este régimen de protección del menor. Luego entonces, la regla que regula el estatuto de los casados ha sido desplazada por la que regula el estatuto del menor.

En fin, la convivencia e integración del niño a su medio social y a su familia no solo es un derecho humano, sino un derecho que deriva del *favor filii*.

### 3. DERECHO DE CUSTODIA

El derecho de custodia se establece en la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que lo define como el "derecho relativo al cuidado del menor en especial, el de decidir su lugar de residencia". En realidad, esta Convención no regula la custodia, solo supone o da por hecho la existencia de la custodia, estableciendo mecanismos de cooperación internacional.

Aunque, como ya sabemos, la custodia la ejercen ambos padres (en ocasiones el tutor), pueden presentarse algunos problemas cuando solo uno de ellos ejerce ese derecho.

El derecho de custodia debe ser respetado por los demás Estados - parte de la citada Convención y se caracteriza según lo establecido en la ley de cada Estado contratante. Este derecho de custodia no implica que el o los padres (o las personas que lo ejerzan) puedan realizar cualquier acto de poder sobre los menores. De ahí que México está obligado a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.<sup>5</sup>

Como lo expliqué, la custodia de un menor se establece en las leyes con el fin de *satisfacer de la mejor manera el interés del mismo y no para satisfacer los intereses de los padres* o de quienes detentan la custodia. Por ello, el derecho de custodia se podrá ejercer, incluso por el Estado, contra cualquier persona que trate de perturbar los derechos del pupilo. Como se advierte, el estatuto del menor se sobrepone al estatuto de sus padres, como claro reflejo del *favor filii*.

Debe tomarse en cuenta que la custodia de un menor, aunque implica tener a un lado o bajo sí a un niño, ese derecho solo es un medio para que el menor pueda satisfacer sus más amplios derechos de formación y desarrollo en sociedad, tal y como lo establece la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño. En otras palabras, la custodia no es un fin en sí misma, sino el *medio para satisfacer derechos de mayor importancia*.

El derecho de custodia se le otorga a alguna persona, normalmente los padres. Pero, cuando estos están separados, a uno de ellos se le otorga la *custodia original*,

<sup>5</sup> Art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

que quiere decir, que solo ese padre o madre será quien detente físicamente al menor. Esto es de gran importancia, como lo explicaré en el derecho de visita.

Aunque el derecho convencional internacional reconoce el derecho de custodia, su desarrollo le compete a cada Estado de la comunidad internacional. No obstante, las reglas internas mexicanas poco se han preocupado por el derecho aplicable (me refiero a las normas conflictuales) o por hacer factible el derecho de integración familiar del menor.

Aunque en otros lugares la custodia se califica como *parte del estado civil de las personas*, haciendo aplicable la ley personal, en México la ley no es clara, por lo que se impone una interpretación. Si nos apoyamos en el derecho comparado, lo que parece ser viable, en México también recurriríamos a la ley reguladora del estado civil para designar el derecho aplicable al estatuto del menor, salvo las reglas de derecho convencional internacional a que me he referido.

Respecto a quien debe ejercer la custodia, México no ha celebrado tratado alguno que resuelva el problema, por lo que la respuesta debe encontrarse en la ley interna, que es diferente en cada país. Así, por ejemplo, en República Dominicana, en caso de divorcio, los hijos hasta la edad de cuatro años permanecerán bajo el cuidado de la madre y los mayores de esa edad a cargo del padre que haya obtenido el divorcio (art. 12, párrafo 1 de la Ley 3932 CC Rep. Dominicana). En Chile, en caso de divorcio o nulidad de matrimonio, los menores de 18 años quedan al cuidado de la madre. En México debe tenerse cuidado ya que en el caso de conflictos de órdenes jurídicos cabría anteponer normas imperativas que hicieran aplicable solo el derecho mexicano, pero, en caso de no existir normas imperativas o que se carezca de normas materiales, se podría recurrir a las de conflicto.

#### 4. DERECHO DE VISITA O CONVIVENCIA

Detrás de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño pervive la idea de que los padres deben mantener una *comunicación con sus hijos*. De esta manera, la ausencia de uno de los padres puede dar lugar al derecho del hijo a comunicarse con su padre o madre ausente, ya sea por correo electrónico, teléfono o visitándolo. El divorcio de los padres no impide el derecho del menor a convivir con uno u otro de sus padres.<sup>8</sup> En el desarrollo del derecho convencional internacional solo la última hipótesis (la visita) ha sido abordada, seguramente porque se trata de uno de los derechos humanos más apreciables.

El *derecho de visita* del hijo se funda en el derecho convencional internacional, especialmente, en la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Acorde a esta, el derecho de visita se define como el "derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar

<sup>8</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, AR 4940/99, Lucía López Calzada y Adolfo Ramos Lemus, 28 de enero de 2000, unanimidad de votos, ponente Rafaela Reyna Franco Flores, secretaria de tribunal autorizada por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrada. Secretaria: Leticia Araceli López Espindola.

diferente de aquél en que tiene su residencia habitual.” Según nuestros tribunales, todo menor tiene el derecho de visita, siempre y cuando al visitado no se le haya privado del derecho de patria potestad sobre ese menor, respuesta que no es acogida en otros países, pues el hecho de castigar al padre privándolo de la patria potestad, no debe implicar el derecho del menor para visitar a su padre.<sup>7</sup>

Como lo dejé explicado, el derecho de visita del menor comprende dos aspectos:

- a) El *desplazamiento del menor a un lugar diverso al de su residencia habitual* que puede ser el de otro país.
- b) El *plazo limitado* durante el cual el menor estará fuera de su domicilio habitual y fuera del ámbito directo de quien ejerce la custodia original.

La *custodia original* la ejerce la persona a quien la autoridad le ha otorgado el derecho de tener bajo su *cuidado permanente* a un menor e, incluso, de fijarle un lugar de residencia a ese menor.

En el plano fáctico los problemas se presentan entre quien detenta la custodia original y el que desea ejercerla temporalmente al amparo del derecho de visita. El litigio puede consistir en que el detentador de la custodia original se oponga a que el menor se desplace a un lugar diverso al de su residencia habitual, o bien, que la persona a quien se le confió la custodia temporal (con la que se encuentra el menor al ejercer su derecho de visita) viole o incumpla con el plazo limitado de visita. En cuyo caso podrá operar el ejercicio del *derecho de restitución del menor*, que adelante explicaré.

En el derecho interno mexicano no existe disposición alguna que permita el desplazamiento de un menor más allá de las fronteras mexicanas para que sobre él se ejerza el derecho de custodia provisional. En cambio, en el ámbito convencional, especialmente la Convención sobre los Aspectos Civiles sobre la Sustracción Internacional, se enfoca a “velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes”. Como decía, los derechos de custodia y visita se constituyen conforme a la *ley interna de cada Estado*, pero hasta ahora ha sido el derecho convencional internacional el que se preocupa por prohijar la *cooperación internacional* para hacer factible los derechos de visita y de restitución.

En las prácticas internas el derecho de visita de un menor suele establecerse en los convenios celebrados al momento de pactarse el divorcio voluntario de sus padres. Ahí se suelen pactar periodos de visita, frecuencias y lugares, aunque pensándose en el territorio nacional; raramente para cruzar las fronteras geográficas. En algunos convenios, los que pactan (especialmente en la zona fronteriza norte de México) se establecen autorizaciones para que uno u otro padre pueda llevar de visita o paseo a su hijo al otro lado de la frontera. En lo general, se trata de visitas y paseos rápidos dentro de la zona fronteriza y, generalmente, se cumple con el

<sup>7</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, Primera Parte-1, enero a junio de 1988, p. 373, AD 5878/87, Ariela Katz Kenner, 9 de diciembre de 1987, unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ernesto Díaz Infante. Ponente: José Manuel Villagordo Lozano. Secretario: Miguel Cicero Sabido.



convenio, restituyendo al menor con quien detenta la custodia original.

Las autoridades mexicanas para otorgar un pasaporte o una visa suelen exigir la autorización de ambos padres o de algún juez para permitir el traslado del menor. En la mayoría de los casos la confianza suele privar entre los padres.

La normatividad interna reguladora del derecho de visita es sumamente escasa y corresponde a lo que también suele denominarse *derecho de convivencia* (aunque en realidad se refieren a conceptos diferentes). En general, el derecho de visita se les reconoce a los descendientes (los niños) más que a los adultos, si para ello tomamos en cuenta el *favor filii*. Ese derecho de visita parece estar restringido a una breve temporalidad, respetando horarios de comida, descanso y estudio. No aparece para periodos más amplios y países diversos al propio mexicano (arts. 273, 417 CCDF).

En cambio, en el ámbito convencional internacional se han considerado detalles que suponen una mayor vigilancia y, a la vez, una mayor garantía al derecho de visita, estableciendo, al efecto, *mecanismos de cooperación internacional* para hacerlo efectivo; mecanismos de cooperación que no se reflejan ni, por desgracia, se desarrollan en el derecho interno.

Para alcanzar la cooperación las autoridades centrales de cada Estado-parte podrán intercambiar información relativa a la situación del menor, incluso localizarlo. Realizar, a la vez, los actos necesarios para que se regule o ejerza de manera efectiva el derecho de visita. Estas autoridades centrales deberán "adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho".

En el manual que al efecto expidió la SRE se estableció que "la protección del ejercicio efectivo de los derechos de visita se tramitará en forma análoga a las modalidades inherentes al retorno del menor, y las autoridades centrales deberán procurar la cooperación recíproca para asegurar el ejercicio pacífico de dicho derecho y el cumplimiento de las condiciones a que el mismo estuviera sujeto"<sup>8</sup>

En fin, aunque ni en los convenios internacionales, ni en la ley interna mexicana se explicita la razón del derecho de visita, no cabe la menor duda de que este solo es un *medio para que se alcancen los fines* que establece la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño. *La visita debe ser un medio para que el niño conviva con el padre o madre que visita.*

Por lo pronto, este derecho de visita se mantiene entre los Estados-parte de las convenciones o tratados que lo establecen, lo que significa que un niño que resida en México no necesariamente irá de visita a un país que no es suscriptor de esos convenios. Esto significa que no podrá ir a un país musulmán donde se encuentre el padre, a menos que ese país sea suscriptor del convenio.<sup>9</sup>

Acorde a la Convención de La Haya la autoridad central del Estado de destino deberá realizar las acciones necesarias para hacer efectivo el derecho de visita (art.

<sup>8</sup> Leonel PEREZNIETO CASTRO y Jorge Alberto SILVA, *Derecho internacional privado, parte especial*, Oxford University Press, México, 2000, p. 185.

<sup>9</sup> En algunos casos la cooperación no es tan fácil con otros países. Pensemos, por ejemplo, en el caso de una mujer casada con algún musulmán. Si éste se lleva al hijo a su país (Irán, Irak, Pakistán, etc.) la cooperación para recuperarlo prácticamente es nula.

7, f), lo que obliga a México y sus autoridades a cooperar para hacer factible ese derecho.

## 5. RETENCIÓN Y SUSTRACCIÓN DE MENORES

El derecho de un niño a permanecer con su familia (la unión de familia) o quien legalmente ejerce el derecho de custodia se ve afectado cuando se le impide ese derecho. Esto ocurre *cuando se quebranta el derecho de visita o el de custodia*, como en los casos que no se cumple con el límite temporal que impone el derecho de visita o cuando el menor es desplazado sin el consentimiento de quien ejerce la custodia original.

La Convención de la Haya sobre Sustracción de Menores presupone con el ejercicio del derecho de restitución de un menor que se pueden actualizar dos hipótesis:

a) *Retención*, que consiste en que la persona sobre la que se confió la custodia provisional para que recibiera la visita de un menor se exceda en el plazo máximo que le fue fijado; lo cual se traduce en el incumplimiento de la obligación de regresar al menor al lugar de su residencia habitual y con la persona que ejerce la custodia original.

b) *Sustracción o desplazamiento*, que consiste en que el menor ha sido desplazado fuera del lugar de su residencia habitual siendo sometido a una custodia "de facto" a cargo de quien carece de la custodia original e incluso temporal (se trata del caso típico de plagio o secuestro de menores).<sup>10</sup>

Ambos supuestos encuadran en el *tráfico internacional de menores*, que es un acto ilícito consistente en retener o sustraer a un menor del lugar y de la persona con la que legalmente se encuentra, trasladándolo a un Estado o país diferente. En términos más precisos la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (art. 2) la define indicando que "significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos." Como se advierte, se trata de hipótesis que suponen un quebranto al derecho de custodia o el de visita, que suponen, a la vez, un incumplimiento al derecho de integración. A su familia y su seguridad.

Las leyes internas mexicanas prácticamente son omisas respecto a la retención y sustracción de menores. Algunos códigos solo se conforman con enunciar esos actos como supuestos de la restitución (arts. 350 CC de Chih., 974 CPC de Durango) y otros ni se preocupan por el tema, preocupándose más por la represión (aspecto

<sup>10</sup> Al negociarse la Convención Interamericana de 1989 se prefirió emplear la palabra *sustraer* en lugar de la de *secuestro*. Se argumentó que el tono de la última está dirigida a lo penal, enfoque al que no se refiere la Convención. Por otro lado, ha de advertirse que en el procedimiento penal no se restituye al menor (salvo que concurra la acción civil); más bien se reprime al secuestrador. La acción civil dentro del proceso penal, cuando menos en México, sólo es secundaria.



penal) que por el derecho del menor (aspecto civil o familiar); lo que no solo supone desprecio de estos legisladores al derecho convencional internacional, sino también un rechazo a estas soluciones.

Para definir el concepto de sustracción de un menor según la Convención de La Haya, es necesario tomar en cuenta diversos aspectos:

- a) En cuanto al menor sustraído o retenido la protección sólo alcanza a quienes tienen menos de 16 años de edad.
- b) Las personas que tienen el derecho de custodia sobre el menor no sólo son los padres; también pueden serlo los tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir la sustracción o retención.
- c) La relación entre el menor y las personas que tienen el derecho de custodia se determina de conformidad con la *ley de la residencia habitual del menor*. Esto es, que a esas personas se les reconocerá su derecho de custodia según la ley del lugar de la residencia habitual del menor.<sup>11</sup>
- d) En contravención a ese derecho de custodia original, otra persona sustrae al menor o lo retiene.
- e) En la sustracción o retención internacional hay por lo menos dos países: el país de origen del menor, que es el de su residencia habitual, y el país al cual es llevado ese menor, conocido como país de destino.

## 6. RESTITUCIÓN DE MENORES

Para solucionar los problemas de retención y sustracción de menores en el ámbito internacional se han signado por México dos convenios que están vigentes, así como otro que está pendiente de ratificación. Se trata de los siguientes instrumentos:

- a) La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, signada al amparo de la Conferencia de La Haya en 1980.<sup>12</sup>
- b) La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, signada al amparo de la IV CIDIP en Uruguay, en 1989.<sup>13</sup>

La tercera convención, celebrada al amparo de la V CIDIP, aún no se publica su decreto promulgatorio, aunque sí el de aprobación por el Senado. Se trata de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

En la elaboración de esta última Convención me correspondió el honor de participar como delegado de México y pienso que la introducción de un capítulo penal en la convención es el que ha retraído a los países a su adopción (solo 9 países la han

<sup>11</sup> Este dato es importante porque si se resolviera con base en la ley del lugar donde se localice el menor, ello se prestaría para que el secuestrador manipule la ley aplicable a su favor.

<sup>12</sup> DO, 6 de mayo de 1992.

<sup>13</sup> DO, 6 de julio de 1994

ratificado). Algo de esto se advirtió durante el proceso de negociación, pues la idea original sobre la que se comenzó a trabajar contenía un capítulo punitivo más amplio que el que más tarde fue aprobado con considerables reducciones.<sup>14</sup>

De estos tres convenios, el más importante por su cobertura es el de La Haya debido a la gran cantidad de países signatarios.

El derecho interno mexicano no establece disposiciones que faciliten la restitución internacional de menores. Los legisladores internos no parecen haberse dado cuenta de la problemática internacional, ni tampoco, nada han hecho para desarrollar lo que el derecho convencional internacional establece. Tampoco tenemos conocimiento de solicitudes de restitución provenientes de países diferentes de los que son parte del convenio internacional.

Por lo general, los códigos mexicanos que aluden a la restitución parecen referirse al supuesto en que el menor y sus padres se encuentran dentro del territorio mexicano, y aún más, su ámbito espacial de validez solo parece referirse al territorio de la entidad federativa correspondiente para el que se emite el código.

El Código de Procedimientos Civiles de Durango parece ser el que más atiende a la restitución internacional. Presupone que procede cuando ha habido una sustracción o una retención ilícita internacional, aunque el punto que regula solo se reduce a la competencia del juez, indicando que lo será el del lugar donde el menor se encuentre (art. 159 CPC). La disposición, aunque parece estar bien intencionada, desconoce las reglas de competencia internacional, ya que es sabido que las normas de competencia interna son unilaterales por naturaleza y no distributivas, como las establecidas en los tratados. El legislador de Durango no puede asignar competencia a tribunales extranjeros. Algo similar establece el CPC de Querétaro, pero sin aludir al aspecto internacional (art. 154 CPC).

La SRE realizó esfuerzos por ampliar los mecanismos de cooperación a nivel interno celebrando convenios con las entidades federativas mexicanas a fin de que su Sistema Estatal de Desarrollo Integral de la Familia (DIF) coopere para solicitar la restitución de un menor en el extranjero, o para que realice los actos necesarios para que el menor sea restituido al extranjero.<sup>15</sup>

Respecto al Estado competente para conocer de la restitución de un menor cito el del lugar donde está o se supone que está el niño, sin olvidar la participación de la autoridad central de cada Estado, que aligera los procedimientos cooperacionales y en la que se confía para localizar al menor.

Un dato de importancia para ser tomado en cuenta es el hecho de que la restitución procede y su procedimiento es autónomo con respecto de cualquier otro procedimiento interno sobre custodia que se hubiere abierto. De pensarse lo contrario, ello impediría la aplicación de los convenios internacionales. Así se ha resuelto en otros lugares del mundo, como es el caso de España.

<sup>14</sup> Una idea cercana a la época de la negociación puede verse en Jorge Alberto SILVA, "Aspectos procesales de la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores", *XVIII Seminario Nacional de derecho internacional privado y comparado*.

<sup>15</sup> Leonel PEREZNIETO CASTRO y Jorge Alberto SILVA, *Derecho internacional privado, parte especial*, Oxford University Press, México, 2000, p. 204.

## Procedimiento tendiente a la restitución

La solicitud de restitución podrá ejercerse mediante exhorto o carta rogatoria a través de la vía diplomática o consular, o mediante la autoridad central, que es la vía más expedita y recomendable según la Convención de La Haya.

Una *demanda de restitución* de un menor debe contener:

- a) Antecedentes de hechos relativos a la retención o sustracción. Aquí se incluirá la información suficiente respecto a: 1) el solicitante; 2) el menor sustraído o retenido, 3) la persona que trasladó o retuvo al menor si fuere posible.
- b) Información relativa a la presunta ubicación del menor, así como las circunstancias en que se realizó el traslado o retención.
- c) Los fundamentos jurídicos para que proceda la petición.

A la demanda se le agregará:

- a) Copia de la resolución que la motive, comprobación sumaria de la situación fáctica.
- b) Documentación que acredite la legitimación procesal.
- c) Certificación oficial de la autoridad central o cualquier otra autoridad competente respecto del derecho vigente en la materia en el Estado donde se hace la solicitud.
- d) Traducciones necesarias.
- e) Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.
- f) La autoridad competente podrá prescindir de algunos de estos requisitos "si a su juicio se justificara la restitución" (arts. 9 y 10, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores).

Conforme a la Convención de La Haya en la demanda de restitución deberá incluirse el *Certificado de traslado ilícito de menor* o el *certificado de retención ilícita de menor*. Se trata del documento en el que se hace constar o certifica que se ha producido un traslado ilícito de un menor (o que se ha concretado una retención ilícita del menor). Cualquiera de ambas certificaciones se expide por las autoridades de la residencia habitual del menor y se apoya en el derecho de ese Estado. El certificado se dirige a las autoridades del Estado a donde el menor fue trasladado o está retenido.<sup>16</sup>

La demanda o solicitud se trasladará al extranjero por conducto de la autoridad central del país de origen, por lo que no se hacen necesarias legalizaciones o apostillamientos. En el extranjero se le presentará a la autoridad central del Estado donde permanece el menor. Esta autoridad central será la que realice los actos necesarios para lograr la restitución. Los jueces mexicanos deben tomar en cuenta que no es por conducto de los particulares como se realiza el traslado.

<sup>16</sup> Art. 15 Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

## Rechazo a la restitución del menor

El Estado donde se encuentra el menor podrá rechazar su restitución cuando:

- a) Advierta que las personas que reclaman la restitución “no ejercían efectivamente su derecho [de custodia] en el momento del traslado o de la retención o hubieren consentido al traslado”.
- b) Estime que exista un riesgo grave si con motivo de la restitución se expusiera al menor a un peligro físico o psíquico.
- c) Constate que el menor se opone a la restitución, en cuyo caso, sus autoridades decidirán, tomando en cuenta la edad y madurez del menor retenido.

Cualquiera de estos casos supone un acto *discrecional del juez* apoyado en el mejor interés del menor, sin que sea dable un simple juego mecánico.

Pedro Pablo MIRALLES SANGRO se muestra partidario por reducir o terminar con la cláusula de orden público y la multiplicación de las cláusulas de excepción, como las que he listado, pues ello “implica una desviación de las finalidades esenciales de los expresados instrumentos internacionales y, por tanto, poco acorde con el *interés del menor secuestrado*”. A la vez, sostiene que ante el panorama de excepciones convencionales a la restitución de los menores *secuestrados* que se han establecido en diversos tratados internacionales hay que formular, al menos, la siguiente pregunta: ¿por qué tanta precisión y esmero a la hora de restar fuerza al objeto básico del sistema convencional contra el *secuestro* internacional de menores? Y la respuesta —contesta sin cortapisa el propio Pedro Pablo MIRALLES—, es que se encuentra en la *falta de voluntad política de los Estados para garantizar plenamente el interés del menor*, lo que incluso se refleja en el derecho convencional internacional.<sup>17</sup>

En un caso que conocí, un juez mexicano se negó a la restitución por el solo hecho de que el menor (13 años de edad) dijo que *estaba o se sentía mejor con su madre* (que estaba en México) que con su padre, al que también quería. Esto le bastó al juez para negar la restitución, circunstancia que, por sí sola, no supone estimar un correcto *favor filii*.

Por último, debe tomarse en cuenta que las hipótesis de rechazo a la restitución no significan, necesariamente, que se rechace la resolución extranjera acorde a algún supuesto de excepción al reconocimiento de resoluciones extranjeras. Más bien, parece que se trata de una nueva resolución que actualiza la extranjera para lograr o alcanzar un mejor interés del menor.

<sup>17</sup> Pedro Pablo MIRALLES SANGRO, “Acerca de la eficacia de los convenios internacionales contra el “secuestro” internacional de menores”, *Diario la Ley* 5659, <http://www.laley.net/buscar/busdiario.cgi>, noviembre 25, 2002. En otro texto MIRALLES SANGRO reitera su posición, calificando las excepciones como excesivas, Elisa PÉREZ VERA (comp.) *Derecho Internacional privado*, Vol. II, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 229.