

CAPÍTULO QUINTO

EL ESTUDIO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO⁶⁹⁰

En 1961, Quintano Ripollés señalaba que

descartadas por el principio de especificidad tanto de la sustracción deshonestas como de la lucrativa de rescate, queda por considerar otra todavía más frecuente y de muy distinto tenor moral, aunque entre de lleno en la tipicidad asignada a la sustracción de menores. Me refiero a la llevada a cabo sobre sus propios hijos por alguno de los padres que hubiere sido privado legalmente del ejercicio de la patria potestad. A nadie se le oculta, y el asunto apenas merece ser discutido en este aspecto, la dimensión humana que muchas de estas “sustracciones” entrañan, al moverse el padre o la madre que la perpetran por uno de los más nobles e innatos impulsos de atracción a la propia prole de que le separaron normas, justas quizá, pero al fin y al cabo artificiosas, de la autoridad civil, en colisión con las de la naturaleza, en cierto modo. Que con todo y eso el hecho no deba quedar impune, no creo que haya nadie que lo sostenga, al menos como tesis general, lo que equivaldría a privar de sanción el quebrantamiento de nuevos derechos y situaciones jurídicamente protegidos, pero sí cabe dudar y aun negar que tales supuestos guarden relación, a no ser en la mera dinámica material, con el clásico odioso “robo de niños” que paradigmáticamente sirvió para construir el tipo en las legislaciones tradicionales.⁶⁹¹

Sirvan estas valiosas afirmaciones para cerrar el capítulo anterior y abrir este nuevo enfocado a dar a conocer las herramientas normativas que en México existen para hacer frente a un supuesto de sustracción de NNA. En

⁶⁹⁰ Además de los dos instrumentos convencionales que comentaremos, el de La Haya y el Interamericano, “otro instrumento internacional que intenta dar solución a la cuestión que nos ocupa es el Convenio Europeo relativo al Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones en materia de Custodia de Menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980”, González Campos, J. D. *et al.*, *Derecho internacional privado, parte especial*, *cit.*, p. 136.

⁶⁹¹ Quintano Ripollés, A., “La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores”, *cit.*, p. 8.

esta parte el lector no encontrará una narración exenta de críticas, al contrario, creemos que amparados por este ejercicio académico podemos darnos el lujo de criticar y aún proponer con miras a prevenir la comisión de esta figura (a través, por ejemplo, de las denominadas *relocation disputes* y acuerdos voluntarios alcanzados por la autoridad central), o en su caso, agilizar el proceso restitutorio (utilizando, entre otros, un sistema de competencias concurrentes, normas materiales orientadas y procesos de reconocimiento y ejecución rápidos, plazos breves para la interposición y resolución de recursos).

Así, y aunque en los capítulos precedentes hemos buscado propiciar un espacio para reflexionar sobre las ventajas y desventajas de la tipificación de la figura de la sustracción de menores por sus propios padres, en éste y el siguiente el objetivo es claramente diferente, aun cuando se haga en clave de complemento.

Si bien la suma de los capítulos busca exclusivamente fortalecer y contextualizar el “bien jurídico tutelado” y el “interés superior del menor”⁶⁹² en la sustracción de un menor de edad por sus propios padres.

⁶⁹² Con carácter general, y por lo que atañe a la interpretación, alcance e implicaciones de los convenios internacionales en el contexto mexicano, se señala en varios pasajes que: “de ahí que el magistrado constitucional, en todo momento, deba tener presente que el objeto de estudio en su actividad inteligible también se encuentra vinculado al contenido de aquellos tratados internacionales signados en materia de derechos humanos”. Véase, Carpizo, E., *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, México, Porrúa-IMDPC, 2009, pp. 16, 36 y 37. Lo anterior lleva a que este autor señale que “interesa destacar lo infortunado de contar con una jerarquía infraconstitucional de los tratados internacionales que contemplan derechos fundamentales o humanos. El principio de supremacía constitucional, de herencia anglosajona, interfiere tajantemente en que los tratados internacionales no tengan igualdad jerárquica en relación con la Constitución... Sin embargo, a más de 100 años de su existencia, y no obstante que en México la supremacía de la Constitución ha cumplido su rol, el principio en referencia amerita un análisis detallado para determinar sus alcances, pues aún queda pendiente reflexionar respecto a si amerita una supresión o ajuste en *pro* de una armonía internacional de los derechos fundamentales, entre otros aspectos. Un punto importante en la interpretación de los textos constitucionales consiste en su apertura hacia cláusulas internacionales de protección a los derechos humanos. Empero, uno de los principales problemas a que se enfrenta el derecho internacional en México no sólo se limita a la falta de aplicación o reconocimiento del mismo, sino también al propio sistema judicial que, vía interpretación, les otorga un rango inferior en relación con la Constitución. De ahí que si un derecho fundamental es mejor protegido por un tratado internacional, pero en tajante contradicción con el texto constitucional, su contenido quede reducido a la nada”. Es por ello que Carpizo propone y nosotros nos sumamos a su propuesta que “un criterio interpretativo importante que podría ver limitados sus efectos en México con motivo de la supremacía constitucional, es el criterio *pro homine*, en su variante de preferencia normativa, que, en pocas palabras, consiste en aplicar la norma que mayor beneficio otorgue al ciudadano, sin importar que sea inferior a la Constitución, con tal de pasar por alto disposiciones constitucionales que están fuera de contexto real y preservar la vigencia de aquella norma ordinaria o internacional más acorde al derecho fundamental en juego”.

En concreto, en esta parte del trabajo queremos dar paso al análisis de los convenios internacionales que México tiene, a la fecha, firmados y ratificados en materia de sustracción. El problema al que se apuntaba, ya en 2002, y que creemos que sigue presente respecto a estos instrumentos convencionales, radica en su falta de conocimiento por parte de los diferentes operadores jurídicos y sociales; nos inquieta principalmente el que pueda albergarse en el ámbito judicial desde que descansa en ellos los procesos restitutorios y la toma de decisiones que marcan las relaciones paterno-filiales; en este sentido se afirma que

la falta de conocimiento del texto y del espíritu del Convenio por parte de los jueces que intervienen en los procedimientos de restitución supone por sí misma, la aparición de otros importantes problemas en la aplicación: retrasos en los procedimientos... decisiones sobre el fondo de los asuntos... uso inadecuado del Convenio... interpretación inadecuada de algunos términos importantes.⁶⁹³

Los dos instrumentos convencionales que tenemos ratificados en materia de sustracción internacional manifiestan el desarrollo de estrategias, políticas y programas, tanto en el ámbito local, regional, nacional, internacional, que tienen como eje central la preocupación por la protección de los menores de edad como un sector vulnerable de la sociedad.⁶⁹⁴

El orden a seguir en el análisis de los dos convenios internacionales que manejamos se justifica por ir del más antiguo al más reciente, siguiendo exclusivamente un criterio *ratione temporis*. Ahora bien, consideramos que puede ayudar al lector hacer comentarios intercalados de ambas convenciones en la medida en que converjan en su contenido o, por el contrario, se separen en su previsión normativa. Lo anterior con la finalidad de que se puedan contraponer, contrastar y comparar los dos instrumentos que, si bien son ciertamente parecidos, también presentan puntos divergentes que debemos conocer por la trascendencia de los mismos.

Por otro lado, el orden expositivo iniciará por los distintos criterios aplicativos de los convenios internacionales (ámbito de aplicación material-personal, temporal y espacial), continuará con la enunciación de los criterios de competencia judicial-administrativa, seguirá con un análisis de aquellos artículos que consideramos relevantes y terminará con el análisis de las cláusulas generales y finales previstas en ambos convenios.

⁶⁹³ Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., pp. 79-81.

⁶⁹⁴ Véase Guillo Jiménez, J., "Niños, niñas y adolescentes: los nuevos ciudadanos", cit., p. 11.

Igualmente se analizarán los cuerpos normativos de origen interno (CPC, CPF, CF y Ley para la Familia, códigos civiles), donde la crítica es mayor al mismo tiempo que necesaria.

I. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

En este rubro no cabe desconocer que una de las consecuencias que se originan con la materialización de la sustracción radica en la triple imposición de un nuevo entorno familiar respecto a cada una de las personas directamente implicadas en este supuesto de hecho. Así, se impone la creación de un nuevo entorno, en orden de importancia, para el NNA, el padre sustraído y el padre sustractor. En este contexto nos importa esencialmente la creación del nuevo entorno familiar, social, cultural y educativo, así como el consiguiente impacto que ello produce en el NNA; es por ello que nuestra preocupación está centrada principalmente en la esfera del derecho civil que es la que protege directamente al menor. Así, debe partirse de que el NNA sustraído es obligado a vivir en un nuevo entorno familiar (geográfico, social, educativo y cultural) no habiéndole preguntado su parecer u opinión. Es así que no cabe perder de vista que al menor de edad sustraído se le está obligando a vivir bajo nuevos parámetros y circunstancias, de manera brusca y donde el elemento volitivo del mismo es inexistente. Esta ruptura involuntaria y no consentida que supone la sustracción respecto a su núcleo familiar primario, de su derecho a la convivencia con ambos progenitores, es lo que debe resarcirse de cara al menor de edad.

Por lo que hace a la creación de un nuevo entorno, situación y vivencia, para el padre sustraído podemos mencionar que el resarcimiento por esta ruptura podrá venir impuesta tanto por la vía civil (pérdida de los derechos de familia asignados al otro progenitor) como —si se considera necesario— por la vía penal (pena privativa de libertad para el sustractor), debiendo concretarse en el incumplimiento de una orden judicial que le decretaba el disfrute del NNA por un tiempo determinado.

Por lo que hace a la creación de una nueva realidad familiar para el padre sustractor, es evidente que es la consecuencia directa de sus propios actos, sin entrar a valorar aquí los motivos que pueden generarlos. Lo anterior conlleva:

DAÑOS Y PERJUICIOS, REPARACIÓN DE. SUSTRACCIÓN DE MENORES O INCAPACES (LEGISLACIÓN PARA EL ESTADO DE HIDALGO). De una correcta interpretación de los artículos 33 y 37 fracción I, del Código Penal para el Estado de Hidalgo, se infiere que la reparación de daños y perjuicios exigibles al reo, que

debe pagar como pena pública, tiene por objeto coadyuvar al restablecimiento del orden jurídico alterado por la comisión del ilícito; comprendida en éstos, la restitución de la cosa obtenida por la infracción; por lo que si el quejoso fue condenado por el delito de sustracción de menores e incapaces, que sanciona el artículo 232 del código punitivo antes señalado, es evidente que la condena al pago de daños y perjuicios, debe consistir en la restitución de la “cosa” obtenida, entendida ésta como la que contempla la fracción I del artículo 37, del ordenamiento legal aludido; que en el caso específico materia del ilícito, será reintegrar al menor o incapaz a la custodia de quien legítimamente la tenga.⁶⁹⁵

Nuevamente nuestras afirmaciones se encaminan a proteger al menor de edad en esta nueva situación fruto de una ruptura de los padres.

II. EL DESTIERRO DEL CONCEPTO DE “MENOR”, ¿CUESTIÓN DE LÓGICA O DE MODA?

Al hablar de “menor” o “menor de edad” es necesario hacer referencia a dos instrumentos claves, a saber, la Declaración de los Derechos del niño de 1959 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Estos instrumentos son la pieza fundamental para cambiar la visión que se tenía de los menores; en este contexto, 1989 se convierte en un punto de inflexión en la consideración de este sector poblacional; si antes eran vistos como simples objetos de protección, a partir de ese año se les reconoce como sujetos de pleno derecho, “dotándoles de personalidad propia, haciéndoles titulares de derechos por ellos mismos, sin persona interpuesta”.⁶⁹⁶

La primera de nuestras afirmaciones consiste en justificar el uso del término “menor” o “menor de edad”, el cual aparece tanto en el encabezado que justifican estas líneas, como numerosas veces a lo largo del texto. Somos conscientes de que estamos utilizando un término que en la actualidad se encuentra tan cuestionado como menospreciado al atribuirsele una innecesaria e injustificada carga negativa. Quizá el cambio terminológico venga motivado por la existencia de la Declaración de 1959 y del Convenio de 1989, desde que ambos instrumentos vienen a replantear el concepto y sentido de este sector poblacional.

⁶⁹⁵ Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito. Amparo directo 49/96.

⁶⁹⁶ Véase Guillo Jiménez, J., “Niños, niñas y adolescentes: los nuevos ciudadanos”, *cit.*, p. 11.

La utilización del término “menor” o “menor de edad”⁶⁹⁷ se realiza por inercia, por tradición y por convicción; lo anterior no quita que afirmemos que en la actualidad se utilizan otros términos como el de “niños, niñas y adolescentes”,⁶⁹⁸ con los que puede coexistir y ser utilizado indistintamente.

Al utilizar el término “menor” sabemos que estamos expuestos a la crítica; sin embargo, son varios los argumentos que queremos esgrimir a favor de utilizarlo en una obra que se enfoca al estudio de la sustracción desde la óptica *iusprivatista*. En este sentido, queremos resaltar los siguientes puntos:

1. El DIPr utiliza en todos sus cuerpos normativos convencionales, bien procedentes del foro de codificación de La Haya o bien de la CIDIP, el término “menor”; como ejemplos podemos mencionar la Convención sobre Protección y Cooperación en materia de Adopción Internacional de *Menores*; el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de *Menores* y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de *Menores*. Es por ello que por inercia y tradición se utiliza en esta disciplina jurídica el término “menor”. Cambiar de nombre a estas alturas o criticar la utilización del mismo en todos los instrumentos internacionales que tenemos en esta materia creemos que no tiene sentido y que podría desviarnos de lo realmente importante, esto es, la mejora de los aspectos de fondo y/o procesales, en defensa del menor.
2. El término “menor” se utiliza como sinónimo de “niños, niñas o adolescentes”, siempre denotando una carga positiva. No creemos que el término “menor” implique un menosprecio o incluso un insulto; de cualquier forma, esta cuestión es puramente semántica, del *nomen iuris*, no amerita una mayor atención. Con gran maestría García Ramírez señala que

⁶⁹⁷ El *Diccionario de derecho civil* determina que debe entenderse por menor de edad a la “Persona que no ha alcanzado la mayoría de edad. En nuestra legislación es el menor de 18 años. El Código Civil determina que la minoría de edad es una restricción a la personalidad jurídica que no debe menoscabar en absoluto la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia. El menor de edad goza de una capacidad de ejercicio limitada y está sujeto a la patria potestad o la tutela correspondiente. Respecto de los menores, la ley dispone que el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio ni contraer obligación alguna, sin consentimiento expreso del que ejerza aquel derecho”, véase Bustos Rodríguez, M. B., *Diccionario de derecho civil*, cit., p. 86.

⁶⁹⁸ Para profundizar sobre este término, véase González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción internacional y del tráfico internacional de menores. Contexto mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

las precisiones que siguen... obedecen sólo al propósito de evitar que la exposición de fondo naufrague en cuestiones terminológicas, que pudieran convertirse en banderas para identificar corrientes en pugna y alejar la hora de los consensos... que necesitamos en esta materia, hasta donde sea posible alcanzarlos.⁶⁹⁹

3. Como tercera idea entendemos que el DIPr no utiliza el término “menor” como correlativo inmediato del de “incapaz”, ni los identifica ni los utiliza indistintamente. Si en algún momento se llegó a confundir ambos términos, hoy, sin duda, estamos ante una etapa superada donde el distanciamiento entre ambos conceptos es tan claro como indiscutible. Lo anterior contrasta *apriorísticamente*, por ejemplo, con la previsión normativa del artículo 156 (fracciones IX y X) del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, donde siempre aparece el término “menor” seguido del concepto de “incapaz”, como si de una misma realidad social se tratara; a pesar de una primera y posible errónea apreciación entendemos que hablamos de categorías muy diferentes y necesariamente diferenciables. La anterior unión contrasta con la clara separación de ambos conceptos consagrada en los convenios internacionales existentes; por un lado, encontramos los que se refieren exclusivamente al menor, y así destinan su contenido a este sector (el de 2 de junio de 1902 sobre tutela de menores, el de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores y el de 19 de octubre de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores) y, por otro lado, encontramos los que se refieren al incapaz y destinan su contenido a la protección y regulación de este sector poblacional igualmente vulnerable (el de 17 de julio de 1905 sobre interdicción civil).

Estamos asistiendo a una moda que impone el empleo de los términos de NNA; estos conceptos lo encontramos en los siguientes cuerpos normativos:

- Aguascalientes (Ley para la Protección de la Niñez y la Adolescencia, artículo 2o.: “se considerará niños y niñas, las personas de hasta doce años de edad y adolescentes a los que sean mayores de doce y menores de dieciocho años”).

⁶⁹⁹ García Ramírez, S., *Derechos humanos para los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 18.

- Baja California (Ley de Protección y Defensa de los Derechos de los Menores y la Familia, artículo 4o. V “menor(es): toda persona menor de dieciocho años de edad).
- Baja California Sur (Ley de los Derechos de las Niñas y Niños, artículo 3o. XVI: “niña o niño: a todo ser humano menor de 18 años de edad”); Campeche (Ley de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, artículo 1o.: “se consideran niñas y niños, las personas de hasta doce años de edad; y adolescentes a los mayores de doce y menores de dieciocho años, a quienes igualmente se les aplicará la presente Ley”).
- Coahuila (Ley para la Protección de los Derechos y Deberes de las Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 2o.: “niña o niño. A las personas hasta los doce años de edad cumplidos. Adolescentes. Toda persona desde los doce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”).
- Colima (Ley de los Derechos y Deberes de las Niñas, los Niños y los Adolescentes, artículo 3o.: “para los efectos de esta Ley, se entiende por: I. Niñas y niños, las personas a partir de su concepción y hasta antes de cumplidos los doce años de edad; II. Adolescentes, las personas que tienen entre los doce años de edad y hasta los dieciocho años cumplidos”).
- Chiapas (Ley para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 2: “para los efectos de esta Ley son niñas y niños las personas recién nacidas y que no hayan cumplido los 12 años y adolescentes desde los 12 años hasta los que no hayan cumplido los 18 años”).
- Distrito Federal (Ley de los Derechos de las Niñas y Niños, artículo 3. XVII: “niña o niño: a todo ser humano menor de 18 años de edad”).
- Durango (Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, los Niños y Adolescentes, artículo 2: “para los efectos de esta Ley, se entiende por: I. Niña o niño. A las personas hasta los doce años de edad incumplidos; II. Adolescentes. Toda persona que tienen entre doce años cumplidos y dieciocho años cumplidos”).
- Estado de México (Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 4o.: “para los efectos de esta Ley, se entiende por: II. Niña o niño: a todo ser humano menor de doce años de edad; III. Adolescente: todo ser humano mayor de doce años y menor de dieciocho años de edad”).
- Guerrero (Ley para la Protección y Desarrollo de los Menores, artículo 2o.: “la presente Ley tendrá como objeto garantizar la protección y desarrollo pleno integral de los menores de dieciocho años del estado de Guerrero, y su aplicación le corresponde, en el ámbito de su competencia a los gobiernos estatal y municipales”).

- Hidalgo (Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 2o.: “para los efectos de esta Ley, son niñas y niños las personas comprendidas hasta los 12 años de edad y adolescentes, de los 12 hasta los 18 años cumplidos”).
- Jalisco (Ley de los Derechos de las Niñas, los Niños y Adolescentes, artículo 3o.: “para los efectos de esta Ley se entiende por: I. Niña o niño: todo ser humano menor de 12 años de edad; II. Adolescente: todo ser humano mayor de 12 y menor de 18 años de edad”).
- Michoacán (Ley de los Derechos de las Niñas y Niños, artículo 3o.: “XV. Niña o niño: el ser humano menor de 16 años de edad”); Morelos (Ley para el Desarrollo y Protección del Menor, artículo 2o.: “se entiende por menor de edad: todo ser humano desde el momento en que nace hasta antes de cumplir dieciocho años de edad, salvo que por disposición legal y para ciertos efectos jurídicos, haya alcanzado antes la emancipación”).
- Nayarit (Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 3: “para los efectos de esta Ley, son niñas y niños las personas menores de 12 años de edad, y adolescentes los que tienen más de 12 años y menos de 18 años de edad”).
- Nuevo León (Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 2o.: “para los efectos de esta Ley se entenderá por: I. Adolescentes: las personas mayores de doce y menores de dieciocho años de edad; XII. Niños y niñas: Las personas menores de doce años de edad”).
- Oaxaca (Ley de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, artículo 4o.: “para los efectos de la presente ley se entiende por: a) niño o niña: toda persona menor de doce años. Si existieren dudas de si una persona es niño, niña, o adolescente, se le presumirá niño o niña, salvo prueba en contrario; b) adolescente: toda persona que tenga entre doce años y menor de dieciocho años. Si existieren dudas acerca de si una persona es adolescente o mayor de dieciocho años, se le presumirá adolescente, salvo prueba en contrario”).
- Puebla (Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 5o.: “Para los efectos de esta Ley, se entiende por niña o niño toda persona hasta doce años de edad cumplidos; y adolescentes a los que sean mayores de doce años y menores de dieciocho años de edad”).

- Querétaro (Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 3o.: “para efectos de esta Ley, son niñas y niños las personas menores de 12 años y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y menos de 18 años”).
- Quintana Roo (Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 2o.: “para los efectos de esta Ley, se entiende por: VI. Adolescente. Toda persona desde los 12 años hasta que cumpla los 18 de edad; XV. Niña o niño. A las personas hasta los 12 años de edad cumplidos”).
- San Luis Potosí (Ley sobre los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 1o.: “se consideran niñas y niños las personas de hasta 12 años de edad; y adolescente a los mayores de 12 y menores de 18 años”).
- Sinaloa (Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 3o.: “Para los efectos de esta Ley, son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos”).
- Sonora (Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 2o.: “se considerará niñas y niños, a las personas de hasta doce años de edad y adolescentes a los mayores de doce y menores de dieciocho años”).
- Tabasco (Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 3o.: “para los efectos de esta Ley son niñas y niños las personas de hasta 12 años y adolescentes los mayores de 12 y menores de 18 años. La distinción entre niños y adolescentes se hace con el único fin de prever medidas y mecanismos dirigidos a asegurar su pleno desarrollo físico y mental en condiciones de equidad, acorde con las necesidades propias de su edad y sin menoscabo de las garantías a sus derechos humanos que otorga esta Ley y los demás ordenamientos jurídicos aplicables”).
- Tamaulipas (Ley de Derechos de los Niños y Niñas, artículo 3o.: “para los efectos de la presente Ley se entiende por: XIX. Niña o niño. Todo ser humano menor de 16 años de edad”).
- Tlaxcala (Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas y Niños, artículo 3. I: “niñas y niños. A toda persona menor de 18 años de edad”); Veracruz (Ley de Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 2o.: “para los efectos de esta Ley, se entenderá por niñas y niños las personas de hasta doce años incompletos, y por

adolescentes las que tienen entre doce años cumplidos y dieciocho años incumplidos”).

- Yucatán (Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y adolescentes, artículo 2o.: “para todos los efectos legales, se considerara niña o niño a toda persona menor de dieciocho años de edad. esta Ley y todos los ordenamientos relacionados, considerarán de manera especial los derechos de los adolescentes, entendiendo como tales a las niñas y niños entre los doce años cumplidos y los menores de dieciocho años de edad”).
- Zacatecas (Ley Estatal de los Derechos de los Niños, las Niñas y los Adolescentes, artículo 3o.: “para los efectos de esta Ley, son niños y niñas las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes las que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incompletos”).

Nos llama la atención el establecimiento de la minoría de edad en los distintos instrumentos convencionales, civiles y penales que, de alguna u otra manera brindan protección al menor en alguna de sus aristas. La nota que queremos manifestar es la falta de unanimidad en la fijación de la edad,⁷⁰⁰ y es así que encontramos una interesante y problemática relatividad de soluciones que contribuye a una innecesaria “esquizofrenia jurídica”. A esta variedad añadimos una diversidad de técnicas utilizadas para el señalamiento de la edad.

Si bien la Declaración sobre los Derechos del Niño no nos ofrece una edad determinada para establecer la minoridad de edad, este dato sí nos lo da la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 1o.⁷⁰¹

Un primer grupo sitúa la minoría de edad en los 16 años, representando así el límite más bajo registrado en los instrumentos convencionales. En este rubro encontramos una técnica de reglamentación directa: la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (artículo 2o.); el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (artículo 4o.).

En un segundo grupo encontramos aquellos instrumentos que elevan la minoría de edad, y así sitúan explícita y directamente el límite en los 18 años: el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada (artículo 3o.); la Con-

⁷⁰⁰ Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., pp. 62 y 63.

⁷⁰¹ “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”.

vención Interamericana sobre Obligaciones Alimenticias (artículo 2o.) y el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

Un tercer grupo está conformado por un reducto de convenios donde la edad para fijar la minoría es la de 21 años: el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños.

Si estos instrumentos fijan la edad de forma directa, esto es, a través de una técnica de reglamentación directa, encontramos otros que lo harán por deducción o remisión, es decir, a través de una técnica de reglamentación indirecta y que constituirían el cuarto grupo: el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía; la Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a las Adopciones Internacionales.⁷⁰²

De lo anterior se desprende, de forma contextualizada a las presentes líneas, que no existe uniformidad entre la minoría de edad señalada por los convenios internacionales cuya temática y ámbito de aplicación está centrada en la sustracción de menores y el asignado a la mayoría civil.

Es por lo anterior que nos preguntamos por qué se establece una edad de 16 años para una cobertura internacional⁷⁰³ y de 18 para una cobertura na-

⁷⁰² Otros ejemplos, fuera del contexto mexicano, son: para el primer grupo el Convenio Europeo Relativo al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Custodia de Menores y restablecimiento de la custodia y el Convenio entre España y Marruecos, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y de derecho de visita y devolución de menores; para el segundo grupo la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (artículo 2o.), el Convenio de La Haya 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 el Convenio de La Haya sobre la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción; para el tercer grupo el Convenio de La Haya sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias respecto a Menores; el Convenio de La Haya sobre el Reconocimiento y Ejecución de decisiones relativas a las Obligaciones Alimentarias; el Convenio de La Haya sobre el Cobro Internacional de Alimentos con respecto a los Niños y otras formas de Manutención de la Familia; para el cuarto grupo el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores; el Convenio Argentino-Uruguayo sobre protección internacional de menores; el Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores y el Reglamento comunitario 2201/2003 *del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000.*

⁷⁰³ En este mismo sentido y derivado de la figura del menor, se puede afirmar —como lo hiciera González Pedrouzo— que: “desde el punto de vista subjetivo, la cuestión del traslado y retención ilícitos de menores, se manifiesta como un triángulo, que tiene como vértice la figura del menor. En los extremos de la base se ubican, por un lado, el titular del derecho de

cional. Estamos ante una diferencia de dos años que puede, en casos similares, marcar una importante diferencia en su tratamiento procesal y material. Como mencionamos para los instrumentos convencionales, en materia de sustracción, se considera “menor” a quien no ha cumplido la edad de 16 años. Respecto a esta determinación y edad de corte se ha señalado que

este criterio es estricto, al punto de que si se hubiere iniciado el procedimiento de restitución antes que el menor alcance los 16 años (en cuyo caso es aplicable la Convención), si éste llegara a dicha edad sin que se hubiera adoptado una decisión al respecto, la cláusula final del artículo 4o. impediría que ésta fuera dictada.⁷⁰⁴

El Informe Explicativo nos da un razonamiento del porqué de la edad de 16 años como ámbito de aplicación personal del instrumento convencional procedente de La Haya y en este sentido sostiene que: “el motivo resulta de los propios objetivos convencionales; en efecto, una persona de más de dieciséis años tiene por lo general una voluntad propia que resultará difícil de ignorar, ya sea por uno u otro de sus progenitores, ya sea por una autoridad judicial o administrativa”.⁷⁰⁵

Como conclusión, podemos ver que los instrumentos convencionales cuyo contenido se refieren al DIPr hablan de “menor”; por un lado, como grupo poblacional diferente al incapaz, por otro lado, como término que, sin carga alguna despectiva, se refiere a un grupo vulnerable cuyas necesidades deben estar cubiertas en distintas materias. Suscitar en este punto un debate sostenemos que es algo infundado y carente de sentido que, sin intención, podría desviar la atención de la problemática realmente importante que afecta a los menores. Es por ello que detenernos en estas cuestiones del *nomen iuris* no hace sino distraer la atención de lo verdaderamente importante. Como segunda nota mencionamos que es visible que la edad para fijar la minoría de edad es diferente en cada convenio internacional así como la técnica que se utiliza. Ahora bien, para efectos de la sustracción la edad es de 16 años, fijada a través de una técnica de reglamentación directa.

custodia y por la otra parte la figura de quien traslada o retiene al menor”. González Pedrouzo, C., “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Uruguay, núm. 18, 2000, p. 14.

⁷⁰⁴ *Ibidem*, p. 15. En esta misma línea de pensamiento encontramos a Tardif, E., “La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: mitos y realidades”, *Responso*, año 3, núm. 13, 1998, p. 29. Este autor añade que “aunque el niño tenga menos de dieciséis años al momento del rapto o de una detención ilegales, la Convención deja de tener efecto cuando llega a los dieciséis años”.

⁷⁰⁵ Véase www.hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf, pfo. 77.

III. LA NECESARIA DIFERENCIA ENTRE SUSTRACCIÓN Y RESTITUCIÓN

Siguiendo a Cobo del Rosal, entendemos que la acción de “sustraer” sólo tiene sentido si se conecta a “de”: se *sustrae de*.⁷⁰⁶ Así las cosas, debemos mencionar que en la acción de sustraer tenemos, por un lado, al NNA como un primer elemento pasivo y receptor de esta suma y, por el otro, al “sustractor” como segundo elemento, en esta ocasión activo, desde que, como bien sostiene el Informe Explicativo del Convenio de La Haya, “se refiere a las personas físicas que pueden ser responsables del traslado o del no retorno de un menor”.⁷⁰⁷

La diferencia entre restitución y sustracción internacional de menores debe estudiarse dos ópticas: la semántica y la teleológica. Por lo que se refiere al primer escenario señalamos que los términos “sustracción” y “restitución” se utilizan de manera indistinta a partir de que los convenios internacionales que abordan esta problemática social nos han inducido a este error; sin embargo, entendemos que el término más adecuado para hacer referencia a esta figura es el de “sustracción” y no el de “restitución”. Según el punto de vista teleológico, podemos mencionar que mientras la “sustracción” se refiere a la acción de llevarse al menor de edad, de trasladarlo, suscitando ella misma la problemática social que se pretende prevenir y erradicar, la “restitución” se refiere al resultado lógico-natural y jurídico (e incluso social) esperado tras la acción de sustraer al menor de edad. Es así que la restitución significa volver a la situación inmediatamente anterior (*status quo anterior*) sin necesidad de cuestionar en este momento procesal a quién corresponde el derecho de guarda/custodia y visita/contacto/convivencia o cómo se han determinado dichos derechos de familia.⁷⁰⁸ Así, la “sustracción” es la acción del padre sustractor cuyas consecuencias e implicaciones deben castigarse y sancionarse tanto por la vía del derecho civil (pérdida de derechos) como por la del derecho penal en caso de considerarse necesario (pena privativa de libertad en cuanto a las consecuencias generan otras conductas delictivas) y la “restitución” es la primera consecuencia y resultado que busca el padre que tiene a su favor los derechos de guarda/custodia o visita/convivencia sobre el menor de edad.

En sentido estricto, la sustracción es la conducta que sirve de base para justificar en su caso la sanción penal respecto a las consecuencias que de

⁷⁰⁶ Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»” (continuación), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, cit., p. 436.

⁷⁰⁷ Véase www.hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf

⁷⁰⁸ Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, cit., p. 13.

ella derivan y que suponen la configuración de otras conductas delictivas (desacato, maltrato psicológico, violencia intrafamiliar, amenazas o lesiones, por ejemplo); por su parte, la restitución del menor persigue como fin “el mantenimiento del *status quo*”,⁷⁰⁹ un propósito que conlleva tres aristas que no cabe desconocer:

a) el respeto a los derechos de guarda/custodia, visita/contacto/convivencia prestablecidos de hecho o de derecho, bien en una orden judicial emitida por el tribunal competente de la última residencia habitual del menor de edad, o bien en un mero acuerdo entre las partes;

b) la defensa de la competencia predeterminada naturalmente a favor del juez de la residencia habitual inmediatamente anterior al traslado del menor (foro de protección); se trata de evitar que uno de los padres, más allá de una inicial tentación emocional o de un instinto protector, traslade al menor fuera de su lugar de residencia habitual, quizá buscando una jurisdicción más favorable para sus intereses (*forum shopping*); intereses que, por otro lado, debemos reconocer que no siempre coinciden con los del menor de edad implicado. Esto es lo que se ha llamado “nacionalismo judicial”, expresión que refleja el punto más álgido del denominado “conflicto de civilizaciones”.⁷¹⁰ Como señala Montón García

en muchas ocasiones la razón de este comportamiento no es sólo conseguir la tenencia del menor, sino buscar una vía de hecho para producir situaciones artificiales de competencia judicial internacional, con la intención de obtener la custodia de aquel en el lugar en el que ha sido desplazado o retenido ilícitamente. En unos casos, basándose en la inexistencia de una resolución judicial sobre el derecho de custodia, y en otras en la idea de que encontrarse en un determinado país es suficiente para promover una demanda con aquella pretensión ante sus tribunales, por ser el lugar del domicilio del menor en el momento de presentarla, intentando forzar la aplicación de su derecho interno al considerarlo beneficioso para sus intereses. Contando además con que en tales casos, los tribunales pueden jugar con criterios esencialmente nacionalistas sobre todo si el “secuestrador” o el “secuestrado” son nacionales del mismo, burlándose con ello

⁷⁰⁹ *Ibidem*, p. 9.

⁷¹⁰ Como se apunta: “es más, acaso sea esta la materia en que pueden apreciarse con mayor nitidez las consecuencias del denominado «conflicto de civilizaciones»”, véase González Campos, J. D. *et al.*, *Derecho internacional privado, parte especial*, *cit.*, p. 133. Por su parte, Maurique señala que la devolución de un menor está dentro del más legítimo y sincero sentimiento de cooperación entre los pueblos, basado en la confianza y reciprocidad, por lo que es preciso superar cualquier tipo de nacionalismo, Maurique, J. A., “Consideraciones generales sobre la Convención de La Haya”, *cit.*, p. 244.

incluso normas o decisiones judiciales del Estado donde se encuentra el legítimo custodiante.⁷¹¹

c) El mantenimiento de una igualdad procesal entre las partes implicadas en este supuesto de hecho; una igualdad que se consigue al impedir que el progenitor cuyo derecho de guarda/custodia o visita/convivencia ha sido vulnerado quede en una situación de desventaja.⁷¹²

Más allá de la nomenclatura que se utilice, del *nomen iuris* que consideremos más acertado para su uso en los convenios internacionales, debemos entender que esa figura implica la vulneración de los derechos de guarda/custodia y/o visita/contacto/convivencia asignados, bien judicialmente o bien acordados por los padres del menor, materializando esta conducta el traslado de un menor fuera del Estado de su residencia habitual, por uno de sus padres, arrebatándolo del que ostentaba dichos derechos de forma efectiva. Se trata en definitiva de

una persona que carece de derechos de guarda sobre ellos o que los comparte con alguien más, y que, con el traslado, está impidiendo que la persona bajo cuya responsabilidad se encontraba el menor en el lugar de su residencia habitual ejerza los derechos de guarda que le corresponden (en exclusiva o compartidos con el sustractor).⁷¹³

La vulneración de estos derechos, decretados o acordados, se traduce en la violación del derecho del menor a convivir de forma ordenada y continua con ambos padres, intentando normalizar de esta manera su desarrollo y evolución, en definitiva, en “el principio de reintegración familiar y el principio de integración familiar”⁷¹⁴ reconocidos en el Convenio sobre los Derechos del Niño; estos objetivos se alcanzan al garantizar que el NNA conviva ordenadamente con sus progenitores, de manera separada, en los tiempos que se haya determinado por vía judicial o acordado en forma bilateral. Una convivencia que peca de ser artificial y cuadrículada, desde cualquier punto de vista que se examine.

⁷¹¹ Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., p. 44.

⁷¹² Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, cit., p. 9.

⁷¹³ Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., p. 17.

⁷¹⁴ Miranda Estrampes, M., “La Convención frente al desamparo del menor”, en Villagrasa Alcaide, C. y Ravetllat Ballesté, I. (coords.), *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, España, Bosch, 2006, p. 112.

En definitiva, se busca dar un normal desarrollo a todos los derechos que comprende la figura de la patria potestad, a la responsabilidad parental en su máxima expresión.

IV. LAS SUSTRACCIONES *FOLLOWING A COURT ORDER* Y LAS *PRIOR TO THE COURT ORDER*

El punto de partida para entender los términos manejados en el título de este rubro se sitúa en el artículo 3o. del Convenio de La Haya, el cual dispone que:

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: *a)* cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y *b)* cuando este derecho se ejercía 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 (cursivas añadidas).

De este artículo debemos extraer la idea de que el Convenio de La Haya comprende tanto las sustracciones de menores de edad que se han producido con posterioridad a la existencia de una decisión judicial o administrativa en la que se determinen los derechos de guarda/custodia-visita/contacto/convivencia del menor (*following a court order*) como aquellas sustracciones producidas antes de dictarse dicha decisión judicial o administrativa (*prior to the court order*).⁷¹⁵

⁷¹⁵ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Secuestro internacional de menores”, en Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. *et al.*, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 169; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho de familia internacional*, *cit.*, p. 290; *id.*, “Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, en Adam Muñoz, M. D. y García Cano, S., *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, *cit.*, p. 42; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, *cit.*, p. 181; Capuñay, L. M., “Los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *cit.*, p. 10, y Maurique, J. A., “Consideraciones generales sobre la Convención de La Haya”, *cit.*, p. 239.

La diferencia anterior es importante desde que la sustracción se materializa cuando existe una orden judicial/administrativa como cuando sólo existe un acuerdo “*vigente según el derecho de dicho Estado*”.

En el marco del Convenio de La Haya señala Gómez Bengoechea que esta atribución de la custodia puede haberse realizado *ex lege* de acuerdo con la ley interna del Estado en el que el menor tenía su residencia, a través de una resolución judicial o administrativa, *o por un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado*⁷¹⁶ (cursivas añadidas). Continúa afirmando que

esta es una particularidad del Convenio de La Haya especialmente significativa, ya que, a diferencia de otros acuerdos internacionales... *permite incluir dentro de su ámbito de aplicación los casos de sustracción internacional en los que no existe una resolución judicial acerca de la custodia del menor.*⁷¹⁷

es por ello que sostenemos que para que el Convenio de La Haya se aplique no es requisito *sine qua non* que el padre sustractor vulnere una resolución judicial o administrativa que se pronuncie sobre los derechos de guarda/custodia y visita/convivencia/contacto, sino que este instrumento se puede llegar a aplicar por la simple vulneración de una situación de hecho que suponga la alteración de la situación familiar.⁷¹⁸

En este contexto se ha sostenido que,

este término introduce en el Convenio una de sus características esenciales: el hecho de que pueda aplicarse a los casos en los que no existe una resolución judicial acerca de la custodia de los menores. Este rasgo resulta de gran trascendencia ya que “...desde el punto de vista estadístico, los casos en los que el menor es trasladado antes de que se haya dictado una resolución respecto a su custodia son bastante frecuentes” [y] en tales situaciones, las posibilidades existentes al margen del Convenio de que el padre desposeído pueda recuperar al menor son casi nulas, salvo que recurra a su vez a vías de hecho siempre perjudiciales para el menor... Estos acuerdos pueden ser incluso simples transacciones privadas entre las partes respecto a la custodia de los menores, y se entenderá que están vigentes siempre que no estén prohibidos por dicho derecho y puedan servir de base a una pretensión jurídica ante las autoridades competentes.⁷¹⁹

⁷¹⁶ Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., p. 70.

⁷¹⁷ *Ibidem*, p. 43.

⁷¹⁸ Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., p. 84.

⁷¹⁹ Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., pp. 73-76.

Respecto al Convenio Interamericano, realizando una interpretación literal, podemos afirmar que contempla únicamente las sustracciones de menores que se han producido con posterioridad a una decisión judicial o administrativa (*following a court order*). Ahora bien, si nos quedamos con esta idea colocamos al Convenio Interamericano en una línea de protección diferente y más reducida que la contemplada por el Convenio de La Haya. Por ello, esta primera impresión puede quedar desplazada si entendemos que al no excluir las sustracciones producidas antes de dictarse la decisión deberían quedar también encuadradas las *prior to the court order* a efecto de dar una regulación más completa y dar sentido y pleno alcance al “interés superior del menor”. Queremos entender que las consecuencias que desencadena la sustracción se producen y repercuten sobre los menores exista o no resolución judicial o administrativa y así, siguiendo un criterio teleológico, podemos mencionar que también estarían incluidas.

El artículo 4o. de la Convención Interamericana señala que:

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

Por ello entendemos que, lejos de una postura reduccionista, en ambos cuerpos normativos se recoge la necesidad de que el derecho de custodia venga determinado tanto por una decisión judicial/administrativa recaída en el Estado de origen (*following a court order*) como aquellas sustracciones realizadas con anterioridad a que se emita una resolución. Lo anterior no quita que consideremos que un punto divergente radica en que el instrumento de La Haya explícitamente cubre las sustracciones *following* como las sustracciones *prior* mientras que el Interamericano lo hace, a nuestro parecer y siempre en función del “interés superior del menor”, de forma implícita.

A nuestro entender todas las entidades federativas prevén en sus códigos civiles la sustracción *following* al hablar de “legítima custodia”, pero nos llama la atención la regulación vigente en Durango, Nuevo León, Sonora y Veracruz, donde parece que dan acogida a las sustracciones *prior*.

Por lo anterior, dos son las situaciones que podrían sancionarse por la vía penal de conformidad con el momento en el que se produzca la vulneración de los derechos de familia.

Si la vulneración se produce con posterioridad a la existencia de una decisión judicial o administrativa (*following a court order*: artículo 3o. de

La Haya y 4o. del Convenio Interamericano) lo que se podría castigar es el delito de “desacato” o también conocido como “desobediencia y resistencia de los particulares”, como consecuencia innata derivada de la figura de sustracción.

Ahora bien, si la vulneración de estos derechos se produce antes (*prior to the court order*: artículo 3o. de La Haya y 4o. del Interamericano) de que se haya emitido una decisión judicial o administrativa, ya no podemos hablar de la figura de “desacato” o de “desobediencia y resistencia de los particulares” desde que no existe un pronunciamiento judicial o administrativo emitido y vulnerado por el progenitor sustractor; por ello, deberíamos recurrir a otras figuras penales como violencia intrafamiliar, falsedad de documento público, maltrato psicológico o falsedad de declaración ante autoridad. Lo anterior siempre con la posibilidad de un concurso de delito (amenazas, lesiones, etcétera).

Así, somos de la idea de que el derecho penal en caso de ser necesario debe ocuparse de sancionar las consecuencias e implicaciones que representa el supuesto de la sustracción de un NNA por sus padres teniendo en cuenta dos situaciones procesales distintas: por un lado, las consecuencias que produce la sustracción *antes* de que exista un pronunciamiento judicial o administrativa (*prior to the court order*). Por otro lado, regular las consecuencias que se presentan cuando la sustracción del menor se ha producido tras la existencia de una orden judicial o administrativa (*following a court order*).

En este sentido las tesis mantienen:

[1.] SUSTRACCIÓN DE MENORES, DELITO DE. PARA SU INTEGRACIÓN BASTA QUE LA CUSTODIA O GUARDA SE TENGA DE HECHO O POR DERECHO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). Si bien es cierto que el entonces Segundo Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito sustentó la tesis publicada a fojas 3618, t. XI, 1969-1987, séptima época del *Semanario Judicial de la Federación*, de rubro y texto: “MENORES, SUSTRACCIÓN O RETENCIÓN DE. INEXISTENCIA DEL CUERPO DEL DELITO TRATÁNDOSE DE LOS PROGENITORES. Los padres de menores de doce años no incurrir en la comisión del delito de sustracción o retención previsto por el artículo 206 del Código Penal del Estado de Veracruz, salvo que la guarda o custodia se decrete judicialmente a favor del otro o de un tercero”, también lo es que ya no es aplicable, si se tiene en consideración que ese criterio se sustentó con base en el mencionado precepto legal, antes de sus reformas ocurridas, la primera, el 23 de enero de 1991 y, la segunda, el 8 de septiembre de 1998, publicadas en la *Gaceta Oficial* del Estado el 19 de febrero y el 8 de septiembre, de los años citados, respectivamente, cuyo texto original establecía: “Artículo 206. Al familiar de un menor de doce años de edad o de un incapacitado de comprender,

o al que por instrucciones de aquél, lo sustraiga de la custodia o guarda de quien legítimamente la tenga, o bien lo retenga sin la voluntad de éste, se le impondrán de uno a seis años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos”. El precepto legal vigente dice: “Artículo 206. Al familiar de un menor de doce años de edad o de un incapacitado de comprender, o al que por instrucciones de aquél lo sustraiga de la custodia o guarda de quien la tenga de hecho o por derecho, o bien lo retenga sin la voluntad de éste, se le impondrán de uno a seis años de prisión y multa hasta de cuarenta veces el salario mínimo”. Como se advierte, el texto actual establece que para que se actualice el delito en mención, no se requiere que el sujeto pasivo u ofendido deba tener la custodia o guarda del menor legítimamente y menos que sea necesario un mandamiento judicial, sino basta que esa custodia o guarda se tenga de hecho o por derecho.⁷²⁰

[2.] No acreditándose en el caso, la pérdida de la patria potestad, porque a pesar de que los padres de un menor se encuentren separados, se presume que existe un acuerdo tácito entre ambos, ya que no se requiere la exhibición de un documento escrito para justificar la existencia de un convenio entre los padres del menor que viven separados, sobre la guarda y custodia de su hijo, porque puede quedar acreditado el consentimiento tácito, a través de la presunción que surge al haber permanecido el menor con el padre en la casa paterna, sin oposición de la madre, al no hacer reclamación alguna sobre este particular y haber consentido esa situación durante un lapso considerable, sin que tal separación dé lugar a la pérdida de la patria potestad, ya que en tal evento, se actualiza la hipótesis que contempla el artículo 437 del mismo ordenamiento continuando ejerciendo la patria potestad ambos padres, o en caso de desacuerdo, el juez de lo familiar determinará quién de los progenitores continuará en el ejercicio de tal derecho, sin que esto implique pérdida de la misma por el progenitor no designado, máxime que la medida tampoco equivale a exonerarlo de sus obligaciones para con el menor, salvo el caso de que eventualmente alguno de dichos ascendientes dé lugar a la aplicación en su perjuicio de lo dispuesto por el artículo 444 del Código de la materia.⁷²¹

[3.] Aun cuando la acción de pérdida de la patria potestad no haya prosperado, las partes están facultadas para convenir respecto de la guarda y custodia de sus menores hijos, con el solo hecho de hacer del conocimiento de la autoridad jurisdiccional tal determinación y ratificar ante su presencia lo convenido, en términos de lo dispuesto por los artículos 380 y 381 del Código Civil para el Distrito Federal.⁷²²

Por lo que hace al artículo 21, al derecho de visita, nos remitimos a la *Guía de buenas prácticas*, donde aparece establecer los criterios *following*

⁷²⁰ Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, amparos directos 372/2001 y 82/2002; amparos en revisión 81/2001, 118/2002 y 337/2002.

⁷²¹ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 2108/90.

⁷²² Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 3880/89.

a court order y *prior to the court order*, relativos al contacto transfronterizo del niño en la página 48, párrafo 9.6, al mencionar que:

El derecho a solicitar disposiciones destinadas a reconocer y asegurar el ejercicio efectivo de un “derecho de visita” en virtud del artículo 21 del Convenio de 1980 no debería quedar limitado a los casos en que exista una orden judicial que reconozca o establezca un derecho de visita, sino que debe incluir los casos en que el solicitante cuente con un derecho de visita resultante de una atribución de pleno derecho y aquellos en que tenga la capacidad de solicitar que se establezca tal derecho.

V. PATRIA POTESTAD⁷²³

La justificación para examinar el término de “patria potestad” en el presente trabajo radica en la estrecha relación que existe entre esta figura y la sustracción de un menor de edad por sus propios padres.⁷²⁴ La sustracción de un menor tiene su origen en la determinación y señalamiento judicial, de

⁷²³ De conformidad con el *Diccionario de derecho civil* debemos entender por patria potestad “el cúmulo de derechos y deberes que tienen los padres, o los que ejerzan en su remplazo, sobre la persona y los bienes de los hijos menores no emancipados. Todos estos derechos y deberes hacen al desarrollo integral del menor... El Código Civil determina que todos los menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad. Se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Comprende la guarda y educación de los hijos. La patria potestad es ejercida en primer lugar por los padres. Si alguno de ellos no puede ejercerla o falta, deberá ejercerla el otro. A falta de ellos, o por alguna circunstancia que haga imposible que la ejerzan ellos, la legislación prevé que la ejercerán los ascendientes en segundo grado, de acuerdo con decisión judicial. Si los padres del menor se separan, ambos deben continuar ejerciendo la patria potestad y podrán acordar lo necesario para que el ejercicio de esta institución no se vea afectado por tal circunstancia. Si ambos padres no pueden ponerse de acuerdo lo resolverá el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso y pudiendo ser modificada la resolución de acuerdo con el devenir de los acontecimientos. Fundamentalmente lo que se tiene en consideración en este tipo de circunstancias es el interés superior del menor. Por más que alguno de los padres no tenga la custodia del menor, tiene derecho a la convivencia con él, con excepción de que surja algún peligro para el menor. En este último caso sólo una orden judicial podrá impedir las visitas. El domicilio del menor sujeto a patria potestad, será el de quien la ejerza. El menor sujeto a la patria potestad no puede dejar la casa de quien la ejerza sin autorización de éstos o con autorización judicial. Así también es obligación de quienes ejercen la patria potestad velar por la buena educación y conducta del menor. Quien está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio u obligarse de alguna forma sin el consentimiento expreso de quienes la ejercen”; véase Bustos Rodríguez, M. B., *Diccionario de derecho civil, cit.*, pp. 102 y 103.

⁷²⁴ “DERECHOS DERIVADOS DE LA PATRIA POTESTAD (CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO)... se entiende que el establecimiento y definición de los derechos derivados de la patria potestad no sólo se refiere al derecho del niño a convivir con ambos padres o su presentación legal, sino también se refiere a la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y su custodia, la administración de los bienes y el derecho de corrección”. Amparo directo en revisión 1475/2008.

oficio,⁷²⁵ de la patria potestad, conjunta o no, así como de los derechos que de ella derivan (guarda/custodia-visita/convivencia/contacto) a uno o ambos progenitores, derivado de una crisis, de una ruptura de pareja.

Entrando en el marco normativo, la figura de la patria potestad se regula en el Código Civil del Distrito Federal, concretamente en el título octavo, el cual se titula “De la patria potestad”, en su capítulo I titulado “De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos”, y en concreto en los artículos 411 a 424.

La figura jurídica de la patria potestad ha sido reformada en los códigos civiles en más de una ocasión; en este contexto de reformas y cambios tenemos conocimiento de los siguientes textos: a) Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia federal; b) la reforma que se publica en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1970; c) la reforma que se publica en el *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 1974, y d) la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de diciembre de 1997. Este aspecto cuantitativo en las reformas que ha sufrido esta figura refleja el interés que despierta para toda la sociedad en su conjunto; denota una importante percepción de necesidad de adaptación de la figura de la patria potestad a las necesidades volátiles y nuevas demandas de la sociedad actual; en este sentido, afirmamos que estamos ante una “institución jurídica de tratamiento especial” que “constituye el sustento fundamental de toda sociedad”.⁷²⁶ Así, “es indiscutible que las disposiciones que regulan la situación de los menores y el ejercicio de la patria potestad respecto de los mismos, son de orden público”.⁷²⁷

En el marco de las reformas podemos señalar que desde el Código Civil Mexicano de 1928 se estableció, de manera pionera, la patria potestad conjunta. Otro dato que queremos destacar en la positiva evolución sufrida por esta institución es que el derecho del padre sobre los hijos se ha transfor-

⁷²⁵ En este sentido se ha afirmado “PATRIA POTESTAD, SITUACIÓN DE LOS MENORES HIJOS. DEBE ESTUDIARSE DE OFICIO EN TODA SENTENCIA QUE DECRETE EL DIVORCIO (LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE COLIMA Y MICHOACÁN)”. Contradicción de tesis 68/98. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, tesis de jurisprudencia 54/99. Aprobada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión del 29 de septiembre de 1999, por unanimidad de cinco votos de los señores ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

⁷²⁶ Jiménez García, J. F., “La patria potestad. Su actual concepción en el Código Civil para el Distrito Federal”, *cit.*, p. 3.

⁷²⁷ Amparo civil. Revisión del incidente de suspensión 2465/43.

mado en un deber de protección hacia la parte débil de la relación paterno-filial, esto es, el niño; por ello, el enfoque de estas instituciones ha cambiado desde que el centro de atención ha gravitado del interés mayor al interés por proteger a los niños. Así las cosas, en la actualidad se afirma que la patria potestad es “una función pública” en la que si bien el Estado se mantuvo ajeno, es notorio que cada vez tiene una mayor intervención al darse cuenta de la necesidad de regular las relaciones al interior de la familia.

Una primera idea que queremos establecer es que la figura de la patria potestad hay que distinguirla de la figura de la “curatela”,⁷²⁸ de “curador”⁷²⁹ y de “tutela”.⁷³⁰ Respecto a esta última se ha afirmado que

es fundamentalmente distinta la situación jurídica de los menores que se encuentran sujetos a patria potestad y la de los que se encuentran sometidos a tutela, porque una y otra de estas instituciones de derecho civil, se rigen por disposiciones especiales, sin que puedan confundirse, dado que la patria potestad excluye a la tutela, desde el momento en que ésta únicamente se realiza para la guarda de

⁷²⁸ Siguiendo el *Diccionario de derecho civil* podemos ver que curatela es la “institución del derecho civil creada para asistir al incapaz en la administración de sus bienes”. Bustos Rodríguez, M. B., *Diccionario de derecho civil, cit.*, p. 28.

⁷²⁹ Curador es “la persona nombrada judicialmente, que tiene el deber de asistencia sobre un incapaz. Es importante destacar que el curador no autoriza, solamente asiste y en general cumple sus funciones a la par del tutor. La Ley establece que todos los individuos sujetos a tutela, además de tutor tendrán un curador, salvo que se trate de expósitos o incapaces que no tengan bienes. Es importante la figura del curador, porque solamente asistirá al incapaz a tomar decisiones, para guiarlo y vigilar sus intereses”, *ibidem*, p. 27.

⁷³⁰ “Institución por medio de la cual las personas incapaces, que carecen de capacidad de ejercicio, son representadas por un tercero, que actúa como si el incapaz estuviese sometido a su patria potestad... No debe definirse la tutela como una carga legal, ni incluir en su definición el carácter obligatorio que generalmente presenta. La tutela no siempre es forzosa; a veces es voluntaria... El Código Civil define al objeto de la tutela, como la guarda de la persona y los bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. También puede tener como objeto la representación interina del incapaz en los casos que determine la ley. La tutela es un cargo de interés público; por tanto, nadie puede excusarse de ella sin que tenga una causa legítima para hacerlo. Los sujetos de la tutela son el incapaz, el tutor, el Consejo Nacional de Tutela, el juez de Familia y el curador”, *ibidem*, pp. 125 y 126. La autora menciona como obligaciones del tutor “alimentar y educar al incapacitado, pero si las rentas de éste último no alcanzaran al efecto, el tutor deberá informar al juez a fin de que éste decida sobre la necesidad de que el pupilo deba aprender algún oficio para proveer a su subsistencia. Destinar los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su rehabilitación. Hacer inventario de los bienes del incapacitado, en un término que no exceda de seis meses. Administrar los bienes del pupilo. En los actos importantes de administración deberá consultar a este último. También, los bienes que adquirió el incapaz como fruto de su trabajo serán administrados por él mismo. Representar al incapaz en todos los actos civiles en que deba intervenir, a excepción de los actos personalísimos, y además tendrá representación legal en juicios”.

la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural o legal, o sólo la segunda, para gobernarse por ellos mismos.⁷³¹

Respecto a la patria potestad destacamos que

la patria potestad o responsabilidad paterna, es una función, un conjunto de derechos y deberes correlativos ejercidos por el padre y la madre sobre la persona del menor. No obstante, el ejercicio de estos derechos y deberes lleva en sí mismo numerosos conflictos de derechos potenciales entre padres, casados o no, y entre padres e hijos menores.⁷³²

Es un conjunto de derechos y deberes que se ejerce tanto sobre la persona como sobre los bienes de los hijos menores de edad no emancipados;⁷³³ la cual engloba “un conjunto de derechos y obligaciones, consecuencia directa de la filiación”;⁷³⁴ derechos y deberes que pueden enumerarse en “la guarda, educación, derecho de convivencia y vigilancia, obligación alimenta-

⁷³¹ Amparo civil directo 6780/36.

⁷³² Moya Escudero, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Comares, España, 1998, pp. 21 y 22. Amparo directo 3400/84, en el Informe de 1986, esta tesis aparece bajo el rubro “patria potestad. Al resolver sobre su pérdida debe resolverse también sobre la posesión de los menores, puesto que ésta es una cuestión accesoria estrechamente vinculada con la controversia principal”. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito. Amparos directos 84/2002, 264/2002, 55/2004, 434/2005 y 140/2006. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito. Amparo directo 627/2004, sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 123/2009 en la Primera Sala.

⁷³³ El artículo 413 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la república en materia federal señala: “la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal”.

⁷³⁴ Brena Sesma, I., “Comentarios a las reformas del Código Civil para el Distrito Federal de 30 de diciembre de 1997 en relación con la patria potestad”, *Revista de Derecho Privado*, México, núm. 26, 1998, p. 124. El artículo 414 bis establece el alcance de la figura de la patria potestad y en este sentido señala que: “quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza: I. Procurar la seguridad física, psicológica y sexual; II. Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares; III. Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y IV. Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor. Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias. No se considera incumplimiento de estas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas”.

ria, facultad de corrección, y obligación de observar una conducta ejemplar de parte de los ascendientes”,⁷³⁵ “de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes”,⁷³⁶ y que se dan con absoluta independencia “de la existencia o falta del vínculo matrimonial entre los progenitores”.⁷³⁷

Uno de esos derechos es el de convivencia, el cual configura tanto el bien jurídico tutelado como el “interés superior del menor” y en este sentido se afirma que

los padres al ejercer la patria potestad tienen pleno derecho a convivir con los hijos... es concluyente que tanto los menores hijos como su padre tienen pleno derecho a la convivencia, por contar con la capacidad derivada de la paternidad para orientar y atender las necesidades más elementales de esos menores, como cuidarlos y aconsejarles adecuadamente.⁷³⁸

Un reconocimiento que debe girar siempre alrededor de las necesidades del menor de edad y así “ha de conservarse o perderse en función de las relaciones específicas que medien entre el padre o la madre y sus hijos, y no sólo en función de los conflictos que hayan surgido entre los cónyuges”.⁷³⁹ Lo anterior se justifica “para prestarle un poderoso auxilio a su debilidad, su ignorancia y su inexperiencia”.⁷⁴⁰

De conformidad con el artículo 414, la patria potestad

sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro. A falta de ambos

⁷³⁵ Jiménez García, J. F., “La patria potestad. Su actual concepción en el Código Civil para el Distrito Federal”, *cit.*, p. 3.

⁷³⁶ Amparo directo 2078/74.

⁷³⁷ Brena Sesma, I., “Comentarios a las reformas del Código Civil para el Distrito Federal de 30 de diciembre de 1997 en relación con la patria potestad”, *cit.*, p. 124. Esta afirmación se debe poner en relación con la reforma que se produce por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de diciembre de 1997, por el que se modifica el artículo 415, el cual disponía: “cuando los progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad”. El artículo 415 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la república en materia federal, de 1928, señalaba que “cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad. Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381”.

⁷³⁸ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Amparo directo 433/2003.

⁷³⁹ Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito. Amparo directo 616/99.

⁷⁴⁰ Amparo directo 3601/70.

padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.⁷⁴¹

Este artículo se debe poner en relación con los artículos 417 y 418;⁷⁴² la justificación para esa unión es la redacción que existía antes de la reforma de 1997. En este sentido, Brena Sesma alaba la nueva redacción al criticar la injusta y absurda diferencia que se establecía en el artículo 414, el cual lanza las reglas para la atribución de la patria potestad respecto de los hijos

⁷⁴¹ El artículo 414 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la república en materia federal señalaba: “la patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce: I. Por el padre y la madre; II. Por el abuelo y la abuela paternos; III. Por el abuelo y la abuela maternos”. Con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de diciembre de 1997, señala este artículo que “la patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro. A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso”.

⁷⁴² El artículo 417 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la república en materia federal señalaba que “cuando los padres del hijo nacido fuera del matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre este punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta el interés del hijo”. En la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de diciembre de 1997 se señalaba que “los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos. No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial”. El artículo 418 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la república en materia federal señalaba que “a falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo reconocido, los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414”. Por lo que hace a la reforma publicada en el *Diario Oficial* del 31 de diciembre de 1974, este artículo disponía que “a falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso”. Por último, en la reforma del 30 de diciembre de 1997 este artículo 418 dispone que “las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores, se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor. Quien conserva la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia. La anterior custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial”.

del matrimonio y los artículos 417 y 418 que se referían a los hijos nacidos fuera del matrimonio;⁷⁴³ de esta forma se anota que

podemos afirmar que su principal soporte es un hecho de la naturaleza que se hace manifiesto en la procreación, y esto se aplica en forma indistinta para hijos nacidos dentro de matrimonio como para hijos nacidos al margen de tal institución. Y, desde luego aquí podemos incluir también a los hijos producto del concubinato.⁷⁴⁴

En cuanto segunda idea señalamos que “la patria potestad se conforma de elementos de diversa índole. Esto es, presenta dos elementos estáticos: la titularidad y la potencialidad; y uno dinámico: el ejercicio”.⁷⁴⁵

Como tercera idea podemos afirmar que la patria potestad tiene su origen en los distintos tipos de filiación:⁷⁴⁶ a) la filiación matrimonial: nacimiento de un hijo bajo un legítimo matrimonio (artículo 324 del Código Civil); b) la filiación extramatrimonial: nacimiento de un hijo fuera de matrimonio (artículo 383 del Código Civil); c) filiación legitimada: reconocimiento de un hijo habido fuera de matrimonio (artículo 360 del Código Civil); d) filiación adoptiva: la que se crea tras consolidarse una adopción (artículos 390 y siguientes del Código Civil); Convenio Interamericano sobre Ley Aplicable a las Adopciones Internacionales y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional); e) filiación por la reproducción asistida (artículos 162, 293, 326 fracción II del Código Civil), la cual es una filiación “producto de avances científicos, lo que da como resultado una familia, que por medios naturales no ha podido lograrse, pues se obtiene una descendencia

⁷⁴³ Brena Sesma, I., “Comentarios a las reformas del Código Civil para el Distrito Federal de 30 de diciembre de 1997 en relación con la patria potestad”, *cit.*, p. 124.

⁷⁴⁴ Jiménez García, J. F., “La patria potestad. Su actual concepción en el Código Civil para el Distrito Federal”, *cit.*, p. 17.

⁷⁴⁵ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito. Amparo directo 612/2002.

⁷⁴⁶ Siguiendo el *Diccionario de derecho civil* por filiación debemos entender la “relación jurídica que existe entre padres e hijos como consecuencia del nacimiento de estos últimos. La filiación produce parentesco de primer grado. Parte de la doctrina está de acuerdo en asegurar que existen dos esferas al definir esta institución. En sentido amplio, toma en consideración la relación que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado. La filiación produce una gran cantidad de efectos jurídicos entre ambas partes. Para determinar la filiación de una persona deben tomarse en cuenta distintos aspectos: el momento del nacimiento en relación con la situación de sus padres y, si ha operado, el reconocimiento de uno o ambos padres. Al respecto, la ley determina que la madre no puede desconocer al hijo que acaba de nacer... Sobre la filiación no puede haber ni transacción ni compromiso en árbitros”; véase Bustos Rodríguez, M. B., *Diccionario de derecho civil*, *cit.*, pp. 59 y 60.

que la naturaleza ha negado”.⁷⁴⁷ Lo anterior pone de manifiesto que el matrimonio no es la única forma de generar, justificar y asentar la figura de la patria potestad.

El puente que existe entre la patria potestad y la asignación y distribución personalizada y dividida de los derechos de guarda/custodia y visita/convivencia tiene su origen en los procesos de crisis y ruptura de una pareja, donde los niños entran a vivir y a experimentar su crecimiento en un nuevo entorno familiar. En este sentido se afirma que se “imponen a los jueces la obligación de fijar en toda sentencia de divorcio, la situación de los hijos y resolver todo lo relativo a la patria potestad”.⁷⁴⁸ Por ello, como una consecuencia derivada de estos procesos de crisis-ruptura encontramos la necesaria distribución de los derechos de familia. La determinación de la duración de estos derechos depende de factores multicausales; destacamos, por ejemplo, si se debe asignar estos derechos con carácter nacional o transfronterizo, sin que ello influya en la patria potestad. Así las cosas, “mientras que el ejercicio de la patria potestad puede ser conjunto, la guarda, entendida como el cuidado de los hijos, aunque lleva en sí ejercicio de patria potestad, difícilmente podrá ser compartida entre padres que no conviven y residen en países diferentes”.⁷⁴⁹ Ahora bien, la asignación de estos derechos a cada uno de los padres no exime de su responsabilidad en aquellos periodos en que no estén haciendo uso efectivo de estos derechos; entendemos que la responsabilidad de los padres no se extingue o disminuye en aquellos plazos temporales en que corresponde tener al menor en cuidado efectivo y tangible al otro progenitor; el artículo 416 en este sentido señala que:

en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los me-

⁷⁴⁷ Jiménez García, J. F., “La patria potestad. Su actual concepción en el Código Civil para el Distrito Federal”, *cit.*, p. 15.

⁷⁴⁸ Contradicción de tesis 68/98. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, 29 de septiembre de 1999, cinco votos, ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo, secretario: Ramiro Rodríguez Pérez. Tesis de jurisprudencia 54/99, aprobada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 29 de septiembre de 1999, por unanimidad de cinco votos de los ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

⁷⁴⁹ Moya Escudero, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, *cit.*, p. 23.

nores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente... Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.⁷⁵⁰

Como bien afirma Brena Sesma tras la reforma de 1997, “es posible que la pareja ‘en caso de separación’ convenga sobre el ejercicio de la guarda y custodia”,⁷⁵¹ lo cual puede contribuir a un mejor ambiente familiar y en una repercusión positiva en el “interés superior del menor” al disminuir las posibilidades de chantaje emocional, alienación parental, o incluso presiones propiciadas por los progenitores a la hora de determinar los derechos de familia. Si se separan los progenitores ambos siguen ejerciendo la patria potestad sobre el menor, siguen cumpliendo sus deberes respecto al cuidado del menor; ahora bien, tendrán que convenir el ejercicio de sus nuevos derechos de familia. Es así que se afirma que la patria potestad se divide entre los que ejercen la guarda/custodia y quien tiene visita/convivencia/contacto. Ahora bien, lo anterior se mantienen aun cuando el Convenio sobre los De-

⁷⁵⁰ El artículo 416 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal señalaba que “en los casos previstos en los artículos 380 y 381, cuando por cualquiera circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro”. Por su parte, en la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de diciembre de 1997 se señala que “en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial”.

⁷⁵¹ Brena Sesma, I., “Comentarios a las reformas del Código Civil para el Distrito Federal de 30 de diciembre de 1997 en relación con la patria potestad”, *cit.*, pp. 124 y 125. Como bien escribe la autora: “resulta provechoso que sean los padres los que convengan los términos del ejercicio de ciertos efectos de la patria potestad. Ellos son, dada la cercanía con sus hijos, y de acuerdo con sus circunstancias especiales, los que pueden decidir sobre el ejercicio de sus derechos, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de menores”.

rechos del Niño fracciona en dos artículos la responsabilidad de los padres (artículo 18)⁷⁵² y el derecho a relacionarse (artículos 9o. y 10).⁷⁵³

El artículo 416 bis por su parte nos ofrece una característica más inherente a la patria potestad y en este tenor determina que: “los hijos que estén

⁷⁵² Artículo 18: “1. Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.

⁷⁵³ Artículo 9.1. “Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10.1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares. 2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención”.

bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aun cuando no vivan bajo el mismo techo. No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior. Para los casos anteriores y solo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos”.

Dentro del nutrido artículos que regula esta figura queremos destacar el contenido del artículo 411 el cual de manera introductoria señala que

en la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición. Quienes detentan la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.

Siguiendo las afirmaciones de Brena Sesma observamos un cambio en el contenido y alcance de este artículo desde su redacción en 1928 hasta su reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de diciembre de 1997; si bien en su primera redacción se imponía el apego al “mandamiento bíblico” que establecía “en forma unilateral, el deber para los hijos de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes”,⁷⁵⁴ éste ha desaparecido con la actual redacción, la cual abandona el carácter unilateralidad o unidireccional de las obligaciones y acoge correctamente el carácter recíproco y bilateral de las mismas. Este artículo, en su redacción de 1928 cuando todavía era “el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la república en materia federal”, señalaba que: “los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes”. Este cambio en la redacción y el giro en la concepción de la unilateralidad a la bilateralidad lleva a Brena Sesma a afirmar que el anterior precepto “carecía de equidad al limitar el deber de respeto a una parte de la relación”.⁷⁵⁵ La redacción actual de este artículo muestra que la relación entre los ascendientes, titulares de la patria potestad, y descendientes debe estar caracterizada por notas de

⁷⁵⁴ Brena Sesma, I., “Comentarios a las reformas del Código Civil para el Distrito Federal de 30 de diciembre de 1997 en relación con la patria potestad”, *cit.*, p. 123.

⁷⁵⁵ *Idem.*

“respeto y consideración mutuos, independientemente de su estado, edad y condición”.⁷⁵⁶

En otro orden de ideas cabe señalar las causas de pérdida de la patria potestad,⁷⁵⁷ la cual puede revestir dos formas:

a) por “extinción natural” (artículo 443 CCDF),⁷⁵⁸ esto es, cuando quien está sometido a ella alcanza la mayoría de edad; por la emancipación conseguida por la celebración del matrimonio del menor; por la muerte del que la ejerce, cuando no hay quien lo remplace,⁷⁵⁹ con la adopción del hijo, así como cuando el que ejerce la patria potestad de un menor lo entregue a una institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción;

b) por “resolución judicial” (artículo 444 CCDF),⁷⁶⁰ esto es, cuando quien la ejerza haya sido condenado expresamente a perderla;⁷⁶¹ en los casos de di-

⁷⁵⁶ Jiménez García, J. F., “La patria potestad. Su actual concepción en el Código Civil para el Distrito Federal”, *cit.*, p. 4.

⁷⁵⁷ “PATRIA POTESTAD, LA PÉRDIDA DE LA. DECLARADA EN UN JUICIO DE DIVORCIO, NO PUEDE CONSIDERARSE COMO PENA IMPUESTA AL CÓNYUGE QUE DIO CAUSA AL MISMO”, amparo directo 3601/70.

⁷⁵⁸ El artículo 443 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la república en materia federal señalaba que “la patria potestad se acaba: I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; II. Con la emancipación; III. Por la mayor edad del hijo”. En la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1970 en el artículo 443 se disponía que “la patria potestad de acaba: II. Con la emancipación, derivada del matrimonio”.

⁷⁵⁹ Como se afirma “respecto a esta norma, realmente la posibilidad de las personas que dispone la ley para ejercer la patria potestad es amplia, así que esta situación sería poco frecuente”; véase Bustos Rodríguez, M. B., *Diccionario de derecho civil*, *cit.*, p. 57.

⁷⁶⁰ El artículo 444 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la república en materia federal señalaba que la patria potestad se pierde: I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que disponga el artículo 283; III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; IV. Por la exposición que el padre o la madre hiciera de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses”. En el texto que se deja reflejado en la reforma de 30 de diciembre de 1997 el artículo 444 dispone que “la patria potestad se pierde por resolución judicial: I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho; V. Cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el menor y V. cuando el que la ejerza sea condenado do o más veces por delito grave”.

⁷⁶¹ Se afirma que tras la reforma de 1997 se deja claro que la patria potestad únicamente se pierde tras la existencia de una resolución judicial y no por el simple cumplimiento de los supuestos enumerados en el precepto. Brena Sesma, I., “Comentarios a las reformas del Código Civil para el Distrito Federal de 30 de diciembre de 1997 en relación con la patria potestad”, *cit.*, p. 126.

vorcio, al fijarse la sentencia el juez puede disponer la finalización de la patria potestad respecto de alguno de los padres; en casos de violencia familiar⁷⁶² en contra del menor; en los casos de incumplimiento de la obligación de alimentos⁷⁶³ por más de 90 días sin causa justificada, de forma reiterada;⁷⁶⁴ por

⁷⁶² Amparo directo 5401/87. Segundo Tribunal Colegiado del Decimo Sexto Circuito, amparo directo 538/94. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 273/2008.

⁷⁶³ Amparo directo 5878/87; en el *Informe de 1988*, la tesis aparece bajo el rubro “Derecho de visitar a los hijos es inherente al ejercicio de la patria potestad”, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito. Amparo directo 84/2002, amparos directos 264/2002, 55/2004, 434/2005 y 140/2006. Octava época: contradicción de tesis 12/93. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero en Materia Civil del Primer Circuito y Primero del Segundo Circuito. *Apéndice 1917-1995*, t. IV, primera parte, p. 207, Tercera Sala, tesis 307; véase la ejecutoria en el *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XIII, marzo de 1994, p. 100. Octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 22-24, octubre-diciembre de 1989, p. 141, tesis I.3o.C. J/6. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparos directos 3158/88, 128/89, 638/89, 508/89 y 1033/89. El criterio contenido en esta tesis contendió en la contradicción de tesis 12/93, resuelta por la Tercera Sala, de la que derivó la tesis 3a./J. 7/94, que aparece publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, octava época, núm. 75, marzo de 1994, p. 20, con el rubro: “Patria potestad. Pérdida de la misma en caso de incumplimiento al deber de alimentos”. Esta tesis contendió en la contradicción 12/93 que fue declarada sin materia por la Tercera Sala, toda vez que sobre el tema tratado existe la tesis 3a./J. 30/91 (31/91), que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. VIII, julio de 1991, p. 65, con el rubro: “Patria potestad. Se pierde si se acredita el abandono de los deberes de alguno de los padres, sin que sea necesario probar que el menoscabo en la salud, seguridad y valores del menor se produzcan en la realidad, pero deben existir razones que permitan estimar que pueden producirse (artículo 444, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal)”.

⁷⁶⁴ Amparo directo 1858/87. En el *Informe de 1987*, la tesis aparece bajo el rubro “Pensión alimenticia. El incumplimiento reiterado de la obligación de cubrirla supone, por lo general, el abandono que da lugar a la pérdida de la patria potestad”, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 509/2002. Esta tesis contendió en la contradicción 137/2002-PS resuelta por la Primera Sala, de la que derivó la tesis 1a./J. 62/2003, que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XIX, marzo de 2004, p. 196, con el rubro: “Patria potestad. Para que proceda decretar su pérdida por incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria, no es necesario acreditar la circunstancia de que se comprometa la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, ni la existencia de requerimiento judicial alguno (legislación del Distrito Federal)”, Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 8316/2002. Véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVI, noviembre de 2002, p. 1161, tesis I.13o.C.12 C, de rubro: “Patria potestad, pérdida de la. Interpretación de la fracción IV del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal (en vigor a partir del mes de junio del año dos mil)”, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo directo 280/92.

el abandono⁷⁶⁵ (total o parcial)⁷⁶⁶ que se hiciera de los hijos por más de tres meses sin causa justificada; cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos un delito doloso por el que fuera condenado por sentencia ejecutoriada; cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.⁷⁶⁷

⁷⁶⁵ Amparo directo 3400/84. En el Informe de 1986, la tesis aparece bajo el rubro “Abandono de menores. No puede considerarse probado, como causal para la pérdida de la patria potestad cuando existen indicios que permiten presumir que los padres vivían separados de común acuerdo”, Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, amparo directo 812/92. Reitera criterio de la primera tesis relacionada con la jurisprudencia 1253, p. 2018, segunda parte, vol. V del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988*, amparo directo 588/87. En el *Informe de 1987*, la tesis aparece bajo el rubro “Patria potestad. Cuando existe un convenio entre el padre y la madre sobre quién la ejercerá, no se da la causal de su pérdida por abandono de deberes”, amparo civil directo 4079/46; amparo directo 5878/87. Séptima época, cuarta parte, vols. 217-228, p. 241, amparo directo 1858/87, vols. 217-228, p. 241; amparo directo 6323/85, vols. 199-204, p. 26; amparo directo 6509/84, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. I, primera parte-1, enero a junio de 1988, p. 372; Tercera Sala. Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 787/2005. Esta tesis contendió en la contradicción 47/2006-PS resuelta por la Primera Sala, de la que derivaron las tesis 1a./J. 14/2007 y 1a./J. 13/2007, que aparecen publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXV, abril de 2007, pp. 221 y 264, con los rubros: “Patria potestad. El cumplimiento parcial o insuficiente de la obligación alimentaria sin causa justificada por más de noventa días genera su pérdida (interpretación del artículo 444, fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal, vigente a partir del 10 de junio de 2004)”, y “Patria potestad. Para pronunciarse sobre su pérdida por cumplimiento parcial de la obligación alimentaria es indispensable que esté predeterminado el monto de la pensión respectiva (interpretación del artículo 444, fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal, vigente a partir del 10 de junio de 2004)”, respectivamente. Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, amparo directo 54/2007. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparos directos 3158/88, 128/89, 638/89, 508/89 y 1033/89. El criterio contenido en esta tesis contendió en la contradicción de tesis 12/93, resuelta por la Tercera Sala, de la que derivó la tesis 3a./J. 7/94, que aparece publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, octava época, núm. 75, marzo de 1994, p. 20, con el rubro: “Patria potestad. Pérdida de la misma en caso de incumplimiento al deber de alimentos”. Esta tesis contendió en la contradicción 12/93 que fue declarada sin materia por la Tercera Sala, toda vez que sobre el tema tratado existe la tesis 3a./J. 30/91 (31/91), que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. VIII, julio de 1991, p. 65, con el rubro: “Patria potestad. Se pierde si se acredita el abandono de los deberes de alguno de los padres, sin que sea necesario probar que el menoscabo en la salud, seguridad y valores del menor se produzcan en la realidad, pero deben existir razones que permitan estimar que pueden producirse (artículo 444, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal)”. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

⁷⁶⁶ Amparos directos 5030/67 y 3337/87, sexta época, cuarta parte, vol. CXXXIII, p. 11.

⁷⁶⁷ Como señala Bustos Rodríguez “todos los casos de pérdida de la patria potestad por resolución judicial indican en mayor o menor medida el mal accionar de quien la desempeña o el mal ejemplo que significa para el menor”. Cfr., Bustos Rodríguez, M. B., *Diccionario de Derecho Civil*, cit., p. 57.

De conformidad con las tesis aisladas se pierde cuando quien ejerce la patria potestad tenga costumbres depravadas, de malos tratos a los hijos,⁷⁶⁸ o cuando haya desarrollado una conducta culposa e inexcusable.⁷⁶⁹

Ahora bien, de conformidad con la jurisprudencia encontrada se determina: “PATRIA POTESTAD. EL SUPUESTO NORMATIVO QUE IMPONE SU PÉRDIDA POR ABANDONO INJUSTIFICADO DEL HOGAR CONYUGAL POR MÁS DE SEIS MESES, VIOLA EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”.⁷⁷⁰

No se pierde la patria potestad por el hecho de “que la mujer tenga que trabajar para poder subsistir y carezca de elementos suficientes para tener una cuidadora especial para su hija menor”;⁷⁷¹ cuando “la madre permanece fuera

⁷⁶⁸ Amparo directo 7448/58, sexta época, cuarta parte, vol. CXII, p. 112. Amparo directo 7947/63. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparos directos 615/88 y 1489/59; amparo civil directo 8450/43. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CXVIII, p. 495, bajo el rubro: “Patria potestad, pérdida de la, por abandono”.

⁷⁶⁹ Amparo directo 5305/85. En el *Informe de 1986*, la tesis aparece bajo el rubro “Pérdida de la patria potestad por abandono de los deberes que comprometan la seguridad de los hijos. Para decretarla, no basta con que el menor presente deficiencias físicas o psicológicas, sino debe demostrarse que son consecuencia de una conducta injustificada de los padres”, amparos directos 5878/87 y 1858/87, séptima época, vols. 217-228, cuarta parte, p. 241; amparo directo 6323/85, séptima época, vols. 217-228, cuarta parte, p. 241; amparo directo 6509/84, séptima época, vols. 199-204, cuarta parte, p. 26. En el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols. 199-204, cuarta parte, p. 26, esta tesis aparece bajo el rubro “Patria potestad, pérdida de la”, y en los vols. 217-228, bajo el rubro “Patria potestad, pérdida de la, por abandono de deberes (legislación del estado de Nuevo León)”. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 632/90. Esta tesis contentió en la contradicción 30/90 resuelta por la Tercera Sala, de la que derivó la tesis 3a./J. 30/91 (31/91), que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. VIII, julio de 1991, p. 65, con el rubro: “Patria potestad. Se pierde si se acredita el abandono de los deberes de alguno de los padres, sin que sea necesario probar que el menoscabo en la salud, seguridad y valores del menor se produzcan en la realidad, pero deben existir razones que permitan estimar que pueden producirse (artículo 444, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal)”, Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo directo 6/92, amparo directo 269/88.

⁷⁷⁰ Contradicción de tesis 21/2006-PL. Entre las sustentadas por la Primera y la Segunda salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28 de junio de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Mariano Azuela Güitrón y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos; secretario: Fernando Silva García. El Tribunal Pleno, el 20 de mayo en curso, aprobó, con el número 62/2008, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a 20 de mayo de 2008.

⁷⁷¹ Amparo civil directo 349/49. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. LXIII, p. 2394, tesis de rubro “Patria potestad, pérdida de la”, séptima época, *Informe 1988*, p. 168, amparos directos 5401/87, 8362/87 y 6708/85, vols. 205-216, p. 131; amparo directo 3607/84. En los vols. 205-216, p. 131, la tesis aparece bajo el rubro “Patria potestad, pérdida de la”. En el *Informe de 1987*, la tesis aparece bajo el rubro “Patria potestad. No es causa de su pérdida el que la madre esté fuera de su casa, trabajando para afrontar sus res-

de su casa durante determinadas horas del día, destinadas a desempeñar su trabajo y a estudiar, de ninguna manera puede considerarse que configure el abandono de deberes como causal de pérdida de la patria potestad”.⁷⁷²

Ahora bien, “No requiere como condición... la realización efectiva del daño a la salud, seguridad y moralidad de los hijos, sino la posibilidad de que así aconteciera”.⁷⁷³ Lo anterior “si... se infiere que ambos cónyuges han utilizado a los hijos como arma ofensiva y defensiva en sus desavenencias personales, con notorio perjuicio para los menores”.⁷⁷⁴

ponsabilidades”. En el *Informe de 1988*, la tesis aparece bajo el rubro “Guarda y custodia de un menor de siete años. No es causa de su pérdida el que la madre esté fuera de su casa, trabajando para afrontar sus responsabilidades”. Esta tesis también aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. I, primera parte-1, p. 363, bajo el rubro “Guarda y custodia de un menor de siete años. No es causa el que la madre esté fuera de su casa, trabajando para afrontar sus responsabilidades”.

⁷⁷² Amparos directos 5401/87 y 6708/85, séptima época, vols. 217-228, cuarta parte, p. 228. Amparo directo 3607/84, séptima época, vols. 205-216, cuarta parte, p. 131. En el *Informe de 1988*, esta tesis aparece bajo el rubro “Patria potestad. El que la madre trabaje y estudie no implica abandono de deberes”; en los vols. 217-228, cuarta parte, p. 238, bajo el rubro “Patria potestad, pérdida de la. No es causa en que la madre esté fuera de su casa, trabajando para afrontar sus responsabilidades”, y en los vols. 205-216, p. 131, bajo el rubro “Patria potestad, pérdida de la”.

⁷⁷³ Octava época: contradicción de tesis 12/93. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, 21 de febrero de 1994. Cinco votos, nota: tesis 3a./J.7/94, *Gaceta* número 75, p. 20; véase ejecutoria en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII-marzo, p. 100. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 1305/92. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 1437/88. Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, amparo directo 27/2002. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparos directos 615/88, 2865/88, 855/89, 1740/89 y 5045/89. Véase *Apéndice 1917-1995*, t. IV, primera parte, tesis 309, p. 208. Esta tesis contendió en la contradicción 30/90 resuelta por la Tercera Sala, de la que derivó la tesis 3a./J. 30/91 (31/91), que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. VIII, julio de 1991, p. 65, con el rubro: “Patria potestad. Se pierde si se acredita el abandono de los deberes de alguno de los padres, sin que sea necesario probar que el menoscabo en la salud, seguridad y valores del menor se produzcan en la realidad, pero deben existir razones que permitan estimar que pueden producirse (artículo 444, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal)”, amparo directo 6509/84, tesis jurisprudencial 7/94, aprobada por la Tercera Sala de este alto tribunal, en sesión del 21 de febrero de 1994, por cinco votos de los señores ministros: presidente Miguel Montes García, Mariano Azuela Güitrón, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, José Trinidad Lanz Cárdenas y Carlos Sempé Minvielle. Contradicción de tesis 30/90. Entre las sustentadas por el Segundo y Quinto Tribunales Colegiados, ambos en Materia Civil del Primer Circuito, 13 de mayo de 1991, unanimidad de cuatro votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, secretario: Francisco Javier Cárdenas Ramírez. Tesis de jurisprudencia 31/91 aprobada por la Tercera Sala de este alto tribunal en sesión privada celebrada el 20 de mayo de 1991, unanimidad de cuatro votos de los ministros: presidente Salvador Rocha Díaz, Mariano Azuela Güitrón, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez y José Antonio Llanos Duarte. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

⁷⁷⁴ Amparo directo 3663/56.

Debe ser decretada judicialmente⁷⁷⁵ desde que su determinación “entraña graves consecuencias tanto para los hijos como para el que la ejerce”,⁷⁷⁶ “por ser dicha institución de orden público, en la que la sociedad está interesada”,⁷⁷⁷ desde que “afecta el orden y la estabilidad de la familia”,⁷⁷⁸ al “poner en peligro la salud o la seguridad del niño”,⁷⁷⁹ así como “la moralidad de sus hijos”.⁷⁸⁰

⁷⁷⁵ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, amparo directo 234/98.

⁷⁷⁶ Octava época: contradicción de tesis 30/90. Entre las sustentadas por el Segundo y Quinto tribunales colegiados, ambos en materia civil del Primer Circuito, 13 de mayo de 1991, unanimidad de cuatro votos. Tesis 3a./J.31/91, *Gaceta* núm. 42, p. 78; *Semanario Judicial de la Federación*, t. VIII-julio, p. 65. En la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* 75, correspondiente a marzo de 1994, p. 20, aparece la tesis de jurisprudencia 3a./J.7/94, del rubro: “Patria potestad, pérdida de la misma en caso de incumplimiento al deber de alimentos”, en donde se complementa el criterio sostenido en esta tesis de jurisprudencia.

⁷⁷⁷ Amparo directo en revisión 182/2000. Esta tesis contendió en la contradicción 21/2006-PL resuelta por el Tribunal Pleno, de la que derivaron las tesis P./J. 61/2008 y P./J. 62/2008, que aparecen publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXVII, junio de 2008, pp. 7 y 8, con los rubros: “Patria potestad. El supuesto normativo que impone su pérdida por abandono injustificado del hogar conyugal por más de seis meses, es una sanción civil que transgrede el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” y “Patria potestad. El supuesto normativo que impone su pérdida por abandono injustificado del hogar conyugal por más de seis meses, viola el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, respectivamente. Contradicción de tesis 30/90, entre las sustentadas por el Segundo y Quinto tribunales colegiados, ambos en materia civil del Primer Circuito, 13 de mayo de 1991, unanimidad de cuatro votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez; secretario: Francisco Javier Cárdenas Ramírez. Tesis de jurisprudencia 31/91 aprobada por la Tercera Sala de este alto tribunal en sesión privada celebrada el 20 de mayo de 1991. Unanimidad de cuatro votos de los ministros: presidente Salvador Rocha Díaz, Mariano Azuela Güitrón, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez y José Antonio Llanos Duarte. Genealogía: *Gaceta*, núm. 42, junio de 1991, p. 78.

⁷⁷⁸ Amparo directo 323/84.

⁷⁷⁹ Séptima época: *Informe de 1988*, p. 172, amparo directo 5878/87. Séptima época, cuarta parte, vols. 217-228, p. 241, amparo directo 1858/87, vols. 217-228, p. 241; amparos directos 6323/85 y 6509/84. En los vols. 199-204, p. 26, la tesis aparece bajo el rubro: “Patria potestad, pérdida de la”. En los informes de 1987, pp. 243 y 1988, p. 172, esta tesis aparece bajo el rubro: “Patria potestad. Pérdida de la misma por abandono de deberes (estado de Nuevo León)”. En el Informe de 1987, p. 244, la tesis aparece bajo el rubro: “Patria potestad. Procede su pérdida si el padre no provee a la subsistencia de los hijos”. Esta tesis también aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. I, primera parte-1, p. 372, bajo el rubro: “Patria potestad, abandono de deberes como causal de pérdida de la (legislación del estado de Nuevo León)”. Amparo directo 5045/85. En el *Informe de 1987*, la tesis aparece bajo el rubro “Patria potestad. ‘Costumbres depravadas’ como causa de su pérdida”. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 1437/88. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 637/2003.

⁷⁸⁰ Amparo directo 1314/68. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, amparo directo 1325/98. Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, amparo directo 611/2001.

Por ello “es una sanción de notoria excepción”,⁷⁸¹ “que requiere de pruebas plenas e indiscutibles”.⁷⁸² Debe ser decretada judicialmente desde que

la sociedad está interesada en la conservación de las relaciones paternofiliales y en que padres e hijos mantengan los vínculos legales que generan derechos y obligaciones, el juzgador debe ser estricto a fin de que para determinar la pérdida de la patria potestad se presenten claramente las causas que el Código Civil respectivo señale.⁷⁸³

Sin duda alguna “el juez ordinario... debe tomar en cuenta el interés superior del menor, pudiendo decretarlo en favor de la persona que estime más conveniente para éste”,⁷⁸⁴ desde que

se ocasiona un daño al núcleo familiar y sobre todo al menor, muchas veces irreparable, dado que es una forma de desmembración de la familia que acarrea graves consecuencias de índole psicológico y sociológico que repercuten no sólo en las diferentes etapas de la vida de los hijos, sino también en la de los padres.⁷⁸⁵

⁷⁸¹ Amparos civiles directos 757/53 y 4533/54; amparo directo 4414/77. En el Informe de 1978, la tesis aparece bajo el rubro “Patria potestad, pérdida de la”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, amparo directo 612/99.

⁷⁸² Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Segundo Circuito, amparo directo 1676/96. Esta tesis contendió en la contradicción 106/2004-PS resuelta por la Primera Sala, de la que derivó la tesis 1a./J. 191/2005, que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIII, mayo de 2006, p. 167, con el rubro: “Menores de edad o incapaces. Procede la suplencia de la queja, en toda su amplitud, sin que obste la naturaleza de los derechos cuestionados ni el carácter del promovente”. Por ejecutoria del 18 de marzo de 2005, la Segunda Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 48/2004-PL en que participó el presente criterio. Octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, VI, segunda parte-2, julio a diciembre de 1990, p. 597. Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, amparo directo 632/90. Esta tesis contendió en la contradicción 30/90 resuelta por la Tercera Sala, de la que derivó la tesis 3a./J. 30/91 (31/91), que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. VIII, julio de 1991, p. 65, con el rubro: “Patria potestad. Se pierde si se acredita el abandono de los deberes de alguno de los padres, sin que sea necesario probar que el menoscabo en la salud, seguridad y valores del menor se produzcan en la realidad, pero deben existir razones que permitan estimar que pueden producirse (artículo 444, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal)”.

⁷⁸³ Amparo directo 5140/87. En el *Informe de 1987*, la tesis aparece bajo el rubro “Patria potestad. Para tener por comprobadas las causales de su pérdida la confesión ficta es insuficiente”.

⁷⁸⁴ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, amparo directo 1358/2000. Por ejecutoria del 13 de agosto de 2003, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 20/2003-PS en que participó el presente criterio.

⁷⁸⁵ Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 45/2005.

Es importante en el ámbito del derecho internacional privado determinar que el juez nacional tenga competencia internacional para conocer de las cuestiones de patria potestad, más concretamente sobre las cuestiones de pérdida y en este rubro encontramos los siguientes pronunciamientos:

[1.] Si bien es cierto que conforme a la fracción IV del artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, es juez competente del domicilio del demandado si se trata de acciones personales o del estado civil, también lo es, que la fracción IX del indicado precepto contempla una excepción a esa regla y es la consistente en que, en los negocios relativos a la tutela de los menores e incapacitados, es juez competente el de la residencia de éstos, para la designación del tutor, y en los demás casos, el del domicilio de éste, criterio que por mayoría de razón legalmente se aplica en lo particular, al tratarse de una controversia inherente a la patria potestad de un menor, en la que deberá ser juez competente para su conocimiento, el del lugar del domicilio de quien ejerza su custodia.⁷⁸⁶

[2.] En las fracciones cuartas de los artículos 116 y 156, respectivamente, de los códigos de Procedimientos Civiles del Estado de Veracruz y del Distrito Federal, se previene que cuando se trate del ejercicio de acciones personales o del estado civil, es juez competente el del domicilio del demandado, como sucede si la acción ejercitada se refiere a pérdida de la patria potestad, sin que resulten aplicables las disposiciones legales contenidas en las fracciones IX y XI del mismo artículo 116 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Veracruz, porque la primera de ellas se refiere a los negocios relativos a la tutela de los menores, únicamente, y no a la patria potestad que se ejercita sobre los mismos, y la segunda sólo se contrae a los casos de diferencias conyugales y a los juicios de nulidad de matrimonio y cuestiones familiares, que no existen si las partes ya estaban divorciadas legalmente por mutuo consentimiento, antes de que el actor promoviera el juicio y porque, según la doctrina, las acciones de estado civil sólo tienen por objeto comprobar el nacimiento o la defunción de alguna persona, el matrimonio o la nulidad de éste, la filiación, el reconocimiento de hijos, la emancipación, la tutela, el divorcio y la ausencia, pero no la patria potestad, o cuando

⁷⁸⁶ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo en revisión 993/86, En el *Informe de 1987*, la tesis aparece bajo el rubro “Competencia por razón de territorio en asuntos de pérdida de patria potestad”.

se dirijan a atacar algunas de las constancias del Registro Civil, ya porque sean nulas o porque se pida su rectificación.⁷⁸⁷

El artículo 445⁷⁸⁸ en el contexto de la pérdida de la patria potestad señala que: “cuando los que ejerzan la patria potestad pasen a segundas nupcias, no perderán por ese hecho los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad; así como tampoco el cónyuge o concubino con quien se una, ejercerá la patria potestad de los hijos de la unión anterior”.

A los anteriores artículos debemos añadirle el artículo 447⁷⁸⁹ del CCDF, el cual prevé las causas de suspensión de la patria potestad. En este sentido señala que

la patria potestad se suspende: I. Por incapacidad declarada judicialmente; II. Por la ausencia declarada en forma; III. Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la ley general de salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos sicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que éste sea al menor; y IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión. V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consaguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado. VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente. VII. En los casos y mientras dure la tutela de los menores en situación de desamparo de acuerdo a lo dispuesto en el presente Código y del artículo del 902 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.⁷⁹⁰

⁷⁸⁷ Competencia 115/49. Suscitada entre los jueces Cuarto de lo Civil del Distrito Federal y Segundo de Primera Instancia de Coahuila de Zaragoza, Veracruz, 13 de febrero de 1951.

⁷⁸⁸ El artículo 445 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la república en materia federal señalaba que “la madre o abuela que pase a segundas nupcias, no pierde por este hecho la patria potestad”.

⁷⁸⁹ El artículo 447 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la república en materia federal señalaba que “la patria potestad se suspende: I. Por incapacidad declarada judicialmente; II. Por la ausencia declarada en forma; III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión”.

⁷⁹⁰ Amparo directo 5596/78; amparo civil, revisión del incidente de suspensión 4884/50.

Este artículo debe contextualizarse con el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, en concreto el artículo 73 bis,⁷⁹¹ el artículo 114,⁷⁹² el artículo 941 bis⁷⁹³ y el artículo 941 ter.⁷⁹⁴ Igualmente debemos contextualizar estas afirmaciones con la figura de la sustracción de menores que se

791 “Los jueces de lo familiar, respecto a la convivencia de menores, podrán emplear: I. Arresto hasta por 36 horas. II. La reiteración inmediata de no permitir la convivencia de quien ejerza la custodia del menor, dará lugar a la intervención del c. agente del Ministerio Público, para el ejercicio de la acción correspondiente”. El artículo segundo del decreto de reforma publicado el 2 de febrero de 2007 señala que se deroga este artículo; sin embargo, en el texto de la reforma no hay ninguna indicación.

792 “Será notificado personalmente en el domicilio señalado por los litigantes: VII. Para el supuesto de que dicha diligencia se refiera a entrega de menor, la misma se practicará en el lugar en donde reside el requerido”.

793 “Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes. En la sesión donde sean escuchados los menores deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo. Para que tenga verificativo la audiencia respectiva el juez de lo familiar tomará en consideración la programación de audiencias que tenga la institución. Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el juez y el Ministerio Público adscrito. El juez de lo familiar oyendo la opinión del representante social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad. A falta o imposibilidad de los progenitores para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil. Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor. Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia. El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73 de este ordenamiento”.

794 “El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el juez, diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades. Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando éstos ya acudan a centros educativos. El juez de lo familiar, antes de regular el derecho de convivencia de manera provisional, deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance para decidir bajo el principio del interés superior del menor. En especial valorará el hecho de que una de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, pudiendo solicitar valoración sicoemocional que determine si existen síntomas en el menor, de haber vivido cualquier tipo de violencia familiar, ya sea psicológica, física o sexual, independientemente de que exista o no indagatoria al respecto, a fin de proteger la integridad física y psicológica de los hijos. En caso de duda, y para salvaguarda de los hijos menores de edad o incapaces, deberá ordenar que las convivencias se realicen en los centros e instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento. Las convivencias de manera

prevé en Baja California (artículo 237 a 237 ter), Sonora (artículo 301 F) y Guerrero (artículos 190 y 190 bis).

Por su parte, el artículo 448 del CCDF dispone que: “la patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse: I. Cuando tengan sesenta años cumplidos; II. Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño”. En este sentido, Jiménez García señala que su característica de no renunciable es la nota fundamental de esta figura desde que el papel de padre o madre no puede ser por ningún motivo objeto de renuncia.⁷⁹⁵ A la característica de la irrenunciabilidad tenemos que añadir que es intrasmisible e imprescriptible.

VI. RESIDENCIA HABITUAL

Uno de los conceptos que deben ser examinados necesariamente al abordar la parte civil de la sustracción de un menor de edad es “residencia habitual”. Por sus implicaciones, sus múltiples funciones, sus confusas interpretaciones y definiciones, es que consideramos que no podemos pasar de puntillas por este término, el cual amerita, al menos, un intento de definición, delimitación y diseño. Este criterio va de la mano, formando un necesario tándem con el principio del “interés superior del menor”.

El primer esfuerzo que debemos hacer es buscar una definición, o al menos unos parámetros. Debemos partir de afirmar que aun cuando estamos ante un concepto fundamental en la configuración de la sustracción éste se encuentra indefinido en los convenios internacionales que abordan esta materia, dando paso a una relatividad nacional de soluciones. Es por ello que, a tenor de ambos instrumentos convencionales, el concepto de “residencia habitual” se determinará conforme a la norma material del ordenamiento jurídico del Estado que en concreto esté conociendo del proceso restitutorio. Estamos, en ambos convenios, ante una técnica de reglamentación indirecta, la cual conduce irremediablemente a una interesante y compleja relatividad de soluciones. Es así que cada Estado definirá y dibujará los contornos que deben acompañar a la determinación de la residencia habitual del menor.

La destacada falta de definición en los convenios internacionales consideramos que trae una carga de beneficios así como de desventajas que no cabe desconocer. Entre las ventajas destacamos que es un concepto que se

provisional no se otorgarán por el juez de lo familiar cuando exista peligro para la integridad física, sexual y psicológica de los hijos menores de edad”.

⁷⁹⁵ Jiménez García, J. F., “La patria potestad. Su actual concepción en el Código Civil para el Distrito Federal”, *cit.*, p. 3.

irá adecuando a las nuevas realidades y demandas sociales; se irá adaptando y redefiniendo en cada caso y en cada época, permitiendo que el convenio en el que está inserto no quede obsoleto rápidamente y superado con nuevas concepciones que puedan llegar a surgir. Así, facilita la adaptación de este concepto a cada contexto normativo-social. Estamos convencidos que esta falta de conceptualización fue dolosa, esto es, con el propósito de no interferir en la negociación y futura entrada en vigor de los instrumentos convencionales. Por otro lado, como desventaja no cabe desconocer que genera una inseguridad jurídica motivada por esa relatividad nacional de soluciones; cada Estado tendrá plazos y condiciones para la configuración de la residencia habitual que puede generar soluciones desiguales en casos de parecido tenor.⁷⁹⁶ Por lo anterior, se observa que esta ausencia no está exenta de críticas doctrinales.⁷⁹⁷

Como consecuencia estimamos que implica un renvío al concepto que cada uno de los Estados implicados tiene en su norma civil, material, de “residencia habitual”; de tal suerte que estaremos a lo que cada Estado disponga para la determinación legal de este concepto.

Siguiendo la definición ofrecida en el *Diccionario de derecho civil* afirmamos que “residencia” es el

lugar donde la persona vive pero no con la intención de radicarse. Para que haya domicilio la residencia debe ser habitual. El anterior concepto no da idea de permanencia. El Código Civil al definir el domicilio habla de la residencia como op-

⁷⁹⁶ Gómez Bengoechea, citando a Espinar Vicente y al comentario a la sentencia 604/1998 de la Primera Sala del Tribunal Supremo, señala que “en nuestro ordenamiento jurídico son necesarios al menos dos años para ser considerado residente, y se necesitan también dos años para perder esa condición, así como, por ejemplo, son necesarios dos años de residencia en España para poder formalizar una adopción ante el cónsul de nuestro país, por lo que considera que es éste un plazo adecuado para afirmar que la residencia de un menor ha quedado establecida en un determinado lugar. Este criterio es discutible, ya que los plazos de los que habla Espinar Vicente no son los necesarios, por ejemplo, para la adquisición de la residencia en nuestro derecho de extranjería, y el paso del tiempo no parece un argumento suficiente para certificar la adquisición de la residencia habitual cuando, como se acaba de mencionar, ésta supone la existencia de ciertos vínculos personales y afectivos”; véase Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., p. 69.

⁷⁹⁷ En este sentido afirma Dreyzin de Klor que “lamentablemente, la convención no define qué debe entenderse por residencia habitual. Estimamos no equivocarnos al afirmar que el sentido que inspira la conexión es la presencia efectiva del menor en un Estado o aplicar al vocablo la definición que proporciona el convenio bilateral argentino-uruguayo, es decir, que residencia habitual se emplea en el sentido de centro de vida de menor”. Cfr., Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias*, cit., p. 46.

ción para las personas que no cuentan con domicilio, y proporciona esta opción en tercer lugar. Es un concepto restringido de domicilio.⁷⁹⁸

En el plano normativo para suplir la ausencia conceptual de los convenios de sustracción podemos acudir a instrumentos de carácter general y así tener presente, y como referente, la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas, por un lado.⁷⁹⁹ A nivel local, por otro lado, y en el contexto mexicano, debemos tener presente al artículo 29⁸⁰⁰ del Código Civil del Distrito Federal así como a sus correlativos en los distintos códigos civiles de las entidades federativas y del federal.

A pesar de esta falta de definición podemos apoyarnos en ciertos parámetros, los cuales se cifran en la sentencia del “Oberlandesgericht” de Stuttgart de 23 de junio de 1975 respecto a la aplicación del Convenio de La Haya sobre Protección de Menores de 1961.⁸⁰¹ Esta solución presenta un carácter meramente orientativo, unos criterios inspiradores de la consolidación de la

⁷⁹⁸ Véase Bustos Rodríguez, M. B., *Diccionario de derecho civil*, cit., p. 120.

⁷⁹⁹ Artículo 1o.: “La presente Convención regula las normas uniformes que rigen el domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado”. Artículo 2o.: “El domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias: 1. El lugar de la residencia habitual; 2. El lugar del centro principal de sus negocios; 3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; 4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare”. Artículo 3o.: “El domicilio de las personas incapaces será el de sus representantes legales, excepto en el caso de abandono de aquéllos por dichos representantes, caso en el cual seguirá rigiendo el domicilio anterior”. Artículo 4o.: “El domicilio de los cónyuges será aquel en el cual éstos vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 2o.”. Artículo 5o.: “El domicilio de los funcionarios diplomáticos será el último que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante. El de las personas físicas que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su gobierno, será el del Estado que los designó”. Artículo 6o.: “Cuando una persona tenga domicilio en dos Estados parte se la considerará domiciliada en aquel donde tenga la simple residencia y si la tuviere en ambos se preferirá el lugar donde se encontrare”.

⁸⁰⁰ Artículo 29: “El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren. Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses”.

⁸⁰¹ Se nos ofrece el siguiente extracto de esta sentencia: “Por residencia habitual del menor hay que entender una situación efectivamente existente, creada 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 en el medio; las relaciones de tipo provisional aún no establecidas sólidamente no son suficientes; la residencia debe haber durado cierto tiempo o haberse proyectado para un periodo de cierta duración”, Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la*

“residencia habitual”, pero que puesto en práctica y aplicado a la vida real no facilita mucho la solución al no ofrecer un plazo de tiempo para consolidar la residencia habitual.

Otro sector acude a la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa, y en este sentido dispone que

a este respecto resulta muy gráfica la noción ofrecida por la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa “para la unificación de los conceptos de domicilio y de residencia” de 18 de enero de 1972 cuyos núms. 7 y 9 vienen a señalar que la residencia se determina con base en criterios de hecho y no en función de una autorización de residencia y para determinar su habitualidad habrá de tenerse en cuenta su duración, su continuidad y cualquier otro hecho que revele lazos estables entre una persona y un lugar.⁸⁰²

Un criterio orientativo que podemos tener en cuenta para este concepto lo podemos extraer de la jurisprudencia: “DOMICILIO. Los elementos principales para determinar el domicilio son: la residencia constante, el asiento principal de los negocios, unidos a la voluntad de permanecer en el lugar en que reside”.⁸⁰³ De lo anterior se infiere que la residencia habitual es un requisito para tener domicilio, constituyéndose el domicilio en un criterio más estable que la residencia habitual.

De la suma de las ideas expuestas podemos determinar que la residencia habitual puede concretarse de manera exacta señalando que es donde el menor ha estado residiendo por seis meses, o bien, puede señalarse de forma tentativa que es donde el menor ha sido trasladado con el objetivo primordial de residir o donde el menor tiene su “centro de vida”. Cuestión distinta es la residencia y la habitación. Por habitación entendemos que es algo ac-

sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980, cit., p. 69.

⁸⁰² Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres, cit.*, p. 82.

⁸⁰³ Quinta época, t. V, p. 596. Competencia positiva, en materia civil. Suscitada entre los jueces, de primera instancia de Tampico, Tamaulipas y de Pánuco, Veracruz, 7 de octubre de 1919. Mayoría de nueve votos. Competencia en materia civil 161/28. Suscitada entre los jueces de primera instancia de Tulancingo, Hgo. y noveno de lo civil de México, 18 de junio de 1928. Unanimidad de ocho votos. Competencia en materia civil 76/28. Suscitada entre los jueces de San Cristóbal de Las Casas, Chiapas, y sexto de lo civil de México, 27 de agosto de 1928. Unanimidad de nueve votos. Competencia 22/29. Suscitada entre los jueces segundo de distrito del Distrito Federal y mixto de primera instancia del distrito judicial de Pánuco, Veracruz. 13 de enero de 1930. Mayoría de doce votos, t. XXVIII, p. 2265. Competencia entre los jueces primero de distrito de Tamaulipas y de primera instancia de Pánuco, Veracruz, 10 de marzo de 1930, el precepto actual del Código Civil, relativo al domicilio, sólo contempla el elemento objetivo.

cidental, anecdótico o puntual; en cambio, “por ‘lugar de residencia’ no hay que entender el domicilio legal o lugar donde vive habitualmente el menor, sino que se comprenden también los sitios en donde se encuentre con autorización de quien tiene su guarda o custodia. Por ejemplo, el colegio, la casa de un amigo, etcétera”.⁸⁰⁴

Entendemos que el concepto de residencia habitual del menor está integrado por dos factores *cumulativos*: un factor material (el tiempo de permanencia en un territorio)⁸⁰⁵ y, un elemento volitivo (la voluntad de permanecer en él). Jiménez Blanco señala que

puede considerarse que se tiene la residencia habitual en un Estado, a pesar de que la estancia todavía haya sido relativamente breve, pero constan elementos suficientes para entender que se va a permanecer en él; del mismo modo puede entenderse que se conserva la residencia habitual en un Estado, a pesar de la presencia física en otro, si ésta se ha planteado como una estancia temporal. En este sentido, un ejemplo especialmente claro se produciría cuando el menor se encuentra, por ejemplo, temporalmente en un Estado en cumplimiento de un derecho de visita. En estos casos, ni el menor tiene su residencia habitual en ese Estado, ni por tanto, serían competentes sobre la base de este foro sus tribunales, evitándose con ello la “consolidación” de un foro de competencia que, posteriormente, sirviera para legitimar un supuesto de retención ilícita.⁸⁰⁶

Afirmamos que ambos criterios (material y volitivo) no pueden considerarse criterios rígidos que nos expongan a un riesgo altamente reprochable, a saber, que se cree una “residencia habitual” artificial o meramente jurídica,

⁸⁰⁴ Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español, parte especial, cit.*, p. 433.

⁸⁰⁵ Para Uriondo y Cruz, en el contexto argentino, señalan que “la residencia del menor debe ser ‘habitual’, es decir, con vocación de permanencia en el lugar, porque si es temporal (por ejemplo durante unas vacaciones) sólo es residencia; y si es accidental, estamos en presencia de la habitación”; véase Uriondo de Martinoli, A. y Cruz Pereyra, L., “Residencia habitual del niño o su centro de vida. ¿*Forum conveniens* o *non conveniens*?”, en Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *La restitución internacional de la niñez*, México, Porrúa, 2011, p. 152.

⁸⁰⁶ Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores, cit.*, pp. 27-35. En este sentido sostiene esta autora que “En determinados supuestos de traslados de menores a terceros Estados, con los que no existe ningún instrumento convencional en la materia, puede resultar útil una interpretación amplia del foro de la residencia habitual del Estado de origen. El mantenimiento de la competencia judicial de los tribunales de origen en los casos de sustracción internacional, a pesar de que físicamente el menor no se encuentre en el territorio del Estado cuyos tribunales van a conocer, es consecuente con la garantía de tutela judicial y con el desincentivo de las sustracciones. Reafirman la dosis de “legalidad” existente en un concepto aparentemente fáctico como es el de la “residencia habitual” cuando se ha producido un traslado ilícito de un menor”.

la cual no se corresponda con la vinculación real del niño a un Estado, a su centro de vida.⁸⁰⁷

Teniendo como referente el Informe Explicativo de este instrumento convencional, elaborado por la profesora Elisa Pérez Vera,⁸⁰⁸ se señala que es

un concepto de hecho y distinto al concepto de domicilio, y que se ha elegido como “criterio determinante de la legalidad de la situación trasgredida por la sustracción”. Es el desplazamiento fuera del lugar donde se tiene la residencia habitual el que marca el inicio de la situación ilícita, y es el juez de la residencia habitual del menor ante el que se considera, por los Estados firmantes del Convenio, que deben plantearse cuestiones relativas a la guarda y custodia o las visitas del menor sustraído. Esta consideración es una de las que lleva a poner en marcha todo un proceso de restitución rápida del menor a su lugar de residencia. Así, resulta fácil comprender la importancia de definir de forma adecuada qué se entiende por “residencia habitual del menor”.⁸⁰⁹

En este contexto se entiende que

los tribunales han considerado, en algún caso, residencia habitual del niño el lugar de residencia en el momento en el que se produjo la sustracción... Ante esta situación se pone de manifiesto que es preciso valorar si efectivamente el niño había adquirido ya como residencia habitual ese lugar, si se había perdido la residencia habitual anterior y, por tanto, se había adquirido ya una nueva; entendiéndose siempre que para que cambie la residencia habitual del menor es preciso que se establezcan nuevos lazos sociales, vínculos escolares y afectivos, etcétera. Se mencionan también dificultades en este ámbito en los casos en los que existen acuerdos de custodia compartida. Estos acuerdos pueden dar problemas cuando establecen cuál se considerará residencia habitual del niño, de forma que se pretende que esta determinación resulte vinculante para los tribunales encargados de decidir sobre su entorno en el caso de que se produzca una sustracción o no devolución del niño una vez cumplido el plazo acordado. En este caso, la Comisión concluye que las partes no están legitimadas para fijar como residencia habitual del niño un lugar diferente a aquel que lo es tácitamente, y que esta determinación en ningún caso vincula a los tribunales.⁸¹⁰

⁸⁰⁷ *Ibidem*, p. 36.

⁸⁰⁸ Se afirma en la *Guía de buenas prácticas*, segunda parte, “Medidas de aplicación”, p. 48, pfo. 8.1, que “El papel principal del Informe Pérez-Vera es proporcionar una clarificación en cuanto a los objetivos de las disposiciones del Convenio”.

⁸⁰⁹ Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., pp. 66 y 67.

⁸¹⁰ *Ibidem*, p. 68.

En otro orden de ideas podemos mencionar que este concepto juega múltiples papeles en la sustracción de un menor:

En primer lugar, funge como criterio aplicativo, en concreto como ámbito de aplicación espacial, para ambas convenciones (artículo 4o. del Convenio de La Haya y artículo 1o. de la Convención Interamericana). Así, en el contexto de este instrumento, la residencia habitual “es básica a la hora de hacer una aplicación correcta del Convenio”.⁸¹¹

En segundo lugar, juega como criterio atributivo de la competencia judicial civil internacional (artículo 6o. de la Convención Interamericana) con un doble efecto (derogatorio y atributivo). En este contexto se anota que:

De hecho, ésta [la residencia habitual] condiciona la competencia de los tribunales del Estado de origen, al incidir en cuándo y cómo el menor pierde su residencia en dicho Estado con “efectos derogatorios” de competencia, y, por consiguiente, también condiciona la competencia de los tribunales del Estado de la sustracción, al incidir en cuándo y cómo el menor adquiere su residencia en este último Estado con “efectos atributivos” de competencia.⁸¹²

La determinación de fijar la competencia del tribunal de la residencia habitual como criterio que marca la predeterminación legal de la competencia en casos de sustracción internacional de menores, entendemos que conlleva una seguridad jurídica para el actor, que no cabe más que alabar; es por ello que el dilema entre el *forum conveniens* o el *forum non conveniens* no tiene demasiada cabida desde que lo importante es la seguridad jurídica que se debe brindar en un supuesto de sustracción internacional de menores donde el actor debe saber de antemano quién es el juez nacional que se declarará con competencia internacional para conocer, exclusivamente, de su proceso restitutorio. Así, alabamos la solución adoptada por el Convenio Interamericano, en su artículo 6o., al fijar, como regla general, la residencia habitual del menor; una posición que nos parece más plausible que la elegida por el Convenio de La Haya de 1996 sobre responsabilidad parental y medidas de protección de la minoridad al recoger en los artículos 8o. y 9o. la posibilidad de que el juez altere la regla general de competencia, cuando así lo aconseje el “interés superior del menor”. Esta opción, entendemos que

⁸¹¹ *Ibidem*, p. 66.

⁸¹² Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, *cit.*, pp. 27 y 28. Uriondo y Cruz tampoco desconocen que este criterio “actúa tanto para conectar juez como para conectar derecho”; Uriondo de Martinoli, A. y Cruz Pereyra, L., “Residencia habitual del niño o su centro de vida”, *cit.*, p. 142.

supone un cúmulo de dos cheques en blanco que dejan amplio margen de actuación al juez.⁸¹³

En tercer lugar, sirve como criterio para establecer la internacionalidad del supuesto; así, el cambio de residencia a otro Estado le da la internacionalidad necesaria para que ambas convenciones mencionadas sean aplicables al supuesto de hecho concreto. Debemos mencionar que la internacionalidad del caso viene por la implicación de dos Estados, los cuales intervienen interpretando distintos papeles, a saber, el Estado de origen en cuyo territorio el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de la sustracción, y el Estado de destino o refugio del menor. Siguiendo a Pereznieto y Silva Silva

la sustracción de menores consiste en el caso de un menor que se encontraba en un Estado y fue trasladado ilícitamente a otro país. Pensemos aquí en el “secuestro”, la retención de menores hace referencia al menor que está en un país al que fue trasladado de manera legal, pero es retenido ilegalmente. Pensemos aquí en el ejemplo del menor que con el consentimiento de su madre, fue trasladado al extranjero para visitar a su padre, pero éste lo retiene más allá del plazo previsto

⁸¹³ Artículo 8o.: “1. Excepcionalmente, si la autoridad del Estado contratante competente según los artículos 5o. ó 6o., considera que la autoridad de otro Estado contratante está en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, puede solicitar a esta autoridad, directamente o con la colaboración de la autoridad central de este Estado, que acepte la competencia para adoptar las medidas de protección que estime necesarias, o suspender la decisión sobre el caso e invitar a las partes a presentar la demanda ante la autoridad de este otro Estado. 2. Los Estados contratantes cuya autoridad puede ser requerida en las condiciones previstas en el apartado precedente son: a) un Estado del que el niño posea la nacionalidad; b) un Estado en que estén situados bienes del niño; c) un Estado en el que se esté conociendo de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres del niño o de anulación de su matrimonio; d) un Estado con el que el niño mantenga algún vínculo estrecho. 3. Las autoridades interesadas pueden proceder a un intercambio de opiniones. 4. La autoridad requerida en las condiciones previstas en el apartado primero puede aceptar la competencia, en lugar de la autoridad competente según los artículos 5o. ó 6o., si considera que ello responde al interés superior del niño”. Artículo 9o.: “1. Si las autoridades de los Estados contratantes mencionados en el artículo 8o., apartado 2, consideran que están en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, pueden ya sea solicitar a la autoridad competente del Estado contratante de la residencia habitual del niño, directamente o con la cooperación de la autoridad central de este Estado, que les permita ejercer su competencia para adoptar las medidas de protección que estimen necesarias, o ya sea invitar a las partes a presentar dicha petición ante las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño. 2. Las autoridades interesadas pueden proceder a un intercambio de opiniones. 3. La autoridad de origen de la solicitud sólo puede ejercer su competencia en lugar de la autoridad del Estado contratante de la residencia *habitual* del niño si esta autoridad ha aceptado la petición”.

en el permiso otorgado. Como el padre sólo tenía derecho a la visita, la retención se convierte en un acto ilícito.⁸¹⁴

De conformidad con el Informe Explicativo

...el carácter internacional resulta de una situación de hecho, es decir, de la dispersión de los miembros de una familia por distintos países. Una situación puramente interna en el momento de su nacimiento puede por tanto caer dentro del ámbito de aplicación del Convenio por el hecho, por ejemplo, de que uno de los miembros de la familia se haya trasladado al extranjero con el menor o del deseo de ejercer un derecho de visita en otro país en el que resida la persona que pretende tener dicho derecho. Por el contrario, la diferencia de nacionalidad de las personas afectadas no implica necesariamente que se esté ante un caso internacional al que deba aplicar el Convenio aunque se trata de un indicio claro de una posible internacionalización, en el sentido en el que se ha descrito.⁸¹⁵

La característica nacional o internacional de la sustracción es ciertamente relevante desde que ello dará la pauta para la determinación del cuerpo normativo que se aplicará. Así, la sustracción internacional de un menor debe buscar su solución, en primer término, en el contenido de los convenios internacionales firmados y ratificados por México, concretamente el instrumento Interamericano y el de La Haya; ahora bien, en caso de no ajustarse, actualizarse, los tres ámbitos de aplicación de estos instrumentos internacionales (el ámbito de aplicación material-personal, temporal y espacial) respecto del supuesto de hecho concreto, debemos buscar la solución en la normativa autónoma, local, de génesis interna, mexicana que regula esta figura. Marcamos así un *iter* normativo que no coincide cuando la sustracción del menor se despliega únicamente en la cancha nacional. Así, si bien la sustracción nacional y la internacional convergen en la problemática social que abordan, divergen en los cuerpos normativos a los que acude para combatirla. Por ello, es fundamental ver hacia dónde se desplaza la residencia habitual del menor de edad; si ésta es de una entidad federativa a otra o al Distrito Federal, los cuerpos normativos que se apliquen serán los de origen interno; si por el contrario el cambio de residencia habitual es de un Estado (México) a otro (por ejemplo, España), los cuerpos normativos serán, en principio, los de origen internacional y, en caso de no poder aplicarse, entonces se recurrirá a los cuerpos de origen interno.

⁸¹⁴ Perezniето Castro, L. y Silva Silva, J. A., *Derecho internacional privado, parte especial, cit.*, p. 188.

⁸¹⁵ www.hcc.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf, pfo. 56.

En cuarto lugar la residencia habitual sirve como criterio para determinar la ilicitud del traslado del menor de edad de un Estado a otro; como ejemplo podemos mencionar el artículo 3o. del Convenio Interamericano, el cual dispone que

el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su *residencia habitual* inmediatamente antes de su traslado o retención.

De igual contenido encontramos el artículo 3o. del Convenio de La Haya.⁸¹⁶ Es así que la residencia habitual del menor juega un papel primordial por ser el punto de partida para declarar la licitud o ilicitud de la sustracción del menor.

Como quinta función la residencia garantiza el mantenimiento del *status quo* del menor respecto a su situación anterior en tres aspectos importantes: a) el respeto a los derechos de guarda/custodia-visita/contacto/convivencia prestables en una orden judicial emitida por el tribunal de la última residencia habitual del menor; b) la defensa de la competencia predeterminada naturalmente a favor del juez de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior a su traslado ilícito.⁸¹⁷ Al hilo de esta afirmación observamos que uno de los miedos que se reflejan en la restitución internacional es la alteración de la competencia atribuida de manera “natural” a los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor, así como la eventual legalización de la sustracción en el Estado donde ha sido trasladado el menor. Es por ello que: “en caso de traslado ilícito, la integración del menor en el Estado de la sustracción no se cumplirá automáticamente y no se valorará con-

⁸¹⁶ Artículo 3o.: “El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su *residencia habitual* inmediatamente antes de su traslado o retención”.

⁸¹⁷ Se afirma que “desde la perspectiva de los convenios citados, la determinación de la residencia habitual ejerce una función decisiva para el reconocimiento de la custodia y derecho de relación transfronteriza. Este criterio ampliamente reconocido en el derecho comparado alcanza tanto para la determinación de la competencia y la ley aplicable en materia de protección de derechos de la patria potestad y del interés del niño”, Lucero, M. D. y Echeagaray de Maussion, C. E., “El derecho de custodia (artículo 5o. CH de 1980)”, en Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *La restitución internacional de la niñez*, cit., p. 115.

forme a los criterios generales”.⁸¹⁸ Así, “la idea clave gira en torno a que el autor del desplazamiento no aproveche su actuación para conseguir un cambio de competencia”.⁸¹⁹ Ahora bien, lo anterior no impide que si el traslado se alarga en el tiempo las autoridades de la “nueva residencia” del menor deban declararse competentes para tomar medidas de protección. El cambio de la competencia a favor de las autoridades del Estado al que el menor ha sido trasladado puede ser conveniente en orden a considerar y contextualizar el nacimiento de nuevas necesidades del menor como consecuencia de la prolongación temporal de la sustracción,⁸²⁰ y c) el mantenimiento de una igualdad procesal entre las partes implicadas en este supuesto de hecho, la cual se consigue al impedir que el progenitor cuyo derecho de guarda/custodia o visita/convivencia ha sido vulnerado quede en una situación de desventaja. En este contexto se afirma que se

introduce un criterio de competencia que garantiza el equilibrio procesal entre los progenitores... Garantiza, en principio... la participación en el proceso de todas las partes afectadas por la decisión sobre la custodia del menor y un equilibrio procesal entre ellas, de manera que la sustracción internacional no otorgue ventajas evidentes al secuestrador frente al otro progenitor.⁸²¹

La importancia que adquiere el concepto de la residencia habitual, como conexión primoridal,⁸²² es inversamente proporcional al concepto de la nacionalidad de las partes. Es así que, una vez más constatamos que la nacionalidad no es un criterio actual, sino un punto de conexión superado, rancio y obsoleto, que de poco o nada sirve para otorgar el carácter de internacionalidad a una sustracción o para determinar que se materializó esta figura jurídica. Por ello afirmamos que esta figura se origina cuando un sujeto, con absoluta independencia de su nacionalidad, traslada a un menor de un país a otro con infracción de lo decretado judicialmente o acordado bilateralmente.⁸²³ En tal virtud, una de las cuestiones que se plantea el DIPr consiste en

⁸¹⁸ Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, cit., p. 17.

⁸¹⁹ Herranz Ballesteros, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, cit., p. 102.

⁸²⁰ *Ibidem*, p. 107.

⁸²¹ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

⁸²² Lucero, M. D. y Echegaray de Maussion, C. E., “El derecho de custodia (artículo 5o. CH de 1980)”, cit., p. 115.

⁸²³ Calvo Caravaca, A. L. et al., *Derecho de familia internacional*, cit., p. 357. Estos autores señalan que “el ‘secuestro internacional de menores’ es un problema social. Es, por des-

determinar la idoneidad de la “residencia habitual” como criterio competencial y conflictual, con el correlativo desplazamiento y obsolescencia del concepto de la nacionalidad. La respuesta que ofrecemos es que la cercanía y contextualización de las necesidades del menor en el punto geográfico materializado en su residencia habitual convierte a este tribunal (foro) y a su norma material (*ius*), en el más idóneo.

Por lo que hace al foro, se afirma que

el criterio de la residencia habitual del menor ha ido imponiéndose como foro común de competencia judicial internacional en materia de protección de menores, tanto en derecho comparado como en los instrumentos convencionales e institucionales, al tiempo que está implícito, como se ha venido reconociendo doctrinal y jurisprudencialmente, en el CH 1980.⁸²⁴

Es por ello que la declaración de competencia por parte del tribunal de la residencia habitual del menor constituye un foro neutral, próximo y razonable que permite dar nacimiento al “foro de protección”, asegurando el reconocimiento y la ejecución de todo pronunciamiento emitido por este tribunal en un tercer Estado. Las ventajas que ofrece el punto de conexión “residencia habitual” pueden resumirse en dos: proximidad y realismo.⁸²⁵ Sin duda el foro de la residencia habitual del menor es el mejor posicionado para conocer del contexto en el que se encuentra el menor; representa su centro vital y más próximo, lo que las sitúa en un plano preferencial.⁸²⁶

Respecto al *ius*, entendemos que la aplicación de la norma material (orientada) de la residencia habitual del menor asegura una respuesta próxima y contextualizada a su entorno. En este orden expositivo, la doctrina es unánime a la hora de afirmar la cercanía que refleja la residencia habitual del menor; es así que se afirma que

gracia, un fenómeno cada vez más frecuente en todo el mundo desde los años setenta. Estos casos han alcanzado relevancia periodística por su politización”, p. 357.

⁸²⁴ Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, cit., pp. 27 y 28.

⁸²⁵ Como se afirma por González Pedrouzo, “se trata de una conexión que viene a quebrar la tradicional disyuntiva entre nacionalidad (adoptada principalmente por los países europeos) y domicilio (elegida en general por los Estados americanos)... se revela como el lugar en el que aquél se encuentra efectivamente, reflejando la realidad de su situación, que puede tener muy poco que ver con el Estado del que es nacional o aquél en el que tiene su domicilio legal (que es el de sus representantes legales)”. González Pedrouzo, C., “Aproximación al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, cit., p. 21.

⁸²⁶ Calvo Caravaca, A. L. et al., *Derecho de familia internacional*, cit., p. 363.

las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor son las encargadas de resolver acerca de su interés. El *Convenio sobre Secuestro de 1980*, establece la competencia de las autoridades del Estado al que ha sido trasladado el menor para decidir sobre su devolución o permanencia en el mismo pero no podrán entrar en el fondo del asunto. Por tanto, serán las autoridades de la residencia habitual del menor las que, tras su devolución, determinarán su suerte de acuerdo con su ley interna.⁸²⁷

En definitiva supone una “solución notoriamente más adecuada y tuitiva de la protección de los niños que el domicilio legal”.⁸²⁸ Por lo anterior entendemos que debe existir una necesaria y absoluta correlación entre el foro y el *ius* en esta materia; representada esta continuidad por el punto de conexión de la residencia habitual del menor.

La afirmación de que la residencia habitual es el mejor criterio tanto para atribuir la competencia judicial civil internacional como para el señalamiento de la normativa material aplicable, radica principalmente en los siguientes parámetros: a) su fácil determinación al ser un criterio de carácter fáctico, de sencilla comprobación. En este sentido se afirma que “de acuerdo con el Convenio de La Haya, la residencia habitual es una cuestión puramente fáctica, y la interpretación de este concepto no debe hacerse referida a ninguna ley estatal, sino siempre desde un contexto y punto de vista internacional y de acuerdo con el espíritu del Convenio”.⁸²⁹ Ahora bien, no cabe desconocer que “nos encontramos ante un concepto, el de la residencia habitual, que se enmarca en el puro ámbito de los hechos, sin las connotaciones jurídicas que puede suponer, por ejemplo, la determinación del domicilio”;⁸³⁰ b) su proximidad se traduce, en términos procesales, en la exclusión de ejecutar la decisión sobre la guarda/custodia-visita/convivencia en un tercer Estado;

⁸²⁷ Herranz Ballesteros, M., *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 99 y 100.

⁸²⁸ Cfr. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias*, cit., p. 46; quien afirma que “la solución es correcta ya que de otro modo, puede ocurrir que un niño incorporado efectivamente a una sociedad en la que está formado, resulte ajeno a ella desde el punto de vista jurídico”.

⁸²⁹ Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., p. 68. En parecidos términos se pronuncian Uriondo y Cruz al señalar que “es un criterio de conexión sociológico, a diferencia del domicilio, que es de carácter normativo, y el “centro de vida del menor”, está referido, también, a una situación de hecho que alude al centro de gravedad de la vida del menor”, Uriondo de Martinoli, A. y Cruz Pereyra, L., “Residencia habitual del niño o su centro de vida...”, cit., p. 141.

⁸³⁰ Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., p. 82.

c) la residencia habitual se convierte en su “centro de interés vital”⁸³¹ por ser el medio geográfico donde el menor se encuentra más integrado; así, ese tribunal es el mejor posicionado para conocer sobre cualquier modificación en los derechos de familia asignados. Es así que se ha sostenido que “De este modo, la ‘licitud/ilicitud’ en el cambio de la residencia se convierte en un elemento cualificado para establecer si con el traslado del menor se ha producido una sustracción y, en caso afirmativo, conservar el criterio de competencia de los tribunales de la residencia habitual anterior”.⁸³² Por lo anterior y con carácter general “puede establecerse que los recaudos de permanencia, estabilidad, y dependencia de lazos familiares y sociales encuentran elementos de identificación de la residencia habitual”.⁸³³

En otro orden de ideas queremos mencionar que el concepto de “residencia habitual” no sólo adquiere plena importancia y aplicabilidad en los convenios que *ratione materiae* tratan la sustracción de menores, al contrario, son muchos los convenios internacionales que al proteger al menor, recurren como criterio atributivo de competencia, o bien, punto de conexión de la norma de conflicto o criterio de aplicación espacial a este concepto:

a) Convención Interamericana sobre Obtención de Obligaciones Alimentarias: artículo 8o. como normativa competencial “Serán competentes en la esfera internacional para conocer de las reclamaciones alimentarias, a opción del acreedor: a. El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la *residencia habitual del acreedor*; b. El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la *residencia habitual del deudor*...”. Artículo 6o. como norma de conflicto:

Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor: a. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la *residencia habitual del acreedor*; b. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la *residencia habitual del deudor*.

⁸³¹ Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, cit., p. 35, y Uriondo y Cruz quienes señalan que “consideramos que será la *lex fori* del lugar de la residencia del menor, la encargada de proporcionar la respuesta, pues se deberá consultar el criterio vigente en el Estado donde la medida deba ejecutarse o surtir efectos, de modo de asegurar la ‘efectividad’ de las decisiones judiciales”, Uriondo de Martinoli, A. y Cruz Pereyra, L., “Residencia habitual del niño o su centro de vida”, cit., p. 154.

⁸³² Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, cit., pp. 27-34.

⁸³³ Lucero, M. D. y Echegaray de Maussion, C. E., “El derecho de custodia (artículo 5o. CH de 1980)”, cit., p. 115.

b) Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción: artículo 15 como norma competencial “serán competentes en el otorgamiento de las adopciones a que se refiere esta Convención las autoridades del Estado de la *residencia habitual del adoptado*”. Artículo 3o. como norma conflictual “La ley de la *residencia habitual del menor* regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo”.

c) Convención sobre la Protección de Menores y Cooperación en materia de Adopción Internacional de Menores: artículo 2.1 (ámbito de aplicación espacial):

El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”), ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.

Artículo 4o. (norma determinante de las condiciones exigidas para la adopción):

Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen: a) han establecido que el niño es adoptable; b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño...

En este rubro queremos resaltar el desfase que existe entre las convenciones internacionales en materia de adopción de menores ratificada por México y la normativa civil de origen interno mexicano donde la adopción internacional o por extranjeros pasa por el concepto de la nacionalidad. Como muestra resaltamos el artículo 433 E del Código Civil del Estado de Aguascalientes,⁸³⁴ el cual determina como adopción internacional que sea

⁸³⁴ Adopción internacional: Baja California (artículo 404); Campeche (artículo 426 J-426 M); Coahuila (artículo 511); Colima (artículos 410 Q a Y); Chiapas (artículos 405 y 405 bis); Chihuahua (artículo 387); Distrito Federal (artículos 410 E y 410 F); Durango (artículos 405 D a H); Guanajuato (artículo 464 K); Jalisco (artículos 551, 553 y 554); Estado de México (artículos 4.199 y 4.200); Nayarit (artículos 402 C a J); Nuevo León (artículos 410 B VI y VII); Puebla (artículo 591); Querétaro (artículo 377); Sinaloa (artículo 410 bis 5); Tlaxcala (artículos 245 y 246); Veracruz (artículo 339 F); Yucatán (artículo 324). Adopción por extranjeros: Baja California (artículo 406); Baja California Sur (artículos 446-449); Campeche (artículo

promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional y tiene como objeto incorporar en una familia, a un menor que no puede encontrar una familia en su propio país de origen. Esta adopción se registrará por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano, y, en lo conducente, por las disposiciones de este Código. Las adopciones internacionales siempre serán plenas...

Y como adopción por extranjeros “la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente en el territorio nacional”.

Una idea más resulta de observar que en los convenios de sustracción aparece la conexión “residencia habitual” tras la cual se añade una cláusula temporal, a saber, “inmediatamente antes de su traslado o de su retención”. En este contexto entendemos que el carácter móvil y volátil que pueda tener la residencia habitual justifica la inclusión de una cláusula temporal que perpetúe este criterio fáctico. La facilidad con la que se puede cambiar la residencia habitual puede generar la aparición de conflictos de jurisdicción, tanto negativos como positivos, que deriven en una indeseable denegación de justicia al generar un foro de necesidad o, en el mejor de los casos, en la aparición de litispendencia o conexidad internacional. Uriondo y Cruz señalan que

residencia habitual, sociológicamente es la residencia de la persona que tiene al menor y que puede demostrar que ha constituido un nuevo centro de vida. La residencia habitual que tenía el niño antes del secuestro, en la realidad deja de serlo. Los convenios acentúan, sin embargo, la importancia de la anterior conexión personal a los fines de la exigencia de la restitución, aun cuando por el transcurso del tiempo, resulte visible que se ha generado una nueva. Ello demuestra que las convenciones sobre restitución privilegian la relación personal del menor con la persona que tenía la guarda o custodia, a la mejor situación del menor en su nueva residencia o a la soberanía jurisdiccional que pueda corresponder al Estado donde el menor se encuentre.

426 K); Coahuila (artículo 511 *in fine*); Distrito Federal (artículo 410 *in fine*); Durango (artículo 405 D *in fine*); Guerrero (artículo 588 bis); Jalisco (artículo 552); Nuevo León (artículo 410 B VI I *in fine*); Querétaro (artículo 377); Yucatán (artículo 324). En las entidades federativas que tienen códigos de familia encontramos: Hidalgo (artículo 214 para la adopción internacional); Michoacán (artículo 386 *in fine* para la adopción por extranjeros y artículos 386 y 387 para las adopciones internacionales); Morelos (artículos 371 a 374 para las adopciones internacionales); San Luis Potosí (artículos 263 a 267 para la adopción internacional) y Zacatecas (artículos 369 bis a quintus para la adopción internacional).

Un último apunte que deseamos hacer respecto a este concepto aparece en el rubro de las disposiciones generales del Convenio de La Haya, en el artículo 31, y que dice:

Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables en unidades territoriales diferentes: a) toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado, se interpretará que se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado; b) toda referencia a la ley del Estado de residencia habitual, se interpretará que se refiere a la ley de la unidad territorial del Estado donde resida habitualmente el menor.

Es por lo anterior que concluimos que el punto de conexión (competencial y conflictual) que hoy representa la “residencia habitual” viene permeado de una importancia tal que no cabe desconocer; un criterio multifacético cuando a la sustracción —aunque no exclusivamente— nos referimos.

VII. DERECHOS DE GUARDA/CUSTODIA INTERNACIONAL

Sin duda, cuando hablamos de los derechos de guarda/custodia nos estamos refiriendo a otro de los conceptos claves a la hora de hablar de la materialización de la sustracción de menores por sus propios padres.⁸³⁵ Lo anterior desde que la vulneración de estos derechos de familia representa el detonante y la justificación para poder hablar de sustracción. La función que cumple la asignación de estos derechos de familia es clara: saber cuándo estamos ante la sustracción de un menor de edad por sus propios padres al ser violentados los derechos tuitivos.

La primera aseveración es que los derechos de guarda/custodia y los de visita/contacto/convivencia deben otorgarse teniendo como norte interpretativo el “interés superior del menor”, debiendo desterrarse la idea de que es un derecho exclusivo y prioritario de los padres a mantener contacto con sus hijos. En este punto encontramos dos posturas, por un lado, inclinándose hacia un extremo Seoane señala que: “el derecho de visita es un derecho que tiene el menor y no los progenitores, él es el que tiene derecho a tener contacto con sus padres, siempre que no medie alguna causal que pueda ponerlo en peligro”.⁸³⁶ En este rubro encontramos el siguiente pronunciamien-

⁸³⁵ Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., p. 79; Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., pp. 69 y 70.

⁸³⁶ Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, cit., p. 175.

to: “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”.⁸³⁷ Por otro, en un tono más conciliador, la *Guía de buenas prácticas* relativa al contacto transfronterizo afirma —página 4, párrafo 1.1— que

el principio general del derecho al contacto transfronterizo “se aplica tanto si se expresa en términos de los derechos del niño como de los padres, o del niño y de los padres al mismo tiempo”; en esta consideración optar por un punto intermedio refleja una aptitud más prudente; así, debemos entender que si bien estos derechos tuitivos tienen un carácter recíproco,⁸³⁸ éstos deben ser medidos en función del “interés superior del menor”.

En tal sentido coincidimos con Brena Sesma al señalar que: “respetar el derecho a la convivencia resulta tan benéfico tanto para los ascendientes como para los menores, pues mantiene entre ellos el vínculo afectivo generado por la cercanía”.⁸³⁹

Cabe recordar que la génesis de estos derechos radica en la ausencia de una convivencia entre los padres, como consecuencia de una crisis y ruptura entre ellos, y por ende la imposibilidad de que el menor conviva con ambos padres al mismo tiempo y bajo un mismo techo. Derivado de esta ruptura el juez tiene la obligación de asignar estos derechos y el menor el derecho a saberlo. “No considerarlo así, provocaría inseguridad jurídica al menor, dada la indeterminación de su paradero y en cuál de los padres debe recaer dicha obligación de cuidado...”.⁸⁴⁰

Esta nueva situación familiar no debería implicar mayores sufrimientos psicológicos para el menor ni para los padres; y en ese objetivo se encamina la concepción de que estos derechos deben ser recíprocos cuando ello esté en plena consonancia con el interés superior del menor. Una reciprocidad que no debe verse afectada por una leve alteración psicológica de uno de los

⁸³⁷ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, amparos directos 743/2002, 801/2002, 165/2003, 363/2003 y 316/2003. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, amparos directos 298/2001 y 3355/86.

⁸³⁸ De parecido tenor se expresa Canales Pérez al afirmar que “el derecho a mantener contacto no sólo es del niño para con ambos progenitores ya que el Convenio lo entiende como derecho recíproco y este derecho de contacto debe considerarse como el interés superior del niño”, Canales Pérez, A., “Derecho de contacto transfronterizo”, *cit.*, pp. 118 y 134.

⁸³⁹ Brena Sesma, I., “Comentarios a las reformas del Código Civil para el Distrito Federal de 30 de diciembre de 1997 en relación con la patria potestad”, *cit.*, p. 126.

⁸⁴⁰ Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, amparos directos 798/2006, 152/99, 367/2000, 226/2002, 234/2002 y 270/2002.

progenitores derivado del proceso de separación o divorcio; así nos lo hace saber una tesis aislada:

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD. EL HECHO DE QUE PERICIALMENTE SE HAYA DETERMINADO QUE LA MADRE, DEBIDO A SU PROCESO DE SEPARACIÓN CON EL PADRE DEL MENOR, DEBA SOMETERSE A TRATAMIENTO SICOLÓGICO, NO ES MOTIVO PARA CONSIDERAR QUE NO ES APTA PARA EL CUIDADO DE SU HIJO... Ahora bien, el hecho de que pericialmente se haya determinado que la madre debe someterse a tratamiento sicológico, para estar en mejores condiciones para hacerse cargo del niño, ya que se encuentra afectada emocionalmente por el proceso de separación que enfrenta con el padre del infante, no es motivo para considerar que aquélla no sea apta para el cuidado del menor, sobre todo si no hay prueba de que la progenitora presente problemas relacionados con la siquiatria o la sicología, en forma grave, que le impidan hacerse cargo de su hijo.⁸⁴¹

Es innegable que estos derechos están íntimamente relacionados con la patria potestad así como con los procesos de divorcio o separación. Se afirma que

la guarda integra las relaciones paterno-filiales emergentes de la patria potestad, y comprende, respecto de padre y madre, la obligación de proteger a sus hijos, educarlos, vigilar su conducta y en su caso corregirlos, y respecto de los hijos, la obligación de convivir en el hogar con sus apdres, o donde ellos determinen.⁸⁴²

El artículo 283 CCDF señala en su encabezado que: “la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad...”. En este sentido se anota en las tesis aisladas que

es del todo indispensable el ejercicio de las facultades inherentes a dicha potestad, entre las que se encuentran de manera destacada la guarda y custodia de los hijos y la convivencia con ellos... Consecuentemente, cuando el que ejerce

⁸⁴¹ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, amparo directo 577/2006.

⁸⁴² Lucero, M. D. y Echeagaray de Maussion, C. E., “El derecho de custodia (artículo 5o. CH de 1980)”, *cit.*, pp. 107 y 108. Ambos autores agregan que “lejos de que el distanciamiento personal confiera a los padres una total libertad de acción y el derecho de no procurar sino sus intereses singulares con relación a la persona de sus hijos, los obliga a construir una especial afinidad, dotada de una energía suficiente para sobreponerse al propio conflicto de sentimientos y permanecer en el deber ineludible de actuar de consuno la responsabilidad paterna, con la absoluta conciencia de que ambos, padre y madre, son imprescindibles en la etapa de maduración de la prole”.

la patria potestad es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, es inconcuso que en modo alguno puede subsistir la convivencia con el menor.⁸⁴³

Igualmente se sostiene que

la patria potestad es un derecho fundado en la naturaleza de la relación paterno filial... con todas las facultades inherentes a la misma, entre las que se encuentra de manera destacada la de su guarda y custodia, por lo que el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de las facultades que la patria potestad conlleva implica la convivencia del menor con quien detente su ejercicio.⁸⁴⁴

En esta misma línea “la patria potestad, implica no sólo derechos, sino también deberes... En ese complejo de derechos y deberes, o función de paternidad, en que se conjuga el interés paterno con el familiar y social, se encuentra la custodia del menor, ubicándola en el campo social”.⁸⁴⁵

Nos enfrentamos nuevamente a la difícil tarea de definir, o al menos delimitar los parámetros, de conformidad con el marco normativo mexicano, de lo que implican los derechos de guarda/custodia. En este rubro hay quien reclama una unificación de términos al señalar que “en los Estados parte se da diferente denominación a las instituciones de familia... por lo que es necesario se unifiquen los conceptos referidos a estas y otras instituciones, a fin de evitar confusiones en su denominación”.⁸⁴⁶ Lo anterior debe ponerse en conexión con las afirmaciones que lanza la *Guía de buenas prácticas*

⁸⁴³ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito. Amparo directo 627/2004. Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 123/2009 en la Primera Sala.

⁸⁴⁴ Amparo directo 3400/84. *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols. 205-216, cuarta parte, p. 144, Tercera Sala.

⁸⁴⁵ Amparos directos 5725/86 y 4139/78, séptima época, cuarta parte, vol. 30, p. 69; amparo directo 3601/70, quinta época, t. CXXXII, p. 355; amparo directo 5361/56. En el vol. 30, p. 69, la tesis aparece bajo el rubro “Patria potestad. Para su ejercicio es necesario que los padres tengan la guarda del menor”. En el t. CXXXII, p. 355, la tesis aparece bajo el rubro “Patria potestad, para el ejercicio de la, es necesario que los hijos convivan con los padres”. En el *Informe de 1979*, la tesis aparece bajo el rubro “Patria potestad, para el ejercicio de la, es necesario que los hijos convivan con los padres”.

⁸⁴⁶ Capuñay, L. M., “Los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *cit.*, p. 12; en parecidos términos entendemos que se pronuncian Lucero y Echegaray al mencionar que “muchas han sido como se ven, las aproximaciones que se han dado sobre la definición de la guarda o el derecho de guarda, pero no hay suficiente unidad de criterio en cada una de ellas, ni en los diferentes textos legales se efectúa una definición precisa”, Lucero, M. D. y Echegaray de Maussion, C. E., “El derecho de custodia (artículo 5o. CH de 1980)”, *cit.*, pp. 106 y 110.

—primera parte, “Práctica de las autoridades centrales”, página 20, párrafo 1.4.3—, donde se afirma que:

Los conceptos clave sobre los que se circunscribe el ámbito de aplicación del Convenio no dependen de su significado en un sistema jurídico en particular. Por ejemplo, el significado de la expresión “derecho de custodia” no coincide con un concepto concreto en el derecho interno, pero apunta su significado de las definiciones, estructura y finalidades del Convenio.

De lo anterior se deduce la “autonomía de su calificación jurídica respecto al derecho interno de los Estados”.⁸⁴⁷ Pero a esta autonomía de calificación hay quien le ha buscado un sencilla solución, la cual nos parece a todas luces coherente: “Siempre que el progenitor al que el traslado o retención ha privado de la presencia del menor tuviera algún derecho en relación con la determinación de la residencia del menor, cabe defender que detenta un derecho de guarda a efectos del Convenio”.⁸⁴⁸

A diferencia del concepto de “residencia habitual” donde mencionábamos la ausencia tanto de una definición como de parámetros mínimos convencionales, en esta ocasión, sí contamos con una aproximación, con un contenido mínimo, de lo que debe entenderse por estos derechos de familia. En este sentido debemos apuntar al artículo 5 del Convenio de La Haya, el cual determina que “a los efectos del presente Convenio: a) el ‘derecho de custodia’ comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”. En el rubro de las disposiciones generales del Convenio de La Haya se establece en su artículo 32 que: “Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se interpretará que se refiere al sistema de derecho especificado por la ley de dicho Estado”.

De igual forma, la Convención Interamericana, en su artículo 3o. dibuja estos derechos: “a. El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia”.

⁸⁴⁷ Lucero, M. D. y Echegaray de Maussion, C. E., “El derecho de custodia (artículo 5o. CH de 1980)”, *cit.*, p. 106; Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, *cit.*, pp. 70 y 71; Pereznieta Castro, L. y Silva Silva, J. A., *Derecho internacional privado, parte especial*, *cit.*, p. 185.

⁸⁴⁸ Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, *cit.*, p. 73.

En contraste con esta ausencia de definición convencional, encontramos la Ley Modelo sobre Normas Procesales,⁸⁴⁹ la cual establece que

sin perjuicio del *nomen iuris* previsto por la legislación nacional, a los efectos de esta Ley se entiende por derecho de guarda o de custodia, aquel comprensivo del derecho de cuidado y a decidir sobre el lugar de residencia del niño —incluyendo su traslado al extranjero— de conformidad con la ley del Estado de su residencia habitual. Tal derecho puede resultar de una aplicación de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.⁸⁵⁰

Son habituales las decisiones en las que se reconoce el derecho de custodia con limitaciones geográficas y en estos casos, si es provisional, “puede entenderse que el propio tribunal es el titular del derecho a fijar la residencia del menor, lo que supone que asume el derecho de custodia del menor, conforme al artículo 5o. CH 1980; además, le sirve para retener la competencia judicial internacional para decidir sobre los derechos de custodia con carácter definitivo”.⁸⁵¹ Lo anterior se complementa con el señalamiento de Calvo Caravaca y Carrascosa González al disponer que el progenitor que tiene limitado territorialmente su derecho de custodia

⁸⁴⁹ Una Ley Modelo que, como señalan Dreyzin de Klor y Pérez Manrique, ha sido elaborada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño y que ha sido tomada en consideración por la República Dominicana e implementada por Resolución núm. 480-2008 del 6 de marzo de 2008; por Chile, al estar pensando tener como norte normativo las disposiciones de esta Ley Modelo; por Ecuador donde la autoridad central estaría intentando resolver los problemas procesales a través de una guía elaborada teniendo como referente la Ley Modelo; por Guatemala donde estaría en discusión en el Consejo de la Judicatura; por Honduras donde hay un proyecto en el Congreso basado en dicha Ley; en Uruguay, donde están siendo incorporadas las bases en el proyecto de ley de DIPr., se encuentra actualmente en el Parlamento de dicho país; por México donde se intenta redactar una norma de carácter federal; en Perú por tener un proyecto para modificar el Código de la Niñez e incorporar un proceso especial y en Uruguay donde existía un proyecto de ley aprobado por el Senado y que se encontraba en estudio por la Cámara de Diputados y que debido a un cambio de legislatura debe iniciar su tramitación. Véase Dreyzin de Klor, A., “La influencia de la universalización de los derechos humanos en la sustracción internacional de niños”, *cit.*, notas al pie 39 y 40, p. 30; Pérez Manrique, R. C., “Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños”, *cit.*, p. 196, nota al pie 2.

⁸⁵⁰ Pérez Manrique precisa: “el documento avanza sobre los conceptos no definidos en los convenios y que provocan diferencias en su interpretación y determina el consenso llegado en cuanto al concepto de guarda y custodia”, “Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños”, *cit.*, p. 198.

⁸⁵¹ Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, *cit.*, pp. 39 y 40.

no dispone del derecho de custodia en el sentido del Convenio, pues no tiene el derecho a decidir la residencia del menor (artículo 5o. del Convenio). Por tanto, si dicho progenitor traslada al menor a otro país, está quebrantando un derecho de custodia que no le pertenece a él, sino a ambos progenitores, por lo que el Convenio es aplicable.⁸⁵²

Derivado de las pinceladas anteriores podemos enumerar los parámetros en los que movemos en aras de una correcta interpretación de este concepto:

a) implica la obligación de estar al cuidado de la persona del menor, “lo que conlleva proteger su bienestar físico, moral, intelectual y social”;⁸⁵³

b) implica tener el derecho de fijar la residencia habitual del menor, teniendo en cuenta que donde se fije sea lo más favorable posible para el desarrollo de los derechos y obligaciones de cuidado, corrección, formación física y sano esparcimiento de los menores;

c) implica escuchar al menor en todo aquello que le afecte y consecuentemente implica tomar una decisión teniendo como referente el *favor filii*. Una obligación que corresponde tanto al juez como a los padres.

Por lo que se refiere a los jueces estimamos que si bien escuchar al menor es un elemento importante y que debe tenerse en cuenta a la hora de determinar estos derechos, sostenemos que no deben serlo de manera absoluta e insulada;

el juez durante el procedimiento, de oficio o a petición de parte, se allegará los medios necesarios... debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, a fin de justificar la necesidad de la medida y, en todo caso, con el propósito de proteger el derecho a la convivencia con los padres procurando, hasta donde lo estime oportuno, respetar la elección de los propios hijos expresada libremente, salvo que exista peligro para el menor. Sin embargo, aun cuando la voluntad del hijo debe ser tomada en cuenta, esa sola exteriorización no puede ser determinante para que el juzgador decida su situación, pues debe analizar cuidadosamente las circunstancias particulares del caso concreto a través de todos los medios probatorios que obren en autos.⁸⁵⁴

La obligación de escuchar al menor debe ser atendido con las debidas precauciones y excepciones que casuísticamente puedan presentarse (ma-

⁸⁵² Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, p. 170.

⁸⁵³ Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., pp. 72 y 73.

⁸⁵⁴ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, amparo directo 348/2002.

durez/edad, alienación parental, etcétera). Por cuanto hace a la edad encontramos un pronunciamiento que asocia la edad de 15 años con un grado de madurez suficiente como para tener en cuenta su opinión, eso sí, junto con el resto del caudal probatorio.

Para determinar sobre la guarda y custodia de una menor, no basta que el juzgador atienda exclusivamente los resultados que arrojen los medios probatorios ofrecidos por las partes, ya que atendiendo las circunstancias del caso, es indispensable que sea escuchada la opinión de la menor, que es la que puede verse afectada y perjudicada con la decisión que se adopte, *toda vez que al tener quince años de edad puede discernir con quién de sus padres desea convivir y con quién de ellos podrá desarrollarse mejor... ésta tiene la capacidad de determinar con cuál de sus progenitores desea convivir, lo que aunado a los medios de convicción aportados al juicio*, permitirá al juzgador señalar a la persona que deba ejercerla, tomando en cuenta además si no hay obstáculo que lo impida y que lo lleve a la convicción de que la persona escogida por aquélla es la adecuada⁸⁵⁵ (cursivas añadidas).

Esta obligación la encontramos en el artículo 282 del Código Civil del Distrito Federal: “III. El juez de lo familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres”.⁸⁵⁶

En este contexto se ha afirmado:

[1.] Los menores tienen derecho a emitir su opinión en los asuntos que les afecten, y a ser escuchados, en los términos de la legislación aplicable, en todo procedimiento judicial o administrativo, ya sea directamente o por medio de representante. Sin embargo, la opinión del menor en un juicio de guarda y custodia no se traduce apriorísticamente en salvaguardar su garantía de audiencia prevista en el artículo 14 constitucional, al no ser parte procesal que deba oírse y vencerse en juicio, sino que su llamado es para conocer su sentir en el conflicto suscitado. De ahí que aun cuando el menor por conducto de su representante realice esa manifestación de manera extemporánea al término procesal otorgado, no es factible desconocer la postura exteriorizada en virtud del principio de preclusión, porque

⁸⁵⁵ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 873/95.

⁸⁵⁶ Cervera apunta a la reforma de los artículos 417 del Código Civil y el 941 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal para establecer que en la audiencia en la que se escuche al menor éste debe asistir el representante del menor, quien debe ser un profesional en las áreas de psicología, educación o trabajo social para “actuar como facilitador de la comunicación de éste con el juez”; Cervera Rivero, Ó., “Los menores como titulares de la acción”, *cit.*, pp. 54 y 55.

el llamamiento del infante sólo tiene el alcance de que se escuche su opinión en el proceso administrativo o judicial.⁸⁵⁷

[2.] En todos aquellos juicios civiles donde tenga que resolverse sobre la patria potestad, guarda y custodia de menores de edad, sin importar la acción intentada, el juzgador, aun de oficio, debe escucharlos, a fin de evitar conductas de violencia familiar y normar correctamente su criterio sobre la situación que guardan con sus progenitores, así como al Ministerio Público... de cualquier persona, sea parte o tercero, cosa o documento conducente al conocimiento de la verdad, como podría ser, a guisa de ejemplo, la investigación de trabajadores sociales, análisis psicológicos en relación no sólo con el menor sino también con los padres, apoyándose para ello en instituciones como el Desarrollo Integral para la Familia (DIF) o los servicios de salud pública... todo con el fin de salvaguardar el interés superior de los menores.⁸⁵⁸

[3.] Tratándose de un juicio donde se discuta el ejercicio de la guarda y custodia de un menor, la cual queda a cargo de la madre, y en el hogar o domicilio respectivo vive el infante junto con sus hermanas, sin demostrarse que tal situación pudiere causar algún daño o tener una influencia negativa en el desarrollo físico, emocional e intelectual de dicho menor, debe estimarse adecuado y acorde a la ley lo decidido por la responsable... sobre todo si la controversia no se sustentó en la falta de las condiciones ideales sobre dicha convivencia familiar en ese núcleo, aunado ello a que el pequeño interesado ha externado su deseo de estar a lado de su madre, por prevalecer un mejor clima de convivencia en dicho ambiente familiar primario conformado además por las hermanas, lo cual incuestionablemente le favorecerá y no es contrario a los principios de legalidad y de seguridad jurídica.⁸⁵⁹

Por cuanto hace a los padres y su obligación de escuchar a los menores, especialmente cuando se trata de fijar una residencia, Benavides y Ramírez afirman que “a mayor edad del menor más posibilidades habrá de oírle y, por consiguiente, el derecho de guarda se verá más debilitado”⁸⁶⁰

Un apunte más a tener en cuenta es que la determinación de estos derechos debe ponerse en estrecha conexión con el Convenio sobre los Derechos del Niño y el principio del “interés superior del menor” previsto en él. En este rubro encontramos las siguientes tesis:

⁸⁵⁷ Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil del Décimo Noveno Circuito, amparo directo 64/2007.

⁸⁵⁸ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, amparos directos 1020/2002, 1088/2002, 992/2002, 1502/2002 y 422/2003.

⁸⁵⁹ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, amparo directo 80/2003.

⁸⁶⁰ Benavides Santos, D. y Ramírez Solano, A., “La ilicitud en el traslado del menor de edad”, *cit.*, p. 87.

[1.] Guarda y custodia. Debe determinarse considerando el interés superior de niñas, niños y adolescentes conforme a la convención sobre los derechos del niño. El derecho a la guarda y custodia de una niña, niño y adolescente, implica considerar no sólo las pruebas ofrecidas por las partes con las que pretendan demostrar una adecuada capacidad para el cuidado del menor, sino que atendiendo al beneficio directo de la infancia, el juzgador también debe considerar el interés superior de la niña, niño y adolescente como presupuesto esencial para determinar quién tiene derecho a la guarda y custodia. Ello, porque conforme a lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional que establece el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, así como los artículos 3o., 7o., 9o., 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño... que establece que los Estados garantizarán que los tribunales judiciales velen por el interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos inherentes de las niñas, niños y adolescentes, como el caso en que se demande la guarda y custodia, debe tenerse como presupuesto esencial el interés superior del niño y darle intervención al Ministerio Público, para que en su carácter de representante de la sociedad, vele por los derechos de los infantes y adolescentes.⁸⁶¹

[2.] De conformidad con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño... en todas las medidas concernientes a los niños y niñas que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, considerarán primordialmente que se atienda al interés superior del niño... con el propósito de determinar que no exista obstáculo que impida otorgar a alguno de los progenitores dicha guarda... se tenga plena convicción para determinar quién... es el idóneo al respecto, razonándose con objetividad y de manera justa el porqué la conducta de la persona a quien se entregue el cuidado del infante no le resultará nociva, ni contraria a su formación, educación e integración socio-afectiva.⁸⁶²

[3.] Respecto al “interés superior de la niñez” a que se refieren la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, toda vez que dicho concepto implica que las políticas, las acciones y la toma de decisiones relacionadas con ese periodo de la vida, tienen que darse de tal manera que, en primer término y antes de cualquier otra consideración, se busque el beneficio directo del infante y del adolescente a quien van dirigidas, y que las

⁸⁶¹ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Clave: II.3o.C. , núm. J/4, amparos directos 170/2000, 935/2000, 980/2000, 701/2001 y 367/2002, Jurisprudencia por Reiteración de Criterios, Derecho Civil. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, amparo directo 298/2001. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV, abril de 2002, p. 1290, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis VI.20.C.224 C. Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo en revisión 347/2008. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo en revisión 189/2006.

⁸⁶² Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, amparo directo 726/2004.

instituciones de bienestar social, tanto públicas como privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos deberán responder, viéndolo como prioritario, a ese interés superior del menor, de modo y manera tales que quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el interés superior del niño, deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención y ordenamientos legales antes citados; requisitos a los que la autoridad jurisdiccional da cumplimiento escuchando la opinión del o los menores en relación con la controversia planteada por sus progenitores en el juicio, y al agente del Ministerio Público de la adscripción, a fin de allegarse elementos que le permitan resolver conforme a derecho y atendiendo al interés superior del menor o menores implicados en la controversia.⁸⁶³

[4.] De los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3o., apartados 1, 2 y 3; 9o., apartados 1 y 2, y 12, apartados 1 y 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 1 y 41 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; 1 y 5 de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal; y del 416 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que debe otorgar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, y adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para salvaguardar el interés superior de la infancia, escuchando dentro de un procedimiento judicial su opinión respecto a la controversia de guarda y custodia que tienen sus padres y con ello resolver su situación jurídica. Ahora, la garantía de audiencia, prevista en el artículo 14 constitucional, se traduce en una garantía de seguridad jurídica para los gobernados, que impone la ineludible obligación a cargo de las autoridades para que, de manera previa al dictado de un acto de privación... cumplan con una serie de formalidades esenciales, necesarias para oír la defensa de los afectados, es decir, que la garantía de audiencia consiste en que todo procedimiento o juicio ha de estar supeditado a que en su desarrollo se observen, ineludiblemente, distintas etapas que configuran la garantía formal de audiencia en favor de los gobernados... En consecuencia, la opinión del menor de edad que debe escuchar el juzgador para resolver su situación jurídica dentro de un juicio de guarda y custodia, no se traduce en garantía de audiencia, dado que el infante no reviste el carácter de parte procesal y que, por ello, tenga que ser oído y vencido en juicio, sino que únicamente se le escucha para saber su sentir respecto a la controversia; por tanto, tampoco es necesaria la intervención de un representante especial o tutor interino para que el menor sea debidamente representado y oído en juicio, en virtud de que conforme a los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito

⁸⁶³ Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo en revisión 21/2006.

Federal el juez de lo familiar, de manera oficiosa, debe velar por el interés del menor a efecto de que no sean transgredidos sus derechos.⁸⁶⁴

En este punto vale aclarar, siguiendo la *Guía de buenas prácticas* —primera parte, práctica de las autoridades centrales p. 43, pfo. 3.20—, que el papel de la autoridad central en materia de determinación de la custodia “puede ser extremadamente limitado si es que no inexistente”.

Tres elementos debemos considerar indispensables para conectar estos derechos y la sustracción de un menor:

a) la atribución de estos derechos por parte del Estado de la residencia habitual del menor, la cual, de conformidad con el artículo 3o. *in fine* del Convenio de La Haya, puede resultar bien de una atribución de pleno derecho, tanto por una decisión judicial o administrativa como por un acuerdo vigente según el derecho del Estado en que se otorga. Este texto lo encontramos recogido con idénticas palabras en la Ley Modelo sobre Normas Procesales al señalar, en su artículo 1o. —objeto— “Tal derecho puede resultar de una aplicación de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado”.

En este sentido se sostiene que la

fuente de esa custodia que se considera afectada es cualquiera que permita fundamentar una solicitud restitutoria de un menor en el sistema jurídico interno de un Estado concreto, suponiendo proteger internacionalmente aquello que ya se encuentra protegido por un título válido en el Estado de la residencia habitual de ese menor... La primera de estas fuentes sería la ley (se habla de una atribución de pleno derecho). Esta ley podrá ser la interna del Estado de la residencia habitual del menor o la que se designe por las normas de conflicto de cada Estado. La segunda fuente la constituye una resolución judicial o administrativa que puede haber sido dictada tanto por los tribunales de la residencia habitual del menor como por los de un tercer Estado. (El derecho de custodia se ejerce en el Estado de su residencia pero en base a [*sic*] una sentencia dictada en otro diferente. Bastaría simplemente con que en aquél se considerase como válida para el ejercicio de la custodia en su territorio, sin necesidad de que hubiera sido formalmente reconocida). La tercera fuente es un acuerdo sobre la tenencia del menor obtenido conforme al derecho del Estado en que hubiera tenido lugar.⁸⁶⁵

⁸⁶⁴ *Ibidem*, amparo en revisión 414/2005.

⁸⁶⁵ Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., p. 79.

b) Se requiere “el ejercicio efectivo” de dichos derechos desde que “supone una forma de garantizar el equilibrio vital del menor”.⁸⁶⁶ No cabe desconocer que la falta del ejercicio efectivo de este derecho constituye una de las excepciones que de acuerdo con el artículo 13 del Convenio de La Haya pueden oponerse a la restitución inmediata del menor. Un requisito que viene marcado por una interesante flexibilización “cualquiera que sea el título del que derive, se estuviera ejerciendo de manera efectiva por su legítimo detentador en el momento de verse privado de ella”.⁸⁶⁷ Ahora bien, la duda que nos surge en este punto se refiere a la carga de la prueba respecto a esa “efectividad”. En este punto cabe diferenciar la postura del solicitante y del demandado. Mientras al actor no se le exige una prueba de este ejercicio efectivo al momento de la sustracción, siendo suficiente su simple afirmación y el señalamiento de los datos que se requieren en la solicitud inicial, para el demandado, si quiere argumentar que aquél no se estaba ejercitando de manera efectiva en ese momento, asiste a una inversión de la carga de la prueba, donde se le obliga a probar lo contrario.⁸⁶⁸

c) Debemos añadir la nota de la vulneración, la cual se produce por un desplazamiento del menor sin existir o mediar el consentimiento del otro progenitor.⁸⁶⁹ Se afirma en este punto que

el interdicto para recuperar la posesión de los derechos de madre, en concreto, el relativo a la guarda y custodia del menor, presupone dos elementos: la posesión del menor por parte de su madre, en exclusiva, si la acción interdictal se ejercita contra el padre, y el despojo de dicha posesión, entendiéndose que no habrá tal si existe sentencia por la que se condena a su pérdida. Ahora bien, si la madre de un menor ejercita interdicto para recuperar la posesión de su menor hija en contra del padre de la misma y el demandado reconoce que la menor vivía con su madre en distinta ciudad a donde él tenía su domicilio y que en ausencia de la actora se llevó a su hija a vivir con él, debe considerarse que están acreditados los dos elementos de la acción interdictal ejercida, sin que obste para ello el hecho de

⁸⁶⁶ Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., pp. 76-78.

⁸⁶⁷ Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., pp. 80 y 81.

⁸⁶⁸ *Idem*; Benavides Santos, D. y Ramírez Solano, A., “La ilicitud en el traslado del menor de edad”, cit., p. 95; Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., pp. 76-78.

⁸⁶⁹ Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., p. 83; amparo directo 6320/75.

que la madre de la actora haya consentido o no que se llevaran a la menor, pues ello en nada influye en el despojo.⁸⁷⁰

En otro orden de ideas debemos considerar que la atribución de estos derechos no es inamovible, al contrario, puede sufrir cambios *ratione personae* conforme a nuevas circunstancias, ciertamente justificadas, que puedan aparecer en el dibujo casuístico. De igual manera en esta situación deben primar unos criterios mínimos, a saber, que el menor sea escuchado,⁸⁷¹ que “ese cambio esencial redunde en el interés superior del menor, de manera que el cambio de guarda y custodia, en lo relativo a la persona que en lo sucesivo la ejerza, concrete un beneficio real y efectivo que incida en el desarrollo y ejercicio pleno de los derechos del menor”⁸⁷² y que las condiciones bajo las que se decretaron dichos derechos han cambiado o que el menor corra un grave peligro en su desarrollo.⁸⁷³

Lo anterior sin desconocer que las tesis aisladas inclinan mayoritariamente sus señalamientos a favor de la madre respecto de “los hijos menores de siete años”⁸⁷⁴ desde que “dada su condición física y natural, es quien puede proporcionar los mayores cuidados y atención con la eficacia y esmero necesarios para su normal desarrollo”,⁸⁷⁵ por lo que “sólo en los casos

⁸⁷⁰ Amparo directo 875/78. En el Informe de 1986, la tesis aparece bajo el rubro “Interdicto para recuperar la posesión de un menor. Sus elementos son la posesión del menor, en exclusiva, si se ejercita la acción por la madre del menor contra su padre, y el despojo de dicha posesión (legislación del estado de Tamaulipas)”.

⁸⁷¹ Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Clave: I.11o.C., núm. 203 C, amparo en revisión 6/2009.

⁸⁷² Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo en revisión 226/2007.

⁸⁷³ Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 299/2004.

⁸⁷⁴ Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, amparo directo 1016/95. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, amparo directo 298/2001. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV, abril de 2002, p. 1290, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis VI.20.C.224 C. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, amparo directo 726/2004. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, amparos directos 743/2002 y 801/2002. 18 de febrero de 2003. Amparos directos 165/2003, 363/2003 y 316/2003. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, amparo directo 80/2003. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, amparos directos 298/2001, 8362/87 y 6069/72.

⁸⁷⁵ *Idem*. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, amparos directos 298/2001, 8362/87 y 5057/73. Esta tesis también aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 75, cuarta parte, p. 23, bajo el rubro “Menores que deben quedar en poder de la madre”. En el Informe de 1988, la tesis aparece bajo el rubro “Menor. En principio su custodia debe otorgársele a la madre”. Quinto Tribunal Colegiado en

de excepción... puede privársele a la madre de la custodia o, en su caso, la patria potestad”,⁸⁷⁶ no computándose como tal “la circunstancia de que el quejoso, en el carácter de progenitor del menor, goce de una situación económica más holgada en relación con la madre”,⁸⁷⁷ en este supuesto concreto corresponde “la carga probatoria de esta situación al padre, por tratarse de la excepción a la regla general”,⁸⁷⁸ ni tampoco se reputa como excepción

que la madre de un menor permanecía fuera de su casa durante determinadas horas del día, destinadas a desempeñar su trabajo... puesto que tales ausencias deben reputarse razonablemente justificadas, por tener como finalidad la de cumplir con las tareas que pueden proporcionarle lícitamente los medios económicos para subsistir y obtener así los recursos que le permitan dar vivienda, educación y sustento al menor...⁸⁷⁹

Lo que sí se reputa como excepción es proferir amenazas de muerte al menor desde que “constituye un acto sumamente grave por la fuerte impresión que puede causar en la mente del menor, al pensar que el sentimiento de seguridad y cariño que le hace depender del progenitor, ha desaparecido o se ha debilitado”,⁸⁸⁰ esta atribución materna se debe a que “existe interés

Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 715/89. Amparo directo 5285/78. En el *Informe de 1984*, la tesis aparece bajo el rubro “Guarda del menor. Derecho preferente de la madre, en el interdicto de recuperar la posesión”, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, IV, septiembre de 1996, p. 628, tesis I.80.C.55 C, tesis aislada. Octavo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Amparo directo 141/96.

⁸⁷⁶ *Idem*. Esta tesis también aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 75, cuarta parte, p. 23, bajo el rubro “Menores que deben quedar en poder de la madre”. En el Informe de 1988, la tesis aparece bajo el rubro “Menor. En principio su custodia debe otorgársele a la madre”, amparo directo 8362/87.

⁸⁷⁷ Véase nota 874. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, amparos directos 298/2001 y 8362/87.

⁸⁷⁸ Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, septiembre de 1996, p. 628, tesis I.80.C.55 C, tesis aislada. Octavo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, amparo directo 141/96.

⁸⁷⁹ Amparo directo 5401/87. *Informe de 1988*, Tercera Sala, tesis 142, p. 168. Amparo directo 8362/87, octava época, t. I, primera parte-1, p. 363, amparo directo 6708/85, séptima época, vols. 217-228, cuarta parte, p. 238, amparo directo 3607/84, séptima época, vols. 205-216, cuarta parte, p. 131. Esta tesis también aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols. 217-228, cuarta parte, p. 238, bajo el rubro “Patria potestad, pérdida de la. No es causa el que la madre esté fuera de su casa, trabajando para afrontar sus responsabilidades”. En los vols. 205-216, p. 131, esta tesis apareció bajo el rubro “Patria potestad, pérdida de la”.

⁸⁸⁰ Amparo directo 4948/69.

social”⁸⁸¹ desde que se “tuvo como sustento el que el legislador atendiera a la realidad social y costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional”.⁸⁸² Los anteriores señalamientos van en consonancia con el artículo 282 del Código Civil del Distrito Federal:

los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

Respecto a este artículo se ha afirmado que “es acorde con lo previsto por el artículo 4o. constitucional”.⁸⁸³

De manera más neutral y por ende acertada se afirma en otra tesis que:

Si bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando se trata de menores de edad lo más benéfico para su desarrollo y estabilidad es que se encuentren bajo el cuidado de su madre, también lo es que esto no significa que tal criterio deba aplicarse indiscriminadamente a todos los casos, pues es obligación del juzgador tomar en cuenta, el interés del menor sobre cualquier otro.⁸⁸⁴

Pero no todo es sencillo, puede ocurrir que cada uno de los hermanos menores de edad quede bajo la guarda/custodia de un progenitor diferente; en este sentido, teniendo como punto de partida nuevamente el “interés superior del menor”, se ha afirmado que

si en un juicio natural se decreta el divorcio de los padres y cada uno tiene bajo su guarda y custodia a un menor (el progenitor al hijo y la madre a la hija), es inquestionable que de acuerdo con la litis, las particularidades del caso, las características de los progenitores y las situaciones de hecho prevalecientes, la Sala Familiar debe decidir conforme a sus facultades jurisdiccionales y su prudente

⁸⁸¹ Amparos directos 8362/87 y 5057/73. Esta tesis también aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 75, cuarta parte, p. 23, bajo el rubro “Menores que deben quedar en poder de la madre”. En el *Informe de 1988*, la tesis aparece bajo el rubro “Menor. En principio su custodia debe otorgársele a la madre”.

⁸⁸² Véase nota 878.

⁸⁸³ Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VIII, agosto de 1998, p. 845, tesis I.9o.C.53 C, tesis aislada. Noveno Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 5689/98.

⁸⁸⁴ Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Segundo Circuito, amparo directo 344/95. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, amparos directos 743/2002, 801/2002, 165/2003, 363/2003 y 316/2003.

arbitrio sobre la conveniencia de establecer un régimen de convivencia de los menores hermanos entre sí.⁸⁸⁵

VIII. DERECHO DE VISITA/CONTACTO/CONVIVENCIA INTERNACIONAL

1. *Introducción*

Con la asignación del derecho de visita/contacto/convivencia, espejo del derecho de custodia,⁸⁸⁶ se garantiza el derecho de todo menor de edad a mantener una convivencia continua y relaciones personales y directas con el otro progenitor desde que “el hijo es titular de un derecho transfronterizo a relacionarse con el progenitor con el que no convive”,⁸⁸⁷ “pues la convivencia es una relación básica para el desenvolvimiento del ser humano, que tiende a facilitar la participación activa del niño en la comunidad, tutelando un sano desarrollo físico y mental de los niños, niñas y adolescentes”.⁸⁸⁸

En un segundo momento se reconoce el derecho de uno de los progenitores a relacionarse, convivir, educar, crecer y tener el cariño y afecto del menor, aun cuando residan en países diferentes y distantes geográficamente. Este doble reconocimiento se contiene en la *Guía de buenas prácticas* relativas al contacto transfronterizo al señalar (página 4, apartado 1.1, donde además se reclama la adopción de las medidas que sean necesarias para hacerlos efectivos y que no se queden únicamente en el terreno de lo abstracto o deseable):

⁸⁸⁵ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, amparo directo 433/2004.

⁸⁸⁶ Canales Pérez, A., “Derecho de contacto transfronterizo”, *cit.*, p. 123; Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, p. 174. Este derecho de visita es objeto de estudio por parte de la *Guía de buenas prácticas*, primera parte, pp. 65 y ss., pfo. 5. “GUARDA Y CUSTODIA. EL JUICIO EN QUE SE RECLAMA ESTE DERECHO Y EL PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA VISITA, CONVIVENCIA Y CORRESPONDENCIA, QUE SE PROMUEVAN EN RELACIÓN A UN MISMO MENOR, DEBEN CONOCERSE, TRAMITARSE Y RESOLVERSE EN UNA MISMA CAUSA Y POR LA MISMA AUTORIDAD. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito. Amparos directos 458/2006 y 3818/68. En el *Informe de 1969*, la tesis aparece bajo el rubro “Patria potestad. El límite en su ejercicio, cuando uno de los cónyuges conserva la guarda y custodia de los menores”.

⁸⁸⁷ Moya Escudero, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, *cit.*, p. 15. Esta autora señala que “el derecho de visita de los padres tiene en todos los casos su fundamento en la especial naturaleza de las relaciones paterno-filiales y, como tal, ha de ser considerado indisociable de la naturaleza humana”, p. 29.

⁸⁸⁸ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Clave II.3o.C., núm. 62 C. Amparos directos 790/2002 y 695/2002.

deberían adoptarse todas las medidas posibles para garantizar el derecho de los niños a mantener relaciones personales y un contacto regular con sus padres, así como el derecho de los padres a mantener relaciones personales y un contacto regular con sus hijos, a menos que se determine que dicho contacto podría ser contrario a los intereses de los niños. Esto se aplica igualmente en aquellos casos en que los padres viven en países distintos. En este contexto se entiende como excepción a esta regla general el hecho de que existan antecedentes de abusos o el contacto sea “motivo de continuos conflictos entre los padres”.

Si bien existe una importante e innegable conexión entre la sustracción y el derecho de visita no cabe mimetizarlos procesalmente a efectos de los convenios sobre sustracción y, en ese sentido, ayudándonos de la *Guía de buenas prácticas* relativas al contacto transfronterizo apuntamos que:

Hay importantes diferencias de fondo entre una solicitud de “restitución” y una solicitud cuyo fin es establecer o modificar el derecho a mantener el contacto. Una audiencia de restitución no es una audiencia sobre la cuestión de fondo del derecho de custodia y no debe implicar una investigación minuciosa del interés superior del niño. Sin embargo, cuando un tribunal estudia una solicitud de contacto, incluso en un contexto internacional, suele aplicarse el principio del “interés superior”. Hay quienes ven en esto una justificación más para canalizar las solicitudes de contacto transfronterizo mediante procedimientos internos y aplicarles los mismos requisitos procesales, incluidos los que determinan la celeridad con que se tramitan las solicitudes (página 30, párrafo 5.2).

Ahora bien, Canales Pérez señala que “sin excluir el derecho del niño a mantener contacto con ambos progenitores, ni mucho menos, la decisión sobre la restitución debe ser base para prejuzgar y negar dicho derecho de contacto, por considerarse que la mera convivencia pone en riesgo al niño”.⁸⁸⁹

2. *Diferencias entre el derecho de custodia y de visita*⁸⁹⁰

A pesar de haber mencionado que estos derechos son “espejo” el uno del otro, dando la idea de que son derechos fácilmente diferenciables y por

⁸⁸⁹ Canales Pérez, A., “Derecho de contacto transfronterizo”, *cit.*, p. 121.

⁸⁹⁰ De conformidad con la *Guía de buenas prácticas* relativa al contacto transfronterizo, p. 45, pfo. 9.1, el término “contacto” se utiliza en esta *Guía* en un sentido amplio y hace alusión a las diversas maneras en que un padre o una madre que no tiene la custodia (y en ocasiones una persona que no es padre o una madre) mantiene relaciones personales con un niño y viceversa. Por consiguiente, se entienden como “contacto” el derecho de visita y las comunicaciones a distancia. Se considera que “derecho a mantener el contacto” en el contexto de los convenios

ende sin mayores problemas para ponerles su propia etiqueta, a veces dicha tarea no resulta tan fácil; en ocasiones nos topamos con dificultades para marcar una línea clara entre ellos debido a la gran variedad estatal existente en su diseño normativo, por ello nos remitimos a la *Guía de buenas prácticas* relativa al contacto transfronterizo, la cual nos apunta valiosos criterios diferenciadores:

[a] En algunos de los sistemas que mantienen las denominaciones de “custodia” y “visita”, puede que el padre o la madre titular del derecho de visita, conserve de hecho importantes responsabilidades en la toma de decisiones en relación con el niño que van más allá del mero derecho de visita. Por ejemplo, éste puede ser el caso en sistemas en que el padre o la madre con derecho de visita sigue siendo “tutor” conjunto del niño o titular de la patria potestad. Al mismo tiempo, en lo que se refleja una tendencia a la coparentalidad, algunos sistemas han abandonado los términos de custodia y visita y han aceptado un principio general de responsabilidad parental compartida que se combina con decisiones en materia de residencia o contacto, según la necesidad, en los casos de separación de los padres (página 45, párrafo 9.1).

[b] Un caso más difícil es aquel en que existe una línea divisoria más clara entre un padre o madre titular de un derecho exclusivo de custodia y un padre o madre titular de un derecho de visita que, no obstante, sigue teniendo derecho a vetar el traslado del niño fuera de la jurisdicción. El derecho de veto puede surgir por atribución de pleno derecho, por orden judicial o a raíz de un acuerdo entre los padres. En este caso, hay diferentes opiniones judiciales en cuanto a si un derecho de visita, combinado con el derecho de veto, puede considerarse un derecho de custodia a efectos del Convenio (página 46, párrafo 9.2).

La jurisprudencia dominante respalda la idea de que un derecho de visita combinado con el derecho de veto al traslado de un niño fuera de la jurisdicción constituye un derecho de custodia a efectos del Convenio de 1980 (pfo. 9.3).

Un último apunte que cabe realizar en este apartado consiste en saber si el tribunal que decide sobre una solicitud de restitución está o no vinculado por la calificación que de esta figura realice otro tribunal. La solución nos la facilita la *Guía de buenas prácticas* relativa al contacto transfronterizo:

Una complicación más surge del hecho de que los tribunales de los dos países afectados lleguen a diferentes conclusiones sobre si el derecho en cuestión es un derecho de visita o de custodia. Esto puede suceder cuando el tribunal que decide sobre una solicitud de restitución utiliza el mecanismo del artículo 15 para pedir que las autoridades del Estado en que el niño tiene su residencia ha-

de La Haya de 1980 y 1996 es lo mismo que “derecho de visita”. No obstante, cuando se abordan cuestiones de definición, se mantiene el término “visita”.

bitual decidan o determinen que el traslado o retención era ilícito en el sentido del artículo 3o. del Convenio de 1980 (es decir, con infracción del derecho de custodia atribuido en virtud del derecho del Estado de la residencia habitual del niño). Se ha juzgado que el tribunal que decide sobre una solicitud de restitución no está vinculado por esta decisión o determinación, sino que debe determinar por sí mismo si el derecho atribuido al padre o madre solicitante constituye o no un “derecho de custodia” en el sentido autónomo de ese concepto en el Convenio (página 47, párrafo 9.4)

3. Regulación del derecho de visita

Este derecho se contiene, según González Beilfuss de manera ciertamente deficiente,⁸⁹¹ en los dos convenios internacionales cuya temática se dedican a la sustracción de menores.

Por lo que se refiere al Convenio de La Haya, el artículo 5o. afirma que: “a los efectos del presente Convenio: b) el ‘derecho de visita’ comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual”. Una regulación más completa de las implicaciones de este derecho se ofrece en el artículo 21 (capítulo V) donde se dispone que

una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las autoridades centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor. Las autoridades centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7o. para asegurar el ejercicio pacífico del derecho

⁸⁹¹ González Beilfuss, C., “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, España, Marcial Pons, vol. LXII, 2010, p. 60. Entendemos que la deficiencia sea dolosa en el sentido de que el Convenio ha redactado términos dejando un amplio margen de implementación por parte de cada uno de los Estados parte. En este sentido la *Guía de buenas prácticas*, segunda parte, medidas de aplicación, p. 5: “Las disposiciones del *Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* están formuladas en términos suficientemente precisos y neutros para poder ser aplicadas fácilmente por los tribunales y las autoridades nacionales. Lo que sea necesario para la aplicación del Convenio en el derecho interno de un Estado parte es una cuestión que depende del orden constitucional de cada Estado. Sea cual sea la situación constitucional, serán necesarias algunas medidas de aplicación para que el Convenio funcione eficazmente”. La *Guía de buenas prácticas* relativa al contacto transfronterizo reconoce la deficiencia de la regulación del derecho de visita o contacto en el convenio de La Haya del 80 y reconoce la utilidad de la convención de La Haya del 96. Véase las pp. XXI y XXII. Canales Pérez afirma que “el espíritu del Convenio de ninguna manera pretende regular exhaustivamente el derecho de visitas, en estos casos, puesto que no es esa la directriz para la que fue creado”, Canales Pérez, A., “Derecho de contacto transfronterizo”, *cit.*, p. 127.

de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las autoridades centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho. Las autoridades centrales, directamente o por vía de intermediario, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.

Este sistema de cooperación a cargo de las autoridades centrales para asegurar el pacífico ejercicio del derecho de visita es el “culpable” de que encontremos “pocos asuntos en los tribunales, ya que en principio se prevé que las autoridades centrales organicen o protejan el derecho de visita”.⁸⁹²

La *Guía de buenas prácticas* relativa al contacto transfronterizo —página 25, párrafo 4.6—, apuesta por una interpretación amplia del contenido de esta disposición:

Algunos tribunales consideran que el artículo 21 del Convenio de La Haya de 1980 se aplica únicamente al derecho a mantener el contacto establecido y que no es aplicable cuando se solicita por primera vez a un tribunal que determine el derecho a mantener el contacto. Esta visión limitada del alcance del artículo 21 no resulta aceptable a la luz del objetivo primordial, que es hacer efectivo el derecho del niño a mantener el contacto con ambos padres. La obligación de respetar el derecho del niño existe tanto si un tribunal ya ha emitido una decisión en materia de contacto como en caso contrario.

Por su parte, la Convención Interamericana, de conformidad con el artículo 3o., entiende que: “para los efectos de esta Convención: b) el derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un periodo limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual”. Nuevamente, una regulación más extensa de este derecho lo encontramos en el artículo 21, que si bien cuantitativamente hablando es inferior al ramillete de artículos que regula la figura de la guarda y custodia, es importante destacarlo. Quizá esta atención (marginal) prestada a los derechos de visita viene justificada en la vida real por el reducido número de casos que acaparan su atención. Lo anterior se correlaciona con los datos que ofrece la autoridad central argentina al señalar que “el número de peticiones de restitución es ampliamente superior al

⁸⁹² Canales Pérez, A., “Derecho de contacto transfronterizo”, *cit.*, pp. 131 y 132. Esta autora menciona que “el Convenio deja a las autoridades centrales la responsabilidad de garantizar ese contacto. Considero en lo personal que, lamentablemente al no tener todos los Estados miembros la misma problemática ni los mismos recursos, el tratamiento que se recibe al problema es variado, y no siempre en garantía del respeto del derecho de contacto”.

número de solicitudes de derecho de visita, siendo el 79.92% de los casos pedidos de restitución, contra un 20.28% de casos en los cuales se han solicitado visitas internacionales”.⁸⁹³

Esta escueta redacción del derecho de visita encuentra su mejor aliado, en clave de complemento, con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, reconocimiento y ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores,⁸⁹⁴ cuya ratificación es ciertamente recomendable para la república mexicana,⁸⁹⁵ en distinta medida (a modo de ejemplo) México puede encontrar una importante ayuda en el Reglamento Comunitario 2201/2003 (Bruselas II bis) del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, en el Convenio Europeo relativo al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Custodia de Menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980,⁸⁹⁶ así como en el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimien-

⁸⁹³ Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, p. 185.

⁸⁹⁴ La conexión entre ambos convenios es indubitada, de hecho podemos mencionar la *Guía de contacto transfronterizo* relativo a los niños de 2008 que comparten ambos convenios. Véase el primer apartado (página VII) de dicha *Guía*. Artículo 3o.: “Las medidas previstas en el artículo primero pueden referirse en particular a: b) el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual”.

⁸⁹⁵ En el ánimo de ratificar el Convenio de La Haya de 1996 no somos los únicos y en este sentido la *Guía de buenas prácticas* —primera parte, página 75, párrafo 6.6— señala que: “El Convenio de 1996 tiene ventajas potenciales como complemento al Convenio de 1980, y se recomienda a los Estados contratantes que consideren su ratificación o adhesión al mismo”, www.hcch.net/upload/abdguide_s.pdf; afirmaciones que se reiteran en el mismo tono en las páginas 81 y 82, párrafo 6.6, en la *Guía de buenas prácticas* —tercera parte, “Medidas de prevención”, página 7, párrafo 1.1.2— (www.hcch.net/upload/abdguideiii_s.pdf) y en la *Guía de buenas prácticas* relativas al contacto transfronterizo del niño, página XI, párrafos 3.2.1 y 3.2.3, página 13, párrafo 3.2.1, y página 14, párrafo 3.2.3 (www.hcch.net/upload/abdguidecontact_s.pdf).

⁸⁹⁶ Este tratado se aplica a cualquier resolución cuando se refiera al cuidado del menor así como al derecho de visita en territorio distinto a aquel en que se ejerza la custodia. El reconocimiento del derecho a relacionarse se materializa en su artículo 11.3 al mencionar que la autoridad central del Estado requerido podrá disponer que las autoridades competentes de éste, resuelvan cuando no exista resolución alguna sobre el derecho de visita o se niegue el reconocimiento y la ejecución de la resolución relativa a la custodia.

to y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y de derecho de visita y devolución de menores.⁸⁹⁷

El derecho de visita también aparece regulado en el artículo 20 —visita— de la Ley Modelo sobre Normas Procesales al afirmar que

la solicitud que tiene por objeto hacer efectivo el derecho de visitas por parte de sus titulares en los casos previstos en los convenios internacionales de restitución, seguirán el procedimiento establecido en la presente ley. El derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al niño por un periodo de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual. No son requisitos necesarios para la procedencia de la solicitud de visitas en el marco de los convenios internacionales de restitución, la existencia de un traslado o retención ilícitos previos, ni la existencia de un régimen de visitas establecido previamente.

Todos estos instrumentos deben ponerse en relación con el Convenio sobre los Derechos del Niño, concretamente con sus artículos 9o., 10 y 18. Derivado del Convenio es que podemos establecer los parámetros en los que se debe mover este concepto: a) todo menor es titular del derecho a relacionarse y convivir con ambos progenitores (en clave de complemento con los convenios de sustracción añadimos: el derecho a no ser sustraído, de forma unilateral, sin consenso, del Estado que funge como residencia habitual y el derecho a ser restituido inmediatamente desde el Estado de refugio al Estado de su última residencia habitual, si ello responde a su interés); b) debe tomarse en cuenta a la hora de determinar este derecho el “interés superior del menor”; c) en caso de considerar que el menor tiene capacidad para formarse una opinión, teniendo en cuenta su grado de madurez, la inexistencia de presiones externas y manipulaciones,⁸⁹⁸ debe ser oído por la autoridad competente con la finalidad de determinar el alcance de este derecho.⁸⁹⁹ Pa-

⁸⁹⁷ Artículo 1.1. El presente convenio tiene por objeto: a) Garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos, ilegalmente, a uno de los dos Estados contratantes. b) Hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativas a la custodia y al derecho de visita, dictadas en uno de los dos Estados contratantes en el territorio del otro Estado. c) Favorecer el libre ejercicio del derecho de visita en territorio de ambos Estados.

⁸⁹⁸ “Si en un procedimiento judicial de orden familiar se pretende hacer valer en contra de uno de los padres la declaración rendida por los hijos, cuando éstos se encuentran en poder del otro, sólo podrá tener validez y eficacia la misma, si previamente se demuestra que no ha sido influenciada por el que los tiene consigo”. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, amparo directo 125/2007.

⁸⁹⁹ Como afirma Canales Pérez, “la Conferencia no desconoce que en determinados casos, generalmente del artículo 13 como excepciones de la restitución del propio Convenio reconoce la incorporación en el estudio, de la opinión del menor, tomando en cuenta su edad y madurez, situación considero que también tendrá observancia en el ejercicio del derecho de

rámetros de parecido tenor que los mencionados para la determinación de los derechos de guarda/custodia.

En este contexto entendemos que son los ordenamientos jurídicos, en primera instancia, y los órganos jurisdiccionales, en segunda instancia, quienes deben adaptar y aplicar de manera casuística este derecho de visita/contacto, teniendo siempre presente que negar su disfrute debe ser excepcional, justificado y motivado desde que “constituyen *public policies*”,⁹⁰⁰ puesto que “es una cuestión de orden público e interés social, dado que en su observancia está interesada la sociedad y el Estado”.⁹⁰¹ Así, este derecho al contacto con uno de los progenitores debe ser limitado o cercenado exclusivamente cuando existan causales graves y ciertamente limitadas que puedan afectar negativamente al “interés superior del menor”;⁹⁰² en este sentido se pronuncia la *Guía de buenas prácticas* relativas al contacto transfronterizo al darnos dos notas necesarias a tener en cuenta a la hora de dibujar estas limitaciones: a) deben ser las necesarias para proteger los intereses del niño (página X, párrafo 1.2) y b) el principio expresado es el de proporcionalidad (página 5, párrafo 1.2). Afirmaciones que deben complementarse con tesis aisladas al señalarse que

visitas que existe entre el hijo y quien no tendrá su custodia”, Canales Pérez, A., “Derecho de contacto transfronterizo”, *cit.*, p. 127.

⁹⁰⁰ Moya Escudero, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, *cit.*, p. 15. En este sentido señala que puede calificarse como “norma positiva mínima en cuanto necesita normas más detalladas en relación a la efectividad de los derechos que recoge y, por tanto, de un desarrollo más jurídico, teniendo en cuenta que en su elaboración intervinieron numerosas organizaciones internacionales no gubernamentales, muchas de ellas sin carácter jurídico”.

⁹⁰¹ Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Clave I.6o.C., núm. J/49, amparos directos 3656/2003, 2686/2004, 6066/2004, 2666/2005 y 2716/2005. Véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXI, abril de 2005, p. 1469, tesis II.3o.C.62 C, de rubro “Régimen de visita y convivencia con los padres. El juez debe resolver ese tema aunque las partes no lo hayan planteado, atendiendo al interés superior del niño”, y t. XIX, abril de 2004, p. 1407, tesis I.11o.C.96 C, de rubro “Convivencia familiar. En las sentencias que se dicten en los juicios de divorcio o de guarda y custodia de menores, es obligación del órgano jurisdiccional pronunciarse, aun de oficio, respecto a ese régimen (legislación del Distrito Federal)”, Jurisprudencia por reiteración de criterios, derecho civil.

⁹⁰² “RÉGIMEN DE VISITA Y CONVIVENCIA CON LOS PADRES. EL JUEZ DEBE RESOLVER ESE TEMA AUNQUE LAS PARTES NO LO HAYAN PLANTEADO, ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, clave II.3o.C., núm. 62 C. Amparos directos 790/2002 y 695/2002. “MENORES DE EDAD. SUSPENSIÓN TEMPORAL DE LAS RELACIONES DE CONVIVENCIA. LA AFECTACIÓN A SU INTERÉS SÓLO SE JUSTIFICA EN ARAS DE TUTELAR SU INTEGRIDAD Y CORRECTA FORMACIÓN”. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 812/2008, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, enero de 2010, tesis I.4o.C.238 C, p. 2149.

sólo podrá suspenderse, limitarse o perderse por resolución judicial expresa y cuando se haya perdido la patria potestad... teniendo sólo como limitante para que se suspenda el ejercicio del derecho de visita y convivencia, que exista peligro para el menor, caso en que el juzgador podrá aplicar las medidas correspondientes a fin de salvaguardar el interés superior del menor, contra alguno de los progenitores.⁹⁰³

De igual importancia es saber que en el contexto mexicano la falta de asistencia a una visita establecida no motiva la privación o suspensión de este derecho:

no constituye una circunstancia que motive la privación o suspensión del derecho a la convivencia entre padres e hijos, pues no es, salvo prueba en contrario, un hecho grave que implique un peligro inminente en el desarrollo físico, psicológico o mental del menor y sí, por el contrario, la preservación del trato frecuente entre ambos tiende a desarrollar una formación estable y fuerte en beneficio del menor.⁹⁰⁴

En otro orden de ideas cabe mencionar que la determinación de este derecho (horas, días, traslados, medidas de disfrute *versus* medidas de protección/garantía, etcétera) debe realizarse de manera detallada, milimétrica, de cara a facilitar su materialización y evitar resquicios que deriven en ulteriores situaciones críticas. Esta necesidad aparece contenida en la *Guía de buenas prácticas* —cuarta parte, “Ejecución”, en el anexo, párrafo 7.2— al establecer como principio general que:

La decisión en materia de contacto debería fijar de manera precisa los detalles prácticos del contacto. Los términos han de ser claros e inequívocos. Las fechas y las horas deben ser precisas. Cuando vaya a producirse un viaje, la decisión debe aclarar asimismo quién debe correr con los gastos que éste ocasione. Los tribunales deben invitar a las partes a elaborar de manera conjunta las disposiciones prácticas que vayan a incorporarse en la decisión en materia de contacto o tener al menos en cuenta las sugerencias de las partes. Cuanto más precisos sean los términos de la decisión, más fácil resultará su ejecución.

⁹⁰³ Véase nota 901.

⁹⁰⁴ “MENORES DE EDAD. LA FALTA DE ASISTENCIA A UNA DE LAS VISITAS ESTABLECIDAS, NO MOTIVA LA PRIVACIÓN O SUSPENSIÓN DEL DERECHO A LA CONVIVENCIA ENTRE PADRES E HIJOS, PUES NO CONSTITUYE, SALVO PRUEBA EN CONTRARIO, UN HECHO GRAVE QUE IMPLIQUE UN PELIGRO INMINENTE EN SU DESARROLLO FÍSICO, PSICOLÓGICO O MENTAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, amparo directo 451/2005.

Afirmaciones que se reiteran en la *Guía de buenas prácticas* relativas al contacto transfronterizo (página 38, párrafo 7.2). Esta precisión tiene un doble cometido: por un lado, permitir que el progenitor que tiene el derecho de visita lo disfrute plenamente y sin interrupciones y, por otro lado, prever las medidas necesarias para que el progenitor que tiene los derechos de custodia lo disfrute sin preocupaciones. Así deben tomarse medidas para el disfrute de uno de los progenitores y medidas de garantía para el otro progenitor. Tarea ciertamente complicada como bien comenta Canales Pérez:

la propia Conferencia es consciente de que el cumplimiento del derecho de visitas deja a la persona que tiene la custodia del niño en un estado de incertidumbre, por ello, la autoridad central es la responsable de construir un blindaje que respete el derecho de contacto, sin poner en riesgo el derecho de custodia, sin duda, tarea nada sencilla.⁹⁰⁵

En esta misma línea la *Guía de buenas prácticas*⁹⁰⁶ —primera parte, párrafo 5—, prevé las visitas supervisadas (institucional o familiarmente) con el fin de correr riesgos de traslados ilícitos; intención que se repite en esta misma *Guía* —tercera parte, medidas de prevención, página 21, párrafo 2.2.2— afirmando que:

Es estas situaciones, un tribunal puede considerar proporcionar protección adicional para que actúe como elemento disuasorio. Un tribunal puede, por ejemplo, emitir una orden de visita condicional o sujeta al cumplimiento de determinados requisitos, tales como la supervisión de la visita por un profesional o por un miembro de la familia; el depósito de una garantía económica por la persona con el derecho de visita; la exigencia de que el progenitor con derecho de visita informe regularmente a la policía o a otra autoridad durante el periodo de la

⁹⁰⁵ Canales Pérez, A., “Derecho de contacto transfronterizo”, *cit.*, p. 127. Esta autora menciona que “la Conferencia a través de estudios de campo con los reportes entregados por las autoridades centrales, se ha percatado de que en algunos casos, la sustracción o retención deriva de limitaciones al derecho de visitas, por lo que se estima que cuando se den las garantías suficientes para el ejercicio de ese derecho, podrán reducirse los casos relacionados con esta problemática”, pp. 128 y 129; Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, p. 174.

⁹⁰⁶ Como señala Canales Pérez respecto a estas *Guías de buenas prácticas*, “ofrecen consejos sobre los principios generales y las prácticas que pueden conducir a una implementación y una aplicación más eficaz de las disposiciones del Convenio... La *Guía* recibió la aprobación general de la Comisión Especial; sin embargo, se estableció que los principios generales expuestos en ella, tendrían un carácter meramente facultativo y serían los Estados parte, y en particular las autoridades centrales designadas en virtud de los convenios, quienes habrían de revisar sus propias prácticas y mejorarlas en caso de ser necesario”, Canales Pérez, A., “Derecho de contacto transfronterizo”, *cit.*, p. 133.

visita; y/o, que la llegada y la salida del menor se registre en la embajada en el Estado de destino. El tribunal también puede exigir que el progenitor que ejercite su derecho de visita proporcione uno o más de los siguientes datos: datos de contacto en el extranjero; número de pasaporte; datos de la tarjeta de crédito; número del permiso de conducir; datos del trabajo y de amigos; fotocopias de los billetes de avión; itinerario de viaje.

Afirmaciones que se repiten en esa misma *Guía* —tercera parte, p. 31, pfo. 3.2.1—; igualmente se puede solicitar, como señala esta *Guía*, un “aval al tribunal como condición para la visita, la cual será ejecutada en caso que se produzca la sustracción (en algunos casos, el dinero puede utilizarse por el otro progenitor para solicitar la restitución)”. Afirmaciones que se reiteran en la *Guía de buenas prácticas* relativa al contacto transfronterizo (página XVII, párrafo 6.3).

Otra medida acordada por el Poder Judicial mexicano consiste en la posibilidad de suspender los efectos de aquel convenio donde se establecían dichos derechos:

INTERDICTOS DE RETENER LA POSESIÓN DE UN MENOR. En la sentencia que resuelve el interdicto de retener la posesión de un menor, promovido por la madre ante la amenaza del padre de perturbar dicha posesión, sí es factible acceder a la petición de la actora de suspender los efectos del convenio, aprobado judicialmente en el divorcio por mutuo consentimiento, en lo tocante a la adquisición, por la primera, de la custodia del citado menor, y del segundo, al derecho de sacar a éste determinados días de la semana pero con la obligación de retornarlo el mismo día, si la causa en que se apoya tal solicitud se hace consistir en que al ejercitar el padre ese derecho en una ocasión anterior, retuvo al hijo por varios meses con palpable violación al mencionado convenio...⁹⁰⁷

Respecto a la exigencia de una fianza y la posible discriminación que supone solicitud e imposición, encontramos dos posturas, por un lado Canales Pérez afirma que el Convenio

limita la posibilidad de fijar fianzas a los extranjeros en ejercicio del derecho de visita para que puedan ejercerlo. La Comisión Especial ha concluido que se trata de una práctica discriminatoria y únicamente se aceptan las fianzas o cualquier medida de apremio únicamente para que se garantice el ejercicio del derecho

⁹⁰⁷ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. Amparo directo 846/88, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. III, segunda parte-1, enero a junio de 1989, p. 411, Tribunales Colegiados de Circuito.

de visita por parte del padre custodio cuando el otro tenga que trasladarse para dicho contacto.⁹⁰⁸

Por otro, la *Guía de buenas prácticas* relativa al contacto transfronterizo afirma —página XVI, párrafo 6.3— que: “Entre otras garantías y salvaguardias que aseguran el respeto de las condiciones generales del contacto se encuentran las siguientes... el depósito de una garantía financiera o fianza”. Afirmaciones que se repiten —página 33, párrafo 6.3—.⁹⁰⁹

Igual que ocurría con el derecho de guarda/custodia, aseveramos que el derecho de visita/contacto debía estar ejerciéndose de *manera efectiva* por uno de los progenitores para poder hablarse de una vulneración a la asignación de estos derechos y por ello traducirse en una sustracción del menor. Para determinar en específico los rasgos delimitadores de esta vulneración-efectividad como binomio inseparable nos remitimos al apartado anterior.

⁹⁰⁸ Canales Pérez, A., “Derecho de contacto transfronterizo”, *cit.*, p. 126.

⁹⁰⁹ Por lo que se refiere al tema de las fianzas, las tesis aisladas mencionan “INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN DE MENOR. EJECUCIÓN DE SENTENCIA SIN FIANZA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN)... ningún motivo existe para considerar necesario el otorgamiento o la exigencia de una caución como garantía económica del padre, demandado en el juicio interdictal, ni del menor, pues aun cuando no se alega aquélla a favor de éste, es pertinente observar que la fianza sería inocua en relación con la ejecución de la sentencia de referencia ya que a la luz de una observancia general al padre, aun privado de la posesión material del menor, podría asistirle la obligación de procurarle la satisfacción de sus necesidades (alimentos, por ejemplo) y en tal virtud la determinación del interdicto, cuyo objetivo tuvo la guarda y protección del menor, debe ejecutarse sin sujeción al otorgamiento de fianza, máxime si se considera que al ser resuelto tal interdicto y dar posesión interina del menor a uno de los progenitores, el padre perdido, si bien es privado de sus derechos actuales sobre la posesión del menor, tales derechos no son estimables en dinero, y la ejecución de la sentencia de que se trata en manera alguna repercute inmediata y directamente sobre su situación económica ni mucho menos le merma ganancia patrimonial alguna. Todavía más, aun cuando no haya concluido el juicio por estar pendiente la resolución del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia interdictal, es claro que la privación de tales derechos no es definitiva y los efectos de aquélla pueden ser reparables si el fallo se revoca, condenándose en este caso no sólo al pago de costas del juicio, sino también a la restitución del menor, por lo que no hay privación definitiva de derechos; y aun cuando las costas comprenden solamente los gastos judiciales necesarios y los honorarios del abogado, es de estimarse que su condena, junto con la restitución mencionada, restablecen las cosas al estado que tenían antes de la ejecución de la sentencia interdictal, se satisfacen las exigencias de la justicia y de la celeridad de ésta, no se deja sin materia la segunda instancia y se conserva el equilibrio de las partes litigiosas en la tramitación del juicio interdictal y del recurso de apelación hecho valer contra la sentencia que en aquél recaiga. No se pretende, pues, privar al quejoso de sus posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales establecidos y con justo apego a las leyes aplicables”. Amparo en revisión 1964/76. Horacio Moreno Caballero. 28 de junio de 1977. Unanimidad de 16 votos. Ponente Arturo Serrano Robles, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols. 97-102, primera parte, p. 111, Pleno.

En su arista penal encontramos el Código Penal de Tamaulipas donde se habla específicamente de la violación a este derecho de visita asignado en el artículo 300 bis, y en este sentido menciona que “comete el delito de retención de menores cualquiera de los padres que teniendo la custodia compartida de los hijos determinados días, se resista o se niegue a devolver a los menores al hogar en que ordinariamente habitan. Sólo se procederá a petición de quien ejerza el derecho de custodia”.

A modo de cierre cabe señalar que, a pesar de que nuestras líneas se concentran en las relaciones paterno-filiales, no cabe desconocer que cada uno de los Estados puede prever y admitir las visitas a la familia en sentido amplio, lo que se ha denominado “visitas a la familia ampliada”⁹¹⁰ (abuelos, tíos, etcétera), lo anterior con la finalidad de conseguir la estabilidad emocional del menor y conservar el contacto con sus orígenes.

4. *Las denominadas relocation disputes*

En esta esfera civil no cabe desconocer que el derecho de contacto viene íntimamente relacionado con las denominadas *relocation disputes*, por ejemplo,

si los jueces no están dispuestos a permitir la reubicación es posible que ello lleve a la persona que tenga el cuidado principal a sustraer al niño. Asimismo, si no se respetan las decisiones de contacto una vez desplazado el niño al extranjero, puede que el padre titular del derecho a mantener el contacto lleve a cabo la sustracción del niño en su deseo de mantener este contacto⁹¹¹

La tenue línea se traspasa cuando el cambio de residencia habitual se produce de un Estado a otro, de manera unilateral, discrecional y arbitraria, sin el consentimiento del otro progenitor que también tiene derechos tuitivos.

El derecho de vista/contacto puede solicitarse oportunamente en varios contextos y momentos, orientándonos en lo establecido por la *Guía de buenas prácticas* relativo al control transfronterizo, páginas XXV y XXVI:

a) el solicitante puede desear establecer contacto con el niño mientras espera una decisión sobre la restitución. Se ha sugerido que, en un caso en que se produce una demora al decidir sobre la solicitud de restitución, negar al padre o madre solicitante el contacto puede contribuir a alienar al niño respecto de ese padre o

⁹¹⁰ Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, p. 175.

⁹¹¹ *Guía de buenas prácticas* relativa al control transfronterizo, pp. XXV y XXVI.

madre, por lo que puede que aumenten las posibilidades de éxito de una excepción basada en el artículo 13 *b*). En cualquier caso, para preservar la continuidad de la relación del niño con el padre o madre solicitante es necesario que la cuestión del contacto se resuelva lo antes posible.

b) 1. Cuando se desestima una solicitud de restitución, por ejemplo con base en una excepción en virtud del artículo 13, se plantea inmediatamente la cuestión de si se han tomado las disposiciones adecuadas para el contacto entre el niño y el padre o madre privado del mismo. 2. Si la solicitud de restitución prospera, la cuestión del contacto entre el niño y el padre o madre sustractor(a).

c) situaciones en las que se pide una modificación del régimen de contacto o visita que se tenía, bien para ampliar o bien para reducir el tiempo de este derecho tuitivo.

d) en el contexto de las denominadas *relocation disputes*, “el caso típico suele ser que un tribunal del país en que el niño tenía su residencia habitual anterior permite que el padre o madre que tiene el cuidado principal del niño se mude a otra jurisdicción con éste, emitiendo al mismo tiempo una decisión en materia de contacto con respecto al padre o madre que se ve privado del niño”.

La *Guía buenas prácticas* relativa al contacto transfronterizo, en su apartado 8, páginas 41 y siguientes, hace detenida referencia a la figura de las *relocation disputes*:

Los problemas en torno a la reubicación se plantean cada vez más en los tribunales de numerosos Estados contratantes del Convenio de 1980. La “reubicación” implica un traslado permanente del niño, normalmente junto al padre o madre que tiene el cuidado principal, para vivir en un nuevo país. El resultado suele ser que el niño vive a una distancia mucho mayor del padre o madre privado del niño y que para ese padre o madre es más difícil y costoso ejercer el derecho a mantener el contacto.

La naturaleza y justificación de esta última figura se basa en dos situaciones igualmente legítimas: por un lado, encontramos al progenitor que ostenta el derecho de visita y que tiene el temor fundado de que la distancia que se imponga con su hijo marque su relación paterno-filial. Por otro lado, igualmente lógico y legítimo, el otro progenitor puede buscar para él y el menor un entorno mejor y de mayor protección en varias y diferentes aristas (afectiva, económica, profesional, amorosa, etcétera). Si bien ambas pretensiones son igualmente legítimas cabe recordar que en el medio está el menor.

En esta complicada situación las autoridades deben tomar una decisión bien a favor de mantener el derecho de contacto con el padre o bien autorizar el traslado del menor con el otro progenitor a un contexto social diferen-

te. Una decisión donde deben conjugarse una serie de parámetros desde que ésta afectará para bien a uno de ellos y supondrá un sacrificio para el otro. En esta difícil situación, como señala González Beilfuss,

no es infrecuente que las autoridades judiciales contrapongan la situación presente, previa al traslado, con la situación futura, posterior al cambio de domicilio, lo que implica desconocer la libertad de movimiento de la madre, que en función del rol materno parece haber perdido la libertad individual de establecer su residencia donde le parezca oportuno.⁹¹²

Por la trascendencia que tienen estos pronunciamientos entendemos que las autoridades no deben tener en cuenta y potenciar la importancia de un parámetro sino que debe ser analizado en conjunto la situación, presente y futura del menor con el cambio de residencia (y me atrevo a decir también de los padres). Entendemos que debe autorizarse el cambio conjunto de un progenitor con su menor cuando sean esgrimidas razones de peso y no solamente por una decisión tomada por rabia, capricho o despecho. Igualmente cuando existe violencia intrafamiliar el rumbo de estas *relocation disputes* parece muy simple dictándose a favor de su traslado lícito, pues como anota González Beilfuss, “no tiene ningún sentido que se dicten órdenes de alejamiento y, en cambio, no se permita a las víctimas autoprotegerse, poniendo distancia con la situación de violencia”.⁹¹³

En este contexto quizá, la nueva situación que genera el traslado del menor, sea esgrimida como un nuevo pretexto para enfrentar a los progenitores, aludiendo por ejemplo el mayor coste que generaría y por ende la merma de las nuevas economías familiares. Puede fungir no sólo como un pretexto para un nuevo enfrentamiento sino también como verdadero obstáculo para el efectivo derecho de visita. Como recomienda la *Guía de buenas prácticas* relativas al contacto transfronterizo, página XVIII, párrafo 6.9: “Los gastos que conlleve la organización y el ejercicio del derecho a mantener contactos transfronterizos debería poder contabilizarse en la evaluación de los alimen-

⁹¹² González Beilfuss, C., “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, España, Marcial Pons, vol. LXII, 2010, p. 67; esta autora agrega que “debería, en efecto, también tenerse en cuenta la posibilidad de que la madre decida trasladarse, pese a no ser autorizada a llevar a su hijo consigo, e intentar determinar cuál sería la situación del niño, si permanece en la jurisdicción y ha de cambiar de guardador, pues en definitiva es la madre la que ha de escoger si mantiene o no su proyecto de trasladarse, a pesar de no poder llevar consigo a su hijo”. La única matización que haría a las anteriores palabras sería el uso indistinto de “madre” y “padre”.

⁹¹³ *Ibidem*, p. 73.

tos para los niños”. Afirmaciones que se reiteran en la página 35, párrafo 6.9 y que pone igualmente de manifiesto González Beilfuss

cabe, de una parte, establecer una regulación *ad hoc* o integrar tal cuestión en la determinación de la pensión de alimentos. Desde un punto de vista jurídico, se plantea un problema de calificación, pues tendrá que decidirse si la decisión es una obligación alimenticia o una obligación vinculada al derecho de visitas, lo cual determinará la aplicación de distintos instrumentos.⁹¹⁴

Lo anterior amerita una nueva decisión, la cual puede venir facilitada si la decisión de la *relocation dispute* se pronuncia *ex ante* a una sustracción. Entendemos que esta figura ayuda a prevenir las sustracciones.

Lo que queda claro es que en caso de aceptarse el traslado del menor debe dictarse una nueva resolución para la fijación del régimen de visitas, en el entendido de que no es lo mismo un derecho de visita nacional que uno internacional en términos de plazos, días, horas, gastos, etcétera. En este sentido la *Guía de buenas prácticas* relativa al contacto transfronterizo (página XIX, párrafo 8, y páginas 17 y 18, párrafos 3.4.2 y 3.4.3) advierte que

Es importante que los términos y condiciones de una decisión en materia de contacto emitida en un contexto de reubicación sean respetados al máximo en el país de destino de la reubicación”(8.2) [así como que] Las decisiones en materia de contacto emitidas en un contexto de reubicación deberían ser acreedoras de reconocimiento y ejecución en el país de destino. Debería preverse una forma de reconocimiento anticipado de estas decisiones (8.3) [y en caso de no ser posible] debería poder solicitarse una decisión en el país de destino que refleje a modo de espejo las disposiciones relativas al contacto establecidas por el juez que haya dictado la reubicación (8.4).

Por lo que se refiere a las tesis aisladas encontramos dos pronunciamientos en los que se ensalza la importancia de no cambiar de forma unilateral y arbitraria la residencia habitual del menor.

[a] MENORES. SU CAMBIO DE DOMICILIO NO PUEDE SER DETERMINADO UNILATERALMENTE POR EL PROGENITOR TITULAR DE LA GUARDA Y CUSTODIA, SI AMBOS PADRES CONSERVAN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. De la interpretación armónica de los artículos 164, 168, 413, 414, 416, 418 y 422 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que la patria potestad se ejerce por los padres sobre la persona y los bienes de los hijos, y en caso de la separación de los progenitores, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes, quedando

⁹¹⁴ *Ibidem*, p. 63.

el menor bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos (custodia), mientras que el otro tendrá la obligación de contribuir con el que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia, si no fue privado de la patria potestad. Por consiguiente, el progenitor que detenta la guarda y custodia sobre el menor, no puede cambiar unilateralmente el domicilio de éste, ya que la titularidad de esos derechos no implica un poder omnímodo y exclusivo para determinar el lugar en que debe vivir el infante, porque tratándose de esa decisión tan importante debe intervenir también el otro progenitor, ya que al estar en pleno ejercicio de la patria potestad, conserva el derecho de convivir con su hijo e, incluso, la obligación de velar por la formación física, espiritual y moral de él, así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que le represente utilidad, lo que no podría llevar a cabo si éste es trasladado a un lugar distante sin su consentimiento o sin que se fijen previamente las bases de la convivencia y visitas entre ambos, por lo que es inconcuso que los dos padres deben resolver de común acuerdo ese cambio y en defecto de convenio, debe ser el juez competente el que determine todo lo conducente a la formación y educación del menor, entre lo que destaca lo relativo al lugar y ambiente en que ha de desenvolverse, pues no es posible que sin una debida justificación se distancie a los hijos de sus padres, en tanto esto puede implicar una separación fundamental, ya que de cambiar el domicilio a un lugar muy lejano, sea dentro o fuera del país, es patente que el progenitor que no tiene la guarda y custodia no podrá disfrutar de la convivencia con su menor hijo en la forma en que lo venía haciendo, toda vez que no es lo mismo visitarlo en la propia ciudad a tener que salir incluso del país para lograr esa convivencia, lo que evidentemente acarrea notorios perjuicios no solamente para el progenitor sino inclusive para el menor, pues ya no se fomentarían con la misma intensidad y frecuencia los lazos afectivos entre ellos; de ahí que sea significativo valorar la conveniencia de que el menor cambie su residencia o, en su caso, fijar las condiciones bajo las cuales debe llevarse a cabo ese cambio, en virtud de que esta facultad y correlativa obligación es una cuestión inherente al ejercicio de la patria potestad y coetánea de la vigencia del derecho de visita y convivencia con el menor.⁹¹⁵

[b] CUSTODIA DE MENORES. QUIEN POR MUTUO CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES, ELEVADO A LA CATEGORÍA DE COSA JUZGADA TENGA LA, PARA CAMBIAR DEL DOMICILIO PREVIAMENTE ESTABLECIDO A OTRO DISTINTO, YA SEA DENTRO DEL PAÍS O FUERA DE ÉSTE, DEBE SOLICITARLO A TRAVÉS DE UN JUICIO AUTÓNOMO Y NO POR LA VÍA INCIDENTAL. Si en un divorcio voluntario, las partes celebran un convenio en el que establecen que la custodia de sus menores hijos la tendrá la madre, señalándose el domicilio en que deberán vivir y este convenio se eleva a la categoría de cosa juzgada, no puede revocarse ninguna de sus cláusulas a través de una interlocutoria que recaiga al incidente por el que aquélla solicita

⁹¹⁵ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 6123/2002.

autorización para salir con sus hijos del domicilio establecido, a otro distinto, ya sea dentro del territorio nacional o del extranjero, toda vez que tal petición debe abordarse a través de un juicio autónomo en el que por fuerza, recaiga una sentencia constitutiva que normalmente debe producir efectos hacia el futuro, es decir, que el nuevo estado jurídico que sobrevenga, sólo empiece cuando el fallo pase a la categoría de cosa juzgada, ya que el derecho potestativo para obtener el cambio del estado jurídico mediante la sentencia, sólo se da si el titular de este derecho, acude ante el juez y demanda el pronunciamiento de esa resolución, en virtud de existir un aspecto familiar importante en el que está implícito, ante todo, el bienestar de menores procreados por los padres contendientes, siendo sólo por medio de un procedimiento formal, que verdaderamente se traduzca en un juicio que facilite ponderar una serie de cuestiones que se tengan presentes para llegar a la conclusión final de, si es o no, en beneficio de los menores, que se pueda revocar alguna cláusula del referido convenio, a efecto de conceder la autorización para que aquéllos vayan a residir a otro domicilio, ya sea dentro del país o fuera de éste, bajo la misma custodia de la progenitora señalada con anterioridad.⁹¹⁶

IX. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA SUSTRACCIÓN

1. *Introducción*

La importancia de tratar el concepto del “interés superior” cada vez que se aborda la protección de los menores de edad, desde cualquier arista jurídica, es indiscutible. En este sentido y como bien apunta Moya Escudero, “en la actualidad todo gira en interés del menor, hasta el punto de que nuestro siglo ha sido llamado el siglo de la infancia”⁹¹⁷ o el “siglo del puerocentrismo”.⁹¹⁸ Son afirmaciones que sin duda reflejan la posición privilegiada del menor en cualquier relación familiar. Así, el “interés superior del menor... se vincu-

⁹¹⁶ Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 1906/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. II, noviembre de 1995, p. 519, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis I.6o.C.25 C.

⁹¹⁷ Moya Escudero, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, cit., pp. 6 y 7.

⁹¹⁸ Como bien señalan destacados *iusprivatistas*, “esta afirmación significa que, hoy día, las normas de DIPr, relativas a los menores están construidas sobre el principio del «interés del menor» y que se interpretan también con arreglo a dicho principio del «interés del menor»”. Véase Calvo Caravaca, A. L. et al., *Derecho de familia internacional*, cit., p. 326. El término “puerocentrismo” puede ser utilizado en contraposición al término “centro adultista” utilizado por Márquez Matamoros en “Los jueces, el derecho convencional multilateral y el convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, cit., p. 268.

la directamente con el principio de dignidad, separando definitivamente al niño de la esfera de inmunidad paterna”.⁹¹⁹

Para abordar normativamente el concepto del “interés superior” debemos hacer referencia a la Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1836 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.⁹²⁰ Desde su aprobación, la Declaración ha sido una guía para la actuación tanto pública como privada encaminada a proteger a los menores de edad. Este instrumento se ha convertido en un sólido marco moral para dibujar los derechos de los menores. Esta Declaración con el tiempo cedió paso a la elaboración de un Convenio, el cual, por su propia naturaleza, podría precisar las obligaciones estatales de cara a proteger íntegramente al menor; en esta necesidad de contar con un instrumento más vinculante es que situamos la génesis del Convenio sobre los Derechos del Niño, considerado “el escalón más alto en la protección y promoción de los derechos del niño”.⁹²¹ Así, tras la existencia de la Declaración se percibía la necesidad de dar fuerza de tratado a los derechos que debían ser reconocidos respecto a los menores; lo anterior propició que durante los preparativos del Año Internacional del Niño (1979) se diera inicio a la elaboración de un proyecto de tratado, con una iniciativa que procedía de Polonia, siendo Adam Lopakta, presidente del grupo de trabajo. De aquí salió este Convenio que hoy se ha convertido en el necesario punto de mira y de partida para la protección de los derechos de los menores “pues supone

⁹¹⁹ González Contró, M., *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 403.

⁹²⁰ Los derechos que se consagran son: 1. El derecho a la igualdad, sin importar raza, color, religión, sexo o nacionalidad. 2. El derecho a un desarrollo mental y físico sano. 3. El derecho a un nombre y a una nacionalidad. 4. El derecho a suficiente alimentación, vivienda y cuidado médico. 5. El derecho a un cuidado especial en caso de sufrir alguna deficiencia. 6. El derecho al amor, la comprensión y el cuidado. 7. El derecho a la educación gratuita, al juego y la recreación. 8. El derecho a la asistencia médica en casos de desastres y emergencias. 9. El derecho a la protección contra la crueldad, el abandono y la explotación. 10. El derecho a la protección contra la persecución y a la crianza en un espíritu de hermandad y paz mundiales.

⁹²¹ Moya Escudero, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, cit., pp. 2 y 15. Allí mismo agrega: “el Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989 hace a la sociedad legalmente responsable de encontrar las obligaciones que dan sentido a estos derechos. Su objetivo es el “mejor interés del menor”. Marca el punto final de la vieja idea de que los niños, al menos en términos legales, no son más que posesiones de sus tutores. La expresión “interés superior” deja un cierto margen de interpretación, pero su inclusión en tanto que principio rector constituye un progreso importante”.

su consideración como centro independiente de intereses y su reconocimiento como persona moral”.⁹²²

Han sido varios los artículos de este instrumento que se han mencionado en las presentes líneas, ahora le corresponde acaparar la atención a los artículos 3.1 y 9.3.

En el contexto del artículo 3.1 y con la finalidad de tener una idea general de los parámetros que deben rodear al concepto del “interés superior del menor” debemos referirnos a la opinión consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre condición jurídica y derechos humanos del niño (OC-17/2002, en adelante). Los parámetros que ofrece esta opinión se pueden resumir:

[a] se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades;

[b] a este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos;

[c] el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia,⁹²³

[y d] es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño.⁹²⁴

Una dirección marcada por el artículo 3 de este Convenio y de la que no se apartan las tesis aisladas emitidas en el contexto mexicano, cuyo punto

⁹²² González Contró, M., *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, cit., p. 403.

⁹²³ No queremos dejar pasar esta ocasión para mencionar los casos que hasta la fecha han surgido al amparo del artículo 19 de dicha Convención Americana de Derechos Humanos: 1. Caso de los Niños de la Calle —Villagrán Morales y otros— vs. Guatemala; 2. Caso Bullacio vs. Argentina; 3. Caso Molina Theissen vs. Guatemala; 4. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú; 5. Caso Instituto de Reducción del Menor vs. Paraguay; 6. Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala; 7. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana; 8. Caso de la Masacre de Mampiripán vs. Colombia; 9. Caso de la Masacre de Ituango vs. Colombia; 10. Caso Servellón García y otros vs. Honduras; 11. Tiu Tojín vs. Guatemala; 12. Caso González y otras —“Campo Algodonero”— vs. México; 13. Chitay Nech vs. Guatemala; 14. Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay y 15. Rosendo Cantú vs. México.

⁹²⁴ Véase www.iin.oea.org (revisada el 3 de agosto de 2010).

de referencia son tanto los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 3o., 4o., 6o. y 7o. de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, como que las acciones estatales que se tomen deben tener presente en todo momento el interés prioritario del menor.⁹²⁵

En el contexto del artículo 9.3 del Convenio de los Derechos del Niño se afirma en las tesis aisladas que:

A) De los artículos 3o., 9o., 12, 19, 20, 21 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño... se desprende la importancia fundamental que tiene el menor de crecer bajo al amparo y responsabilidad de los padres, y particularmente rodeado de afecto, seguridad moral y material; además, en dicha Convención se proclama el derecho del niño a recibir la oportuna y debida educación, dado que el interés del niño resulta un principio rector en quienes tienen la responsabilidad de su educación y alimentación. Asimismo, el artículo 9o., numeral 3, de la citada Convención... se advierte que es un derecho del niño que esté separado de su padre, el mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño, entendiéndose por interés superior de la niñez, el conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan a los niños vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.⁹²⁶ B) La pérdida de la patria potestad del menor conlleva la imposibilidad de la convivencia de éste con el progenitor, pero no existe precepto que le prohíba, suspenda o limite al menor, su propio derecho de convivir con su padre, pues en atención a que el artículo 9o., numeral 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño... atendiendo al interés superior del niño, quien tiene derecho a un desarrollo integral, tal restricción no debe aplicarse de manera genérica, pues si de constancias de autos no se advierte que exista algún peligro para el

⁹²⁵ Amparo directo en revisión 908/2006. Acción de inconstitucionalidad 11/2005. Procurador General de la República, 8 de noviembre de 2007, mayoría de seis votos; ausentes Genaro David Góngora Pimentel y José Ramón Cossío Díaz; disidentes Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas y José de Jesús Gudiño Pelayo; ponente Sergio A. Valls Hernández; secretaria Laura García Velasco. El Tribunal Pleno, el 12 de mayo en curso, aprobó, con el núm. XLV/2008, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a 12 de mayo de 2008. La ejecutoria relativa a la acción de inconstitucionalidad 11/2005, aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1292, "Acción de inconstitucionalidad, derecho constitucional". MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA. Finalmente nos referimos al Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 190/2008.

⁹²⁶ Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 45/2005.

menor por la convivencia con el padre o la madre, la autoridad judicial, de oficio, puede decretarla, debiendo hacer un análisis cuidadoso en cada caso concreto.⁹²⁷

A las afirmaciones asentadas debemos sumar, siendo conscientes de que no representa una novedad, que el “interés superior del menor” es un concepto jurídico indeterminado”,⁹²⁸ una “definición marco”.⁹²⁹ Al lanzar la anterior aseveración no queremos dar a entender que es un concepto jurídico vacío o carente de parámetros (mínimos) que haga imposible siquiera realizar una aproximación que pueda llegar a suplir dicha indeterminación “dolosa”.

Como primera idea general señalamos que “actúa como un principio general del derecho, informador del resto del ordenamiento jurídico”,⁹³⁰ el cual “se identifica con la protección de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico le atribuye”,⁹³¹ y que “actuará como criterio rector de la toma de decisiones cuando se suscite un conflicto con otros intereses legítimos, especialmente el interés de los progenitores”,⁹³² de forma tal que “constituye una regla en virtud de la cual en caso de conflicto el interés de los hijos y menores prepondera y lleva en DIPr a buscar un resultado a favor de una persona determinada. La pregunta es cómo puede determinarse en concreto ese beneficio”.⁹³³ Así, en este primer acercamiento

⁹²⁷ Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 460/2007.

⁹²⁸ Miranda Estrampes, M., “La Convención frente al desamparo del menor”, en Villagrasa Alcaide, C. y Ravetllat Ballesté, I. (coords.), *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del niño en España*, España, Bosch, 2006, p. 109.

⁹²⁹ Uriondo de Martinoli, A. y Cruz Pereyra, L., “Residencia habitual del niño o su centro de vida”, *¿Forum conveniens o non conveniens?*; Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *La restitución internacional de la niñez*, cit., pp. 141 y 142; estos autores señalan que “dicho concepto encuadra dentro de las llamadas definiciones-marco, ya que no resulta sencillo establecer su alcance, pues es una idea en permanente evolución y transformación, que necesariamente varía entre los distintos Estados ratificantes según sus pautas culturales y sociales”. Y que “la definición de este concepto resulta dificultosa en el ámbito del derecho interno, y la dificultad se acentúa en el del derecho internacional privado de la minoridad”.

⁹³⁰ Miranda Estrampes, M., “La Convención frente al desamparo del menor”, cit., p. 109.

⁹³¹ *Idem*.

⁹³² *Ibidem*, pp. 109 y 110; Uriondo de Martinoli, A. y Cruz Pereyra, L., “Residencia habitual del niño o su centro de vida”, cit., p. 146.

⁹³³ Moya Escudero, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, cit., pp. 33 y 34. Como bien advierte la autora: “es indudable que cuantos más elementos de concreción facilite la norma abstracta, menor será el riesgo de atentado, derivado de la libertad de apreciación de la autoridad que la aplica, a la seguridad jurídica que ha de presidir todo procedimiento”.

significa que el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en el caso concreto, pues apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor.⁹³⁴

Como segunda idea sostenemos que estar ante un concepto jurídico indeterminado representa dos extremos, uno positivo y uno negativo.

Por lo que hace a la arista positiva señalamos la adaptabilidad motivada por la volatilidad social del concepto.⁹³⁵ No son pocas las ocasiones en las que se delimita, o al menos se intenta una aproximación, al concepto del “interés superior del menor”. En este rubro podemos ver que estamos ante un concepto amoldable a cada situación teniendo en cuenta las circunstancias que rodean a cada caso;⁹³⁶ una concreción que debe hacerse por medio de un criterio de temporalidad; por ello decimos que se convierte en un concepto atemporal al no estar sometido a un corsé que le ciña a una realidad y a un tiempo, por lo que necesita estar ajustándose conforme las necesidades de una sociedad cambiante, volátil. Por ello cabe destacar su relativismo al traducirse en una noción que evoluciona temporal y espacialmente.⁹³⁷

Hablamos en estas líneas de un relativismo *ratione temporis* pero igualmente cabe hablar de un relativismo *ratione materiae*. Para entender esta última afirmación debemos partir del nuevo debate que se está suscitando sobre si deben analizarse los derechos y el interés en forma conjunta o, si por el contrario, deben diferenciarse entre el derecho (interés abstracto) y el interés (interés concreto, esto es, “el dato que emerge de la realidad específica”).⁹³⁸ Para Uriondo y Cruz,

⁹³⁴ Uriondo de Martinoli, A. y Cruz Pereyra, L., “Residencia habitual del niño o su centro de vida”, *cit.*, p. 140.

⁹³⁵ Uriondo y Cruz señalan que resulta “difícil establecer de manera unívoca criterios y valores que le permitan al juzgador la aplicación práctica de tal interés, frente a situaciones que presentan una serie de opciones y tiene que decidir por una de ellas”, *idem*.

⁹³⁶ Como escriben Uriondo y Cruz, “la consideración del interés del niño impone su preminencia sobre cualquier otro interés, no puede ser descontextualizado de la situación particular de cada menor, de la de sus progenitores, del ámbito familiar, social, económico y cultural en que debe ser respetado, para que el principio no devenga en un concepto vacío y abstracto”, *idem*.

⁹³⁷ Herranz Ballesteros, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, *cit.*, pp. 47-55.

⁹³⁸ Uriondo de Martinoli, A. y Cruz Pereyra, L., “Residencia habitual del niño o su centro de vida”, *cit.*, p. 143.

el derecho (interés abstracto) se sitúa en la esfera jurídica, obedece a una lógica jurídica y se presta a un enfoque global. Es el ámbito de los derechos legalmente consagrados en el cual corresponde establecer cuál es el sentido o contenido de esos derechos y cuáles son sus objetivos... es un molde rígido que no tiene en cuenta las particularidades que necesariamente deben tenerse en cuenta en cada caso... el interés concreto, en cambio, se asienta en situaciones de hecho, es decir, atiende las particularidades de la cuestión, se compone de elementos fácticos.⁹³⁹

Lo anterior les lleva a determinar que “el interés necesariamente debe contar con un derecho subjetivo el que determinará sus límites; mientras que el derecho encuentra en el interés concreto un instrumento de interpretación legal”.⁹⁴⁰ Uniendo la relatividad *ratione materiae* a la separación entre interés concreto-abstracto es que concluimos que dependiendo de la categoría jurídica en la que nos centremos y el caso específico al que nos enfrentemos, el interés concreto tomará una ruta diferente. Por ello nos atrevemos a afirmar que no es lo mismo el principio del interés superior del menor en alimento, que en adopción, tráfico o sustracción. En este rubro, el interés abstracto puede venir marcado por lo dispuesto en el artículo 416 ter del Código Civil del Distrito Federal:

para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos: I. El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal; II. El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar; III. El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos; IV. Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez sicoemocional; y V. Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

Por lo que hace a los aspectos negativos que presenta un concepto jurídico indeterminado encontramos: a) inseguridad jurídica (motivada, en cierto

⁹³⁹ *Ibidem*, pp. 143 y 144. Así, afirman que “mientras el derecho constituye un molde rígido que toma en cuenta los derechos legalmente consagrados, el interés parte desde lo fáctico, lo particular, lo específico, y la solución o soluciones que deben darse en un supuesto individualmente considerado”.

⁹⁴⁰ *Ibidem*, p. 144.

modo, por la relatividad *ad intra* y *ad extra* de soluciones) y b) la apertura de un margen discrecional y arbitrario en manos de los distintos operadores.

Para reducir y mitigar lo más posible estos dos contrapuntos negativos, se han perfilado tres técnicas, todas ellas con sus *pros* y sus *contras*. La primera de las técnicas consiste en identificar el interés del menor a través de criterios explícitos, esto es, integrar una lista de situaciones en las que se incluye este concepto y que se orienta a que la autoridad encargada de interpretarlo lo use a modo de guía interpretativa. Si bien con esta primera técnica se lanzan unos parámetros entre los que se puede mover este concepto, se cuestiona la posibilidad de que deje fuera situaciones que surjan de la propia evolución social. La segunda de las técnicas es la incorporación de cláusulas generales que permitan un amplio margen de actuación para los tribunales. Este margen de interpretación debe venir en contrapeso con una seria y balanceada valoración de los datos tanto fácticos como jurídicos que rodean a cada situación en la que se encuentra implicado un menor. En esta concreción puede tomarse en cuenta muchos elementos (jurisprudenciales, doctrinales, técnicas de *soft law*, entre otras). La tercera de las opciones podría ser la utilización de una “calificación autónoma”⁹⁴¹ en función del instrumento convencional que lo tiene como referente en su contenido. Esta técnica potenciaría la armonización y unificación de estos términos que sin duda están plagados de “particularismos sociales y culturales”.⁹⁴²

Ahora bien, la Ley Modelo sobre Normas Procesales (artículo 2o. *in fine* normas procesales y criterio interpretativo) se anima a ofrecer parámetros más contextualizados al sostener que

se consagra como criterio orientador de interpretación y en su caso de integración, el del interés superior del niño. Considerándose por tal a los efectos de la presente Ley, el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional.⁹⁴³

⁹⁴¹ *Idem*.

⁹⁴² *Idem*.

⁹⁴³ Capuñay, L. M., “Los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *cit.*, p. 12; Pérez Manrique, R. C., “Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños”, *cit.*, pp. 199 y 200; este autor indica que “en la misma línea, la LM identifica como interés superior del niño: 1) derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente; 2) el derecho a que se dilucide ante el juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; 3) a mantener contacto fluido

2. *El interés superior del menor y la sustracción*

Aterrizando las ideas generales al terreno de la sustracción internacional de menores, podemos destacar algunas notas orientativas. Se trata, en definitiva, de tener elementos suficientes para tomar una decisión lo más ajustada a la idea que tenemos de lo que debe ser el contenido del “interés superior del menor”:

a) El “interés superior del menor” es “una norma de garantía”⁹⁴⁴ obligatoria para las autoridades central y judicial implicadas en un proceso restitutorio y que debe dibujar la hoja de ruta de su retorno o no al Estado de su última residencia habitual.

b) Hay quien se anima a sostener que debe anteponerse el interés superior de los menores “incluso, a lo que con rigidez se da en llamar, debido proceso legal”.⁹⁴⁵

c) En esta indeterminación jurídica queda claro que el “interés superior del menor” pasa por una lucha contra la multiplicación de las sustracciones, el cual

debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Verdadero interés que, objetivamente, tiene una de sus manifestaciones más claras en el “derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o

con ambos progenitores y sus familias; 4) a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional”.

⁹⁴⁴ Sifuentes, M., “Cuestión de fondo acerca de los derechos de custodia. Artículo 16 del Convenio de La Haya”, *cit.*, p. 34.

⁹⁴⁵ Por miedo a descontextualizar la afirmación del autor mencionado queremos brindar al lector el párrafo completo en el que se contiene la frase transcrita: “el propósito de este trabajo es, partiendo de los derechos fundamentales contenidos en nuestra Constitución; de su definición, contenido y alcance, analizar muy brevemente, las obligaciones asumidas por el Estado, tanto en el ámbito internacional como en el local; tratar de ubicar en donde se encuentran las fallas más evidentes e intentar una reflexión, que pueda eventualmente, traducirse en una propuesta, para que desde el punto de vista del operador del derecho, se maten las decisiones que se toman, anteponiendo el interés superior de los menores, incluso a lo que con rigidez se da en llamar debido proceso legal y refiriéndolas a los conceptos que manejan las convenciones suscritas por el país, analizar la forma de cumplimiento de los compromisos celebrados, sin vulnerar los derechos fundamentales de los menores”. Cervera Rivero, Ó., “Los menores como titulares de la acción”, *cit.*, pp. 47 y 48.

menos discutibles sobre su persona”,⁹⁴⁶ evitar que se llegue a convertir en “algo” que puede trasladarse de un lugar a otro como una simple mercancía.⁹⁴⁷

d) “El interés del menor” debe estar abiertamente enfrentado al nacionalismo judicial desde que debe prescindirse “de planteamientos en los que el criterio de la nacionalidad sea determinante a la hora de que un menor “secuestrado” retorne o no con quien lo reclama, si éste es originario de un Estado distinto al que se encuentra aquí”.⁹⁴⁸

e) Igual de reprochable que el “nacionalismo judicial” entendemos que resulta el otorgamiento de estos derechos de familia obedeciendo a la tradición y a modelos de familia heredados, donde la inercia nos lleva a afirmar que la madre siempre es la mejor posicionada para tener los derechos de guarda/custodia y el padre los de visita/convivencia. Por ello, son igual de peligrosos los convencionalismos sociales. A pesar de haber demostrado en líneas anteriores que las tesis se inclinan a afirmar que el menor de una determinada edad debe quedarse al cuidado de la madre, a través de diversos argumentos, creemos en extremo peligroso afirmarlo de manera absoluta, irrefutable e inamovible. La valoración debe ser objetiva y desprendida del sexo que tengan los progenitores.

En contrapartida a estas afirmaciones en las que la sustracción normalmente se comete por el padre al tener éstos los derechos de visita/convivencia y pasar menos tiempo con el menor, encontramos la figura de las *relocation disputes*. En este punto González Beilfuss afirma que

si se tiene en cuenta que son las madres quienes mayoritariamente ejercen la mayor parte del cuidado cotidiano de los niños tras las rupturas de pareja, se advertirá asimismo que las *relocation disputes* tienen un impacto distinto sobre hombres y mujeres, pues son mayoritariamente las mujeres las que desean trasladarse con sus hijos y los hombres quienes se oponen a los traslados.⁹⁴⁹

⁹⁴⁶ Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., pp. 41 y 42. Con idénticos términos se expresan Benavides Santos, D. y Ramírez Solano, A., “La ilicitud en el traslado del menor de edad”, cit., p. 81.

⁹⁴⁷ Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., p. 54.

⁹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 55 y 56.

⁹⁴⁹ González Beilfuss, C., “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, cit., pp. 53 y 54. Como bien apunta esta autora, “las *relocation disputes* son de difícil resolución porque invariablemente implican la confrontación de tres intereses diferenciados, el de la madre que desea rehacer su vida, trasladándose al extranjero, el del padre que desea poder seguir manteniendo frecuentes relaciones personales con su hijo y justificadamente teme que la distancia geográfica las reduzca o im-

f) Debe estar dibujado en plena consonancia con el bien jurídico protegido por lo que deducimos que este principio debe estar guiado por el derecho del menor a convivir con ambos padres. Para ello es necesario establecer un régimen que garantice una periódica, continua y verdadera relación afectiva paterno-filial, y ello “será factible sólo si dicho régimen es suficientemente generoso”.⁹⁵⁰ Hablamos, en definitiva, del derecho de los menores de edad a mantener contacto estable, fluido y “relajado”⁹⁵¹ con sus progenitores, al derecho a crecer en un ambiente familiar “de contención afectiva necesario para su crecimiento armónico y desarrollo de la personalidad”.⁹⁵² En definitiva, y siguiendo a la *Guía de buenas prácticas* —tercera parte, medidas de prevención página 37, párrafo 4.1.1— afirmamos que: “el mayor interés del menor reside en el mantenimiento del contacto con ambos progenitores”.

g) De manera *apriorística* señalamos que el “interés superior” pasa por concluir en forma positiva el proceso de localización y restitución del menor al Estado de su última residencia habitual. Se trata de proteger al menor de los efectos negativos derivados de un cambio radical, rápido e indeseado en su entorno, en su residencia habitual, en el que se está desarrollando íntegramente. No cabe olvidar que un cambio de residencia habitual implica necesariamente una importante variación en el entorno familiar, social, cultural y educativo que deberá ser asimilado por el menor.

En este rubro la *Guía de buenas prácticas* —cuarta parte, “Ejecución”, página 34, párrafo 7.2.106— ofrece parámetros para determinar el “interés superior del menor” cuando se ordena el regreso de éste al Estado de su última residencia habitual:

Según las circunstancias del caso, y los Estados en que se permite esta medida, habrá que considerar si la ejecución en un lugar neutral como la escuela o el jardín de infantes, evitando la presencia del progenitor sustractor, es deseable o no. Aunque esto evitaría un enfrentamiento entre los dos progenitores y por lo tanto contribuiría a disminuir el nivel de tensión, también hay que tener en cuenta que el niño puede no haber estado en contacto con el progenitor perjudicado durante mucho tiempo y que el progenitor sustractor fue la persona que ejerció el cuidado primordial del niño durante ese lapso. Por lo tanto, es importante permitir

pidas, y los intereses del niño que tiene derecho a mantener relaciones personales con ambos progenitores”.

⁹⁵⁰ Moya Escudero, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, cit., p. 31.

⁹⁵¹ Benavides Santos, D. y Ramírez Solano, A., “La ilicitud en el traslado del menor de edad”, cit., p. 94.

⁹⁵² Lucero, M. D. y Echegaray de Maussion, C. E., “El derecho de custodia (artículo 5o. CH de 1980)”, cit., p. 103.

que el niño se despidiera del progenitor sustractor. Para que el agente de ejecución (o quien sea responsable de tomar estas decisiones) se encuentre en posición de decidir en favor del interés superior del niño, es importante proporcionar a esta persona u organismo la información más completa posible de los antecedentes legales, y, especialmente, de los hechos del caso, por ejemplo, preferentemente una copia completa de la orden judicial y una descripción de los antecedentes fácticos que condujeron a la decisión de la restitución.

En aras de reducir el daño psicológico que se le puede producir al menor con el proceso de restitución y mejorar la implementación del “interés superior”, la *Guía de buenas prácticas* —cuarta parte, “Ejecución”, página 37, párrafo 7.6.114—, señala que:

Si existe cierto grado de discrecionalidad para ordenar o requerir la presencia del solicitante en el lugar efectivo de la ejecución, los tribunales, las autoridades centrales, los agentes de ejecución y otros que puedan tener la responsabilidad de decidir sobre este tema, deberán considerar cuidadosamente las circunstancias del caso. Estas circunstancias podrán ser, por ejemplo, si el niño estuvo con el progenitor sustractor sin mantener contacto con el progenitor perjudicado durante mucho tiempo, quién fue la persona que ejerció el cuidado primordial del niño en el pasado reciente y otros factores pertinentes. En algunos casos, la presencia del solicitante podría reconfortar al niño —particularmente cuando el contacto no se interrumpió durante demasiado tiempo—. En otros casos, la presencia del solicitante en el lugar efectivo de la ejecución y el posible encuentro con el progenitor sustractor podrían contribuir a que el conflicto se agrave. Una manera posible de evitarlo sería que en el lugar de la ejecución estuviera presente una persona que no fuera el solicitante y que tuviera una relación cercana con el niño para reconfortarlo. También, o en su lugar, el solicitante podría estar esperando cerca de allí, pero sin ser visto.

Ahora bien, no siempre es aconsejable regresar al menor al Estado que fungió como su última residencia habitual. Así, la materialización del “interés superior” no siempre tendrá como parámetro la devolución o retorno por lo que “en cada caso las autoridades competentes deberán ponderar el interés del menor y el interés de los padres en reunirse de nuevo con él”.⁹⁵³ Si bien la primera impresión es que el “interés superior” se refleje en la localización y restitución del menor, no debe mantenerse en todos los casos puesto que se “justifica la existencia de excepciones al no retorno cuando

⁹⁵³ Miranda Estrampes, M., “La Convención frente al desamparo del menor”, *cit.*, pp. 113 y 114; Capuñay, L. M., “Los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *cit.*, p. 11.

razones superiores inclinen a pensar que lo más beneficioso no es retornar a su país de origen, sino precisamente permanecer en el que se encuentra “secuestrado”.⁹⁵⁴ Por lo que el interés del menor se debe medir en función de “que continúe viviendo en el lugar donde efectivamente se encuentre más arraigado social, familiar y culturalmente, o más protegido”.⁹⁵⁵

Las excepciones convencionales a los procesos restitutorios las encontramos en el artículo 13 del Convenio de La Haya⁹⁵⁶ y en el artículo 11 de la Convención Interamericana.⁹⁵⁷ En este rubro las tesis aisladas señalan

⁹⁵⁴ Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., p. 58.

⁹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 57 y 58.

⁹⁵⁶ Artículo 13. “No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido *no está obligada a ordenar la restitución del menor* si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) *existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o síquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.* Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la autoridad central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor” (cursivas añadidas). De parecido tenor encontramos el artículo 20 del Convenio de La Haya, el cual señala que “la restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

⁹⁵⁷ Artículo 11: “La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: a. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiese exponerle a un peligro físico o síquico. La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión”. Este artículo debe ponerse en relación con el artículo 12 del Convenio Interamericano, el cual señala que “la oposición fundamentada a la que se refiere el artículo anterior deberá presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene. Las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundar la negativa. Deberán enterarse del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor, y requerirán, en caso de ser necesario, la asistencia de las autoridades centrales, o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados parte. Dentro de los 60 días de calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO ESTÁ INMERSO EN LA CONVENCION INTERNACIONAL QUE LA REGULA. Del análisis de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, se advierte que para resolver sobre la procedencia de la restitución de un menor, o para negarla, el juez respectivo debe atender a los supuestos establecidos en dicha Convención, sin necesidad de invocar el interés superior del menor, como motivo distinto o al margen de los supuestos que ahí se establecen, pues debe considerarse precisamente que, al emitir esa normativa, la comunidad internacional ya tuvo en cuenta dicho interés superior. En efecto, el interés superior del niño, que se refleja en el cuidado diferenciado y especial hacia la protección de sus derechos fundamentales de alimentación, vivienda, recreo, salud y educación, para lograr su óptimo desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, está inmerso en la convención mencionada, porque su emisión obedece a la problemática de multiplicación de sustracciones y retenciones ilegales internacionales de menores, para evitar que los niños sufran los perjuicios que acarrea cambiarlos del lugar de su residencia habitual, y de las personas de su familia, para lo cual se establece su restitución inmediata, ante la comprobación de su sustracción o retención ilegales; y también se atendió a dicho interés al establecer los casos en que procede negar la restitución, que como son de excepción deben interpretarse restrictivamente, pues se refieren a la inexistencia del derecho que se trata de proteger, evitar el peligro síquico o físico que pueda representar la restitución, la integración del menor al nuevo ambiente, la prueba de su traslado a un Estado distinto, o cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido, en materia de protección a los derechos humanos y libertades fundamentales. De esa manera, se puede concluir que, en materia de sustracción y restitución de menores, la mejor forma de proteger su interés superior, es decretando su restitución inmediata, cuando proceda, y ceñirse a los supuestos de excepción ahí admitidos.⁹⁵⁸

Teniendo en cuenta las afirmaciones anteriores podemos mencionar que el interés del menor no está insulado, es decir, no es un concepto completa y absolutamente autónomo desde que entendemos que depende en gran medida del bienestar de los progenitores.

administrativa dictará la resolución correspondiente”, así como con el artículo 25 que apela que no sea “manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido”.

⁹⁵⁸ Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, enero de 2010, tesis I.4o.C.253 C, p. 2239. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 766/2008.

3. *El interés superior del menor y el derecho a ser escuchado*

Este principio debe diseñarse escuchando al menor, cuando por su edad el menor pueda manifestarse, y siempre teniendo presente su grado de madurez desde que “a medida que los niños adquieren competencias cada vez mayores, disminuye su necesidad de orientación y dirección a la vez que aumenta su capacidad para asumir responsabilidades tomando decisiones que afectan a su vida”.⁹⁵⁹ Este reconocimiento se encamina a que se puedan tomar decisiones autónomamente en los distintos contextos y situaciones en las que se puedan encontrar.⁹⁶⁰

En el marco de estas afirmaciones es primordial tener en cuenta el artículo 12 del Convenio sobre los Derechos de Niño,⁹⁶¹ según el cual, si bien no se otorga a los menores una legitimación activa a la hora de ejercer el catálogo de derechos reconocidos, sí se le concede la oportunidad de ser escuchado en cualquier tipo de procedimiento, siendo lo más parecido a “gozar de capacidad de obrar”.⁹⁶²

Como primer apunte debemos sostener que la edad no debe ser más que un criterio orientador de la “madurez” del menor de edad, por lo que no podemos establecer una relación matemática entre la edad del menor y su grado de madurez. En ese Convenio se omite ofrecer el dato de la edad a la que debe presumirse cierto grado de madurez desde que, con toda razón, “las cifras tenían un cierto carácter artificial”.⁹⁶³ Coincidiendo con Yáñez Vivero

⁹⁵⁹ Véase Guillo Jiménez, J., “Niños, niñas y adolescentes: los nuevos ciudadanos”, *cit.*, p. 16.

⁹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 16 y 17. Como advierte Guillo Jiménez: “si unimos este concepto de evolución de las facultades del niño con el concepto de la participación activa de los propios niños, que impregna el articulado de la CDN, encontraremos una transformación radical del enfoque tradicional, que atribuye a los niños el papel de receptores pasivos de los cuidados protectores de los adultos, para pasar a la exigencia de ser reconocidos como protagonistas activos, con derecho a participar en las decisiones que afectan a sus vidas”.

⁹⁶¹ “1. Los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

⁹⁶² Cots I Moner, J., “Los antecedentes de la Convención. Síntesis de un logro”, en Villagrasa Alcaide, C. y Ravetllat Ballesté, I. (coords.), *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del niño en España*, *cit.*, p. 35.

⁹⁶³ Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, *cit.*, pp. 93-98.

cuando de lo que se trata es de que el menor disfrute y ejercite otro tipo de derechos —los denominados derechos sobre la personalidad—, la edad queda eclipsada por otro criterio: el de la madurez del menor. Y sobra decir que determinar la madurez de un menor no siempre será tarea fácil porque hay niños que nacen maduros y maduros que no dejan de ser niños toda su vida.⁹⁶⁴

En la *Guía de buenas prácticas* relativas al contacto transfronterizo se reafirma este derecho del menor (página X, párrafo 2.4.1): “El marco jurídico que se ofrezca deberá garantizar la equidad en las negociaciones entre los padres, y respetar los derechos del niño, incluido su derecho a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en función de su edad y madurez”.

En la Ley Modelo sobre Normas Procesales, en su artículo 16.3 se afirma que “se oír al niño cuando a juicio del tribunal esté en condiciones de formarse un juicio propio...”.

Como segundo apunte entendemos que este derecho no se puede dejar en meras intenciones o en reconocimientos en papel sino que debemos tomar las medidas necesarias para implementarlo. Lo anterior aunado a que debe tenerse en cuenta su opinión, no sólo para cuestiones de “mero trámite” sino para cuestiones de “peso”. Intenciones que parecen contrastar con la realidad al sostenerse que

es cierto que las iniciativas dirigidas a escuchar a los niños, niñas y adolescentes se han multiplicado, tanto en los niveles locales, nacionales como internacionales; sin embargo, el interés por la participación de los niños se limita al ámbito de lo consultivo o de lo periférico, dando a los niños pocas oportunidades de intervenir activamente e influenciar en el proceso real de toma de decisiones que afectan y repercuten en sus vidas.⁹⁶⁵

Como tercer apunte no cabe desconocer que la participación del menor debe ser voluntaria, desde que éste también tiene derecho a no emitir su opinión.

En este rubro cabe dar un paso más y así, siguiendo a Pérez Manrique, afirmamos que los procesos en los que interviene deben ser: transparentes,

⁹⁶⁴ Yáñez Vivero, F., “La capacidad del menor en el ámbito de sus derechos de la personalidad”, en Villagrasa Alcaide, C. y Ravetllat Ballesté, I. (coords.), *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, cit., p. 89.

⁹⁶⁵ Guilló Jiménez, J., “Niños, niñas y adolescentes: los nuevos ciudadanos”, cit., p. 17.

rápidos, informativos, voluntarios, respetuosos, pertinentes, incluyentes y seguros.⁹⁶⁶

La *Guía de buenas prácticas* —parte primera, práctica de las autoridades centrales (página 21, párrafo 1.5.3)— une el “interés superior del menor” con un proceso restitutorio rápido:

La experiencia muestra que las acciones rápidas, inmediatas y expeditas en aplicación del Convenio de La Haya son el medio más seguro para proteger el interés de los menores. Un procedimiento expedito podrá: minimizar las perturbaciones o desorientaciones al menor sustraído de su entorno familiar; minimizar los perjuicios al menor por el hecho de su separación del otro padre; reducir una mayor perturbación para el menor que pueda resultar cuando se ordena su retorno después de un periodo largo en el extranjero; evitar que el sustractor obtenga una ventaja por el hecho del paso del tiempo.

Una rapidez que no reclamamos de forma exclusiva de los procesos restitutorios sino también de los procesos de reconocimiento y ejecución de la decisión que se tome respecto al retorno del menor, así como de los procesos de reconocimiento y ejecución de las decisiones referentes a la asignación de los derechos tuitivos (en clara consonancia con el segundo objetivo convencional del Convenio de La Haya, artículo 1o.). Se trata, de manera global, de diseñar procesos sumarios,⁹⁶⁷ donde se respeten los principios de debido proceso y equidad procesal.

Estos principios deben ponerse en consonancia con la necesidad de que este derecho a ser escuchado sea respetado en todas y cada una de las etapas del proceso restitutorio; de esta necesidad da buena cuenta la *Guía de buenas prácticas* —cuarta parte, ejecución, página 31, párrafo 6.1—:

Cuando corresponda, teniendo en cuenta la edad y madurez del niño sustraído, se deberá indagar sobre los deseos y sentimientos del niño desde los comienzos del proceso de restitución y, cuando se ordene la restitución, éstos deberán tomarse debidamente en cuenta al momento de considerar la mejor manera de aplicar la restitución.

En clara continuidad esta *Guía* (página 32, párrafo 6.2.100) menciona:

⁹⁶⁶ Pérez Manrique, R. C., “Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños”, *cit.*, p. 212; Observación General núm. 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, Comité de Derechos del Niño, CRC/IC/GC/12, del 20 de julio de 2009.

⁹⁶⁷ Las fases del proceso están claramente delimitadas, con todas sus posibles eventualidades, en los artículos 10 a 19 de la Ley Modelo.

Para evitar el fracaso de la ejecución coercitiva debida a la oposición del niño en el último minuto, es decir, cuando la ejecución está teniendo lugar, es importante considerar la postura del niño lo antes posible durante el proceso de restitución y también cuando se está trabajando con denuedo para lograr una solución amigable. Cuando se emite una orden de restitución pero no se puede ejecutar porque el niño se rehúsa enérgicamente a viajar aun habiendo estado de acuerdo el progenitor sustractor, se malogra igualmente el propósito del Convenio y de la orden de restitución. El explorar de manera anticipada los deseos y sentimientos del niño durante el curso del proceso de restitución permitirá que haya tiempo para preparar al niño para la restitución, con la asistencia de expertos de las profesiones del ámbito psicológico-social cuando sea necesario. No obstante, habrá que tener cuidado a fin de garantizar que mientras se analizan los sentimientos y deseos del niño éste no sea alentado a oponerse a su restitución, lo que de otra manera no haría.

Este derecho a ser escuchado y a darle la necesaria intervención pasa por el derecho a informarle del proceso en el que está inmerso, principalmente cuando se haya decretado la restitución al Estado de su última residencia habitual. En este sentido se pronuncia la *Guía de buenas prácticas* —cuarta parte, “Ejecución”, página 31, párrafo 6.2— : “De conformidad con su edad y madurez, el niño deberá, en lo posible, ser informado sobre el proceso de ejecución en su totalidad y sobre lo que sucederá una vez que sea restituido al Estado de residencia habitual”.

Igualmente cabe destacar la necesidad de que el menor goce de la debida defensa “técnica, ya sea representado, asistido o que el niño comparezca sólo en virtud de su armonía progresiva de voluntad. El principio de autonomía progresiva, determina que el NNA adquiere paulatina y progresivamente la posibilidad de formarse un juicio propio”.⁹⁶⁸

Por último, cabe mencionar que de nada sirve que diseñemos el “interés superior del menor” y lo centremos en varios aspectos si, con posterioridad a la emisión de la decisión del tribunal, éste no tiene impacto en un tercer Estado o el proceso de reconocimiento y ejecución es ciertamente lento. En este sentido la *Guía de buenas prácticas* —cuarta parte, “Ejecución”— señala en la introducción, párrafo 5, la necesidad de implementar un sistema eficiente para ejecutar las órdenes de restitución en virtud del Convenio de La Haya para favorecer el interés superior de los niños involucrados. Así, esta *Guía* (p. 3, pfo. 1) advierte de la necesidad de un proceso rápido para la ejecución desde que ello puede prevenir, por ejemplo, una nueva sustrac-

⁹⁶⁸ Pérez Manrique, R. C., “Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños”, *cit.*, p. 211.

ción del menor o un ocultamiento del mismo, dejando en el aire la decisión adoptada por un tribunal de restituir al menor. Por último, la misma *Guía* (página 7, párrafo 23) reclama, en clave de complemento, que: “es importante contar con medidas coercitivas efectivas disponibles para su ejecución”. Estas medidas coercitivas apuntan a: 1) multas pecuniarias, 2) prisión del progenitor sustractor, y 3) la separación física del niño del progenitor sustractor por los agentes de ejecución.