



UNIVERSIDAD ALHER ARAGON
INCORPORADA A LA UNAM

LICENCIATURA EN DERECHO
CLAVE DE INCORPORACION 895209

“RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN EL DERECHO
MEXICANO Y TRATADOS INTERNACIONALES APLICABLES”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A

PAULINA MÁRQUEZ GUTIÉRREZ

ASESOR

Lic. Moisés Alejandro García Grijalva

Ced. Prof. 4833468

NEZAHUALCÓYOTL, MÉXICO, JULIO DEL 2017



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

Indudablemente el culminar los estudios universitarios es el resultado de un gran esfuerzo, no solo personal, sino también familiar, por eso mismo, agradezco a Dios y a la vida el haber tenido a mis padres en todo momento a mi lado.

No encuentro palabras para agradecer todo el apoyo brindado durante mi vida y jamás encontrare la forma de devolverles todo lo que han hecho por mí, a mi madre Silvia Maritza por no dejarme vencer y alentarme en todo momento, a mi padre Arturo por enseñarme que con esfuerzo y dedicación todo es posible.

A mis hermanas Andrea y Alejandra por estar siempre conmigo, en las buenas en las malas y en las peores.

A mi abuela Clara por transmitirme sus enseñanzas y sabiduría a lo largo de mi vida pero sobre todo darme el mejor ejemplo de que todo es posible.

A mis Tíos Roberto, Laura, Javier y Enrique, por haber siempre creído en mí a pesar de las circunstancias y apoyarme en los momentos que más necesitaba, y en especial a mi Tía Pili (†) por enseñarme que siempre se puede ser mejor persona cada día sin importar las adversidades.

A mi sobrino Andreé por ayudarme a comprender que no es imposible ser mamá, tía y estudiante a la vez.

A mi pareja Lic. Paulino Domínguez por brindarme su apoyo en el momento que más lo necesitaba así como su amor, paciencia y conocimientos para ser una mejor profesionalista.

A mis amigos de la universidad, Dulce, Berenice, Irving y Juan por compartir todos aquellos momentos especiales durante la carrera para poder llegar a la meta final.

A mi maestro y sinodal Lic. Moisés Alejandro Gracia Grijalva por transmitirme a lo largo de estos años sus conocimientos, así como brindarme su paciencia, consejo y dedicación en la elaboración del presente trabajo.

A mis maestros y sinodales de licenciatura por darme la aprobación para poder culminar mis estudios universitarios.

Finalmente este nuevo logro es en gran parte gracias a ustedes, pues he logrado concluir un proyecto que parecía en un momento inalcanzable, por tanto no me queda más que agradecerles su apoyo, paciencia y sobre todo el amor que me han brindado.

Los amo.

INDICE

INTRODUCCIÓN	I
OBJETIVO	VI
HIPÓTESIS	VII
METODOLOGÍA	VIII

CAPÍTULO I DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

1.1. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO	2
1.2. UBICACIÓN DEL TEMA CENTRAL	3
1.2.1 Sustracción, retención u ocultamiento de menores	6
1.3. CONCEPTOS BÁSICOS APLICABLES	7
1.4. DIFERENCIA ENTRE SUSTRACCIÓN Y RESTITUCIÓN	13
1.5. LAS SUSTRACCIONES FOLLOWIN A COUR ORDER Y LAS PRIOR TO THE COURT ORDER	13

CAPÍTULO II ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1. CONVENIOS	16
2.1.1 Características de los convenios	19
2.2. TRATADOS	24
2.2.1 Elementos de los Tratados	24
2.3. DIFERENCIA ENTRE TRATADO Y CONVENIO	25
2.4. LEY MODELO	26

2.5.	RESTITUCIÓN DE MENORES	27
2.6.	FINALIDAD DE LOS CONVENIOS REFERIDOS A LA SUSTRACCIÓN DE MENORES	29

CAPÍTULO III DERECHOS EN LA RESTITUCIÓN DE MENORES

3.1.	TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS	33
3.2.	DERECHOS DE LOS PADRES	35
	3.2.1 Derechos de guarda y custodia internacional	37
	3.2.2 Derechos de visita y convivencia internacional	39
3.3.	DERECHOS DEL MENOR	41
	3.3.1 El interés superior del menor en la sustracción	42
3.4.	EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA	43
	3.4.1 Los derechos de los menores y su relación con la interpretación conforme	45
3.5.	EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA	46
	3.5.1 Integración de la jurisprudencia	47

CAPÍTULO IV PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN

4.1.	CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y CONVENCIÓN DE LA HAYA. COMPETENCIA INTERNACIONAL PARA CONOCER Y DECIDIR	
------	---	--

SOBRE LA RESTITUCIÓN	55
4.1.1 Obligaciones de las autoridades	56
4.1.2 Competencia	58
4.2. PROCEDIMIENTO TENDIENTE A LA RESTITUCIÓN	59
4.3. PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN	61
4.3.1 Procedimiento de restitución en México	64
4.3.2 Procedimiento de la aceptación de la solicitud de restitución	65
4.3.3 Localización de menores	68
4.3.4 Rechazo a la restitución del menor	69
CAPÍTULO V MARCO JURÍDICO NACIONAL SOBRE LA RESTITUCIÓN	
5.1. DERECHO APLICABLE	72
5.2. MARCO JURÍDICO MEXICANO EN MATERIA DE RESTITUCIÓN DE MENORES	73
5.3. CONVENIOS DE COORDINACIÓN INTERNA	80
CONCLUSIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	92

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se pretende dar a conocer cuál es el procedimiento que debe llevarse a cabo para poder restituir a un menor que se encuentra sustraído del lugar de su residencia habitual, dando a conocer cuáles son los instrumentos internacionales aplicables para cada caso en nuestro país.

La restitución internacional de menores es un tema muy amplio e interesante que en cierta medida está ligado con otros temas jurídicos de igual importancia, como son la sustracción de menores, no obstante con el pasar de los años han surgido diversas situaciones que requieren ser reguladas por el Estado para garantizar la impartición de justicia conforme a Derecho, con mayor razón tratándose de cuestiones que afecten a la familia, en este caso a los menores, pues la figura de la familia es la base de la sociedad.

Uno de los derechos fundamentales de todo menor de edad consiste en vivir al lado de sus padres o tutores y conocerlos. La Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a velar por qué el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando la separación se considere necesaria por el interés superior del menor. El interés porque el hijo conviva con su padre o madre tiende a evitar que sea afectado emocionalmente.

En este trabajo se presentan diversos aspectos del derecho de la integración familiar en las relaciones internacionales, especialmente relacionado con la protección internacional del menor. Incluiremos el derecho de visita, por lo que trataremos los casos de sustracción y retención ilícita del menor, así como su restitución, pues esta última es el tema que será profundizado en el presente trabajo mostrando sus antecedentes y el tipo de procedimiento que deberá llevar a cabo aquel padre que le sea sustraído su hijo sin consentimiento de éste por el otro progenitor.

Uno de los derechos humanos a que aspiran los miembros de una familia es convivir bajo un mismo techo y en un mismo hogar, en especial, a integrarse y estar reunidos. Esto constituye un derecho básico de toda persona, por lo que el menor debe permanecer con sus padres o tutores, y si por alguna circunstancia es separado de ellos, pueda regresar al núcleo familiar. El elemento afectivo hace necesario ese derecho de convivencia y evita que el menor sea afectado emocionalmente.

Al lado del elemento afectivo también se procura proteger la seguridad de los menores, de ahí la necesidad de que el menor permanezca al lado de sus padres o tutores. Sin embargo, estos derechos y aspiraciones no siempre se ven reflejados en la realidad, donde hay familias cuyos miembros se encuentran diseminados en dos o más países.

Con frecuencia los trabajadores migratorios dejan atrás a su cónyuge e hijos, así mismo constantemente a estos no se les otorga visa para visitar y convivir con el padre. Se trata ciertamente de políticas migratorias, pero en el fondo dichas políticas van en contra de los derechos de la familia, pues al negarles un derecho sobre sus hijos muchos de los padres separados de los menores toman la decisión de trasladar a su hijo de forma ilegal al lugar de residencia que tienen, para poder convivir y estar más cerca de ellos, debido a que no tienen posibilidad alguna de estar con ellos de la forma legal correcta.

Sin embargo hay casos en los que es necesario que se considere por que alguno de los padres no puede estar con el menor, ya que es muy común que sea porque este no cuente con la guarda y custodia del menor, esto podría ser debido a que no fueron considerados para otorgar tal derecho, no obstante, dicha situación no quiere decir que el derecho a las convivencias tenga que prohibirse de manera definitiva por parte del progenitor que cuentan con este derecho.

El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es un tratado multilateral que tiene como objetivo la protección de los niños de los efectos perjudiciales de la

sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para conseguir su pronta restitución. La "Sección Sustracción de Niños" proporciona información acerca del funcionamiento del Convenio y el trabajo de la Conferencia de la Haya en la supervisión de su implementación y la promoción de la cooperación internacional en el ámbito de la sustracción de niños.

Así mismo, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores establece que será lo que se lleve a cabo en un Estado cuando sea parte de una sustracción de menores, dicha convención será de gran importancia en el presente trabajo pues es uno de los instrumentos internacionales más utilizados en nuestro país.

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, e internacional, que tienen como eje central la preocupación por la protección de los menores de edad como un sector vulnerable de la sociedad.

En definitiva, la sustracción de un menor desencadena un proceso de localización y restitución del menor en el Estado donde residía habitualmente antes de la vulneración de los derechos de este.

Las implicaciones jurídicas derivadas de la sustracción, respecto de la figura materna o paterna, entendemos que debe medirse de una manera adecuada, mediante el retiro o suspensión de los derechos derivados de la patria potestad, guarda y custodia asignados por una autoridad competente; de forma diferida, posterior a la tramitación del proceso restitutorio.

Es necesario mencionar que la sustracción de menores es muy importante pues al ser parte de esta un niño o niña se está dañando su interés superior puesto que puede sufrir diferentes acontecimientos durante este procedimiento que lo puede afectar de una manera considerable, tanto que no podrá tener un

sano desarrollo durante su infancia, por tal motivo la autoridad competente encargada de resolver la restitución de un menor deberá tener como objetivo primordial el garantizar el interés superior de este, pues a su vez tendrá que considerar cual es el lugar más apto para que el menor se desenvuelva adecuadamente en cualquier aspecto social, físico, psicológico y cultural, sin dañar su integridad.

En el actual sistema internacional de protección de derechos humanos se fundamenta en la responsabilidad internacional de los Estados, que surge por la violación de los deberes establecidos en los tratados de derechos humanos en vigor; dicha responsabilidad se imputa siempre al Estado el cual busca garantizar el ejercicio de los derechos violados.

La principal finalidad del presente escrito radica en dar difusión a la normatividad mexicana que aborda desde distintas materias como constitucional, procesal, penal, civil y familiar, tanto en el ámbito nacional e internacional, pues la figura de la sustracción de menores realizada por los padres día con día toma fuerza, ya que conforme pasa el tiempo se saben de casos con mayor frecuencia.

Por tal motivo es necesario que los operadores jurídicos, en especial, y la sociedad, en general, conozcan su regulación pues el Estado mexicano tiene la gran responsabilidad de afrontar y dar una respuesta global e íntegra a esta figura de notoria responsabilidad social y jurídica. El debido conocimiento del marco normativo mexicano y su correcta aplicación repercute necesariamente en la prevención, así como en la eficiencia y la eficacia a la hora de localizar y restituir a la persona sustraída internacionalmente.

Hoy en día es indiscutible la necesidad y la utilidad de difundir qué cuerpos normativos tenemos para dar respuesta a todos los aspectos que rodean. Sin embargo este conocimiento no es exclusivo de las Autoridades Centrales, a quien nos dirigimos en primera instancia, sino también implican a los múltiples operadores jurídicos que se encuentran dentro de dicho proceso, como son principalmente los jueces competentes, máxime cuando en sus manos está la

toma de una decisión tan importante que afecta, de por vida, a los menores, padres y en general a la familia.

Ahora bien, no podemos minimizar la importancia del conocimiento de los instrumentos, convencionales y autónomos, por parte de los padres, así como de las implicaciones en la comisión de esta figura, desde que en buena medida depende de ellos complicar o simplificar estas crisis familiares que conllevan a un mejor desarrollo de los menores.

Por tal motivo, en el presente trabajo se explicara todo lo que conlleva una sustracción de menores, abordando en su capítulo I Delimitación Conceptual, en donde se explicara el tema a abordar; en el capítulo II Antecedentes Históricos, se explicaran los Convenios y Tratados, así como su diferencia; el capítulo III denominado Derechos en la Restitución de Menores, hablaremos de todos aquellos derechos que tienen los menores en caso de ser sustraídos, así como los derechos que tienen los padres que son parte de dicho hecho; nuestro capítulo IV Procedimiento de Restitución, como su nombre lo dice, se explicara detalladamente todo el procedimiento que deberá llevar a cabo el padre al que le haya sido sustraído su menor hijo; para finalizar la presente investigación en el capítulo V denominado Marco Jurídico Nacional sobre la Restitución se explicaran las normas jurídicas aplicables a la restitución internacional en nuestro país en caso de una sustracción internacional de menores.

Finalmente se dará por terminado el presente trabajo con las conclusiones obtenidas durante la investigación del tema abordado, haciendo de su conocimiento que es lo que debe de hacer una persona en caso de que le sea sustraído su menor hijo en nuestro país, para que el menor pueda ser restituido de forma exitosa, salvaguardando primordialmente el interés superior del menor.

OBJETIVO

Analizar la figura de la restitución internacional de menores a través de los diversos instrumentos internacionales aplicables, así como la normativa interna que se aplica dichos casos, haciendo la distinción con la sustracción internacional de menores y explicando la relación entre ambas.

HIPÓTESIS

Considerando que la restitución internacional de menores es un tópico inherente al Derecho Internacional Privado, analizaremos el posible conflicto en la aplicación de normas nacionales e internacionales y en su caso el procedimiento aplicable a los casos de sustracción internacional de menores.

METODOLOGÍA

Para el desarrollo de la presente investigación se analizaron diversos métodos aplicables a la ciencia jurídica, destacando principalmente el método comparativo, el cual nos ayudó a analizar las figuras de restitución y sustracción de menores, a fin de comprender sus semejanzas y diferencias.

Por otro lado se empleó el método analítico, el cual fue la base para el estudio del procedimiento de restitución, el cual nos permitió conocer cada uno de sus detalles y su aplicación en la práctica jurídica.

Así mismo se utilizó el método deductivo dado que analizamos situaciones generales, para posteriormente comprender situaciones particulares aplicables al caso en concreto.

Finalmente dentro de las corrientes jurídicas nuestra investigación tiene como base la doctrina del *ius positivismo*, pues esta acepta como derechos humanos sólo aquéllos reconocidos por el Estado, a través de ordenamientos jurídicos, es decir, aquel creado y aplicado por los órganos competentes.

CAPÍTULO I

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

1.1. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO

La distinción tradicional parte de la existencia de principios jurídicos superiores al ente estatal. De esta forma se define el Derecho Internacional Público como el conjunto de normas que rigen la conducta de los Estados, es decir este será el encargado de regular las relaciones de los Estados entre sí, pues presuponen un ámbito jurídico en el que estos proceden como sujetos de Derecho.

Carlos Arellano García lo conceptúa como: “El conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los Estados entre sí, la relaciones de los organismos internacionales entre sí, las relaciones de los Estados con los organismos internacionales, las relaciones de los órganos de los organismos internacionales entre sí y con los organismos internacionales, las relaciones de los hombres que rebasan las fronteras de un Estado y que interesan a la comunidad internacional”.¹

Por tal razón podemos definir esta rama del Derecho, como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones que se establecen entre aquellos sujetos que cuentan con personalidad jurídica internacional.

Tenemos entonces, como sujetos que cuentan con dicha personalidad jurídica internacional: a los Estados soberanos y a los organismos internacionales principalmente, sin embargo, existen otro tipo de sujetos como la Santa Sede, los movimientos de liberación nacional, los insurrectos, la Cruz Roja Internacional y los propios individuos (las personas físicas), entre otros, a los que el Derecho Internacional Público por excepción y bajo ciertas circunstancias, les reconoce derechos frente a los Estados soberanos y que, por consiguiente, gozan de personalidad jurídica internacional.

En cuanto al Derecho Internacional Privado, hablamos de un conjunto de normas que rigen las relaciones jurídicas de los particulares en el ámbito internacional; este está constituido por las normas que los tribunales internos de

¹ ARELLANO GARCIA, Carlos, Primer curso de Derecho Internacional Público, 5ª ed., México, Editorial Porrúa, 2002, p.106.

los Estados aplican cuando surge un conflicto entre los sistemas jurídicos.

Arellano García lo define como: “El conjunto de normas jurídicas de Derecho Público que tienen por objeto determinar la norma jurídica aplicable a los casos de vigencia simultánea de normas jurídicas de más de un Estado que pretenden regir una situación concreta”.²

Es decir que para distinguir el Derecho Internacional Público del Derecho Internacional Privado se entiende que las normas de este último se aplican a los individuos, las del derecho de gentes, a los Estados.

El Derecho Internacional Privado, por su parte, tiene como principal objetivo la resolución de conflictos de jurisdicción internacional. Se encarga de definir cuál es la ley aplicable y de determinar la condición jurídica de los extranjeros.

Por tal razón el Derecho Internacional Privado tiene como principal función dirimir y solucionar conflictos que supongan el enfrentamiento entre distintas jurisdicciones ante determinadas situaciones.

Es común por ejemplo, que ante un delito cometido por un individuo de nacionalidad extranjera, sea difícil determinar cuál es el tipo de legislación o derecho que le rige, el de su propio país o el del país en el que cometió el delito, así mismo este será el encargado de resolver los casos de sustracción de menores puesto que el Derecho Internacional Privado tiene entonces la función de establecer cuál es la legislación que regirá en cada caso, teniendo en cuenta las situaciones particulares que este tipo de condiciones puede generar.

1.2. UBICACIÓN DEL TEMA CENTRAL

El divorcio o separación de una pareja es un evento que genera diversas repercusiones en la vida de las hijas e hijos, quienes con frecuencia, resienten los efectos de la nueva forma de organización familiar que sus madres y padres

² ARELLANO GARCIA, Carlos, Derecho Internacional Privado, 14ª ed., México, Editorial Porrúa, 2001, p. 11.

establecen para seguir cuidándolos y para asegurar su desarrollo integral después del rompimiento.

Existen casos en que las y los progenitores llegan a un acuerdo para distribuir las responsabilidades de parentesco equitativamente; sin embargo, en otros se hace necesaria la intervención de la autoridad jurisdiccional para determinar a través de una resolución a quién de los dos corresponde la guarda y custodia de las hijas e hijos menores de edad, quién estará a cargo de su cuidado, atención diaria, así como el porcentaje que será otorgado para cubrir los alimentos del o los menores de acuerdo a cada caso, para cubrir sus necesidades básicas, así como designar quien tendrá el régimen de visitas y convivencias.

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes reconoce los Derechos Humanos de los menores de edad a vivir en familia, conocer y convivir con ambos padres, y a que se les proporcionen las condiciones de vida que favorezcan su desarrollo integral, por lo que en toda decisión, en particular, la relativa a su guarda y custodia, deberá considerarse primordialmente su interés superior por encima de los intereses individuales de sus progenitores.

La madre o padre a quien corresponda la guarda y custodia de las hijas e hijos tendrá la obligación de cuidarlos, resguardarlos y formarlos física y espiritualmente pero, también la facultad de decidir en todos los asuntos de su vida diaria, incluyendo el de fijar su lugar de residencia;³ sin que esto represente un impedimento para el ejercicio del derecho de mantener contacto regular con el otro progenitor que no vive con ellos.

En México, para los casos en que la sustracción o retención ilícita de una niña, niño o adolescente se consume con su traslado al extranjero, resulta aplicable el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, cuyos objetivos son: la restitución de los menores de edad trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y, velar porque los

³ Tesis número 1a. LXIX/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Primera Sala, Libro XVIII, marzo de 2013, t. I, p. 883, Tesis Aislada (Civil).

derechos de custodia o visita vigentes en cada uno de ellos se respeten en todos los demás Estados.⁴

En nuestro país el progenitor titular de la guarda y custodia de una niña, niño o adolescente que fue sustraído deberá acudir a la Secretaría de Relaciones Exteriores, y cumplir con algunos requisitos documentales para formular una solicitud de restitución.

Cuando un país firmante del Convenio recibe una solicitud de restitución de una niña, niño o adolescente, está obligado a:

- A) Adoptar medidas para su localización.
- B) Prevenir que sufra mayores daños y evitar perjudicar a las partes interesadas.
- C) Garantizar la restitución voluntaria del menor de edad.
- D) Iniciar o facilitar la apertura de un juicio o procedimiento jurisdiccional o administrativo para que se decrete un régimen de visitas con el progenitor del que fue separado.
- E) Garantizar administrativamente, la restitución de la niña, el niño o el adolescente, sin riesgo para éste.

Es decir que el país requirente deberá garantizar en todo momento el interés superior del menor.

Por lo anterior la sustracción de menores la podemos clasificar dentro del Derecho Internacional Privado, pues su principal función es solucionar los

⁴ Artículo 1º de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, incisos a) y b).

conflictos que existan entre particulares que se encuentren en diferentes jurisdicciones.

1.2.1. SUSTRACCIÓN, RETENCIÓN U OCULTAMIENTO DE MENORES

Se denomina sustracción, retención u ocultamiento ilícito a la separación unilateral e injustificada de un menor de edad de la persona que legalmente detenta su guarda y custodia, ocultándolo o trasladándolo lejos de su lugar de residencia habitual.

Esas conductas atentan contra su equilibrio vital, pues alteran sus condiciones afectivas, sociales y culturales;⁵ por tanto, constituyen un atentado contra los Derechos Humanos de niñas, niños y adolescentes a vivir en familia, convivir con ambos padres, vivir en condiciones de bienestar, a tener un sano desarrollo integral y una vida libre de violencia, los cuales están reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales de los que México es parte y en la Ley General de Niños, Niñas y Adolescentes. La sustracción de menores puede ocurrir tanto en el territorio nacional o en el extranjero.

En algunos casos, para garantizar el ejercicio efectivo de la guarda y custodia, las autoridades jurisdiccionales y administrativas facultadas para ello, procurarán atendiendo al interés superior del menor, así como su restitución con la persona que legalmente ejerce su guarda y custodia.

Además de las cuestiones civiles previstas en el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, los Códigos Penales de las entidades federativas tipifican como delitos la sustracción y la retención u ocultamiento de menores de edad, conductas que se sancionan con pena privativa de la libertad. En la Ciudad de México, por ejemplo, ésta puede ser de uno hasta

⁵ PÉREZ-VERA, Elisa, Informe Explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, La Haya: HCCH publicaciones, 1982, p.31.

cinco años de prisión;⁶ no obstante, los Códigos Penales de los Estados establecen su propia punibilidad.

1.3. CONCEPTOS BÁSICOS APLICABLES

Nos encontramos ante una figura jurídica que si bien no es nueva, empieza a adquirir notoriedad en el contexto social-político-cultural y económico mexicano, debido a que la sociedad mexicana empieza a tomar conciencia de las implicaciones y consecuencias que la comisión de la sustracción (nacional o internacional) de menores presenta. Lo anterior deriva en una inquietud ciudadana por saber cuáles son los medios con los que se cuenta para prevenir y combatir esta creciente realidad que afecta a un sector altamente vulnerable, los menores; incógnita por saber cuáles son los instrumentos normativos, los procedimientos legales y las autoridades competentes para hacer frente a este problema.

El objetivo de este apartado es establecer los conceptos existentes en relación con la sustracción y restitución de menores. Algunos conceptos fundamentales del tema son:

- A) Sustracción/ restitución: referencia a un mismo problema, a saber, la vulneración de los derechos de guarda, custodia y/o visita asignados por un juez. De esta forma la sustracción representa la materialización de una acción llevada a cabo en una violación de los derechos de guarda, custodia y/o visita.⁷

Con este concepto podemos darnos cuenta, que tanto la sustracción como restitución es empleada de igual forma para referirse a la acción que comete una persona sobre un menor para trasladara éste a otro país distinto al de su residencia habitual.

⁶ Artículos 171 a 173 del Código Penal para el Distrito Federal.

⁷ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, Lecciones de Derecho Internacional Privado Mexicano, parte especial/ Derecho Civil Internacional, México, Editorial Porrúa, p. 294.

B) Domicilio habitual. El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 29^o establece que es el lugar donde reside habitualmente una persona física, y a falta de este, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de estos, el lugar donde simplemente residan y, es su defecto, el lugar donde se encontraren; mismo que está claramente determinado y regulado en las leyes locales y Convenciones Internacionales, que en caso de México, cabe señalar que existe estricta concordancia en lo establecido por nuestros códigos procesales civiles y lo que establece la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores respecto al domicilio de personas físicas en el derecho internacional privado, pues el tiempo estimado que está contemplado es de seis meses continuos.

C) Sustracción. Un acto de sustracción se genera cuando uno de los padres de familia traslada a uno o varios de sus hijos menores de edad fuera de las fronteras de un determinado territorio sin consentimiento del otro.⁸

Se considera que no han dado consentimiento cuando es ilegal el traslado o la retención del 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. En este sentido estamos presente ante la comisión de un delito cuyas consecuencias jurídicas variarían de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

No va a existir sustracción si existe el consentimiento del padre que tiene la guarda y custodia hacia el otro progenitor pues este cuenta con el permiso para poder trasladar al menor a otro país.

D) Sustracción. Es el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble total o parcialmente ajena. Tal sustracción, el hurto, como el robo y la extorsión, las estafas y otras defraudaciones, los quebrados y otros deudores

⁸ PABLOS SAUCEDO, Gabriela, "Sustracción de menores: un problema internacional", en Revista El Mundo del Abogado, número 126, octubre, 2009, p. 9.

punibles, la usurpación, el daño. Como también la indebida ocultación de documentos. Puede haber sustracción de personas, como en el caso de raptos, o de privación de libertad, si se la ha cometido para exigir rescate.⁹

E) Traslado. Se da cuando uno de los padres traslada al menor fuera del país de residencia, sin contar con la autorización expresa del otro.¹⁰

El traslado es aquella acción que realizara uno de los padres a un menor para llevarlo a otra área geográfica determinada, sin previa autorización.

F) Retención. Del latín *retentio*, es la acción y efecto de retener (conservar algo, impedir que se mueva o salga, interrumpir su curso normal). Existe cuando el menor sale del país con autorización de ambos si fuera necesaria, pero no lo regresan a su residencia habitual, sino que es retenido en el extranjero violando los derechos de custodia de una persona o institución.¹¹

G) Menor. Este varía de conformidad con la figura jurídica que abordemos. En este sentido, si hablamos de restitución internacional de menores observamos que las convenciones que la regulan sitúan la minoría de edad en los dieciséis años (artículo 2º. de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y artículo 4º. de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores). Ante este conflicto de criterios entendemos como “menor” aquella persona que no ha alcanzado la edad de dieciséis años.

En México se entiende por el término de menor, refiriéndonos a niños y niñas, a todas aquellas personas menores de 18 años, por adolescentes, a todo ser humano mayor de 12 años y menor de 18 años, de acuerdo a las Ley de las y los Jóvenes del Distrito Federal.

⁹http://www.proz.com/kudoz/english_to_spanish/law_general/3976751-asportation.html
(Consulta: 12/05/2017. Hora: 22:06)

¹⁰ORDOÑEZ LEÓN, Patricia, Aspectos civiles de la sustracción”, en Revista Sacris Lex, número 68, 2009, p.16.

¹¹ Ídem.

H) Tratado. Del latín *tractatus*, un tratado es el cierre o la finalización de una negociación o disputa, tras haberse debatido y alcanzado un acuerdo. La noción de tratado se utiliza para nombrar a la documentación que registra dicha conclusión y, en un sentido más amplio, al texto o manual sobre un cierto asunto. Así mismo, también se le conoce como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

La noción de tratado internacional se usa para nombrar a aquel que suscriben actores de Derecho Internacional y que puede estar formado por una o más herramientas jurídicas vinculadas.

I) Ley Modelo. Se basa en los esfuerzos anteriores que la Organización de Estados Americanos (OEA) ha tomado para promover el derecho de acceso a la información, incluyendo el documento conjunto Recomendaciones sobre Acceso a la Información el cual proporciona información detallada sobre el derecho de acceso a información, así como recomendaciones de políticas y legislativas, y el estudio relativo al Cuestionario de Legislación y Mejores Prácticas sobre Acceso a la Información de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, documento que contiene las respuestas de los Estados y la sociedad civil al cuestionario, así como las recomendaciones de organizaciones de la sociedad civil.

Además, la Ley Modelo Interamericana y la Guía para su Implementación, incorporan los principios articulados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como los principios sobre acceso a la información, aprobados por el Comité Jurídico Interamericano.¹²

J) Proceso. Halla su raíz en el término de origen latino *processus*. Desde la perspectiva del derecho, un proceso es la añadidura y valoración de

¹²http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp(Consulta: 12/05/2017. Hora: 22:13).

documentación escrita en toda causa civil o criminal que sirve para entender y esclarecer los hechos.

Conjunto complejo de actos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo.¹³

K) Custodia. Es un término que tiene su origen en el vocablo latino *custodia*. Se trata de la acción y efecto de custodiar (guardar con cuidado y vigilancia). El término se refiere al cuidado y guarda de las personas menores de edad que se encuentran bajo la patria potestad de sus padres (u otros ascendientes, como sus abuelos) y que dadas sus características son incapaces de cuidarse por sí mismos y ejercitar algunos derechos.

La custodia se deriva del ejercicio de la patria potestad como el conjunto de derechos y obligaciones que tanto el padre como la madre tienen respecto a la persona y bienes de sus hijos.¹⁴

De esta manera podemos observar la diferencia de cuando hablamos de sustracción internacional de menores, ya que nos referimos a la vulneración de los derechos tuitivos efectivamente ejercidos. Entendemos por derechos tuitivos la guarda, custodia y la visita, contacto y convivencia. Un dato importante de los convenios específicos en materia de sustracción debemos mencionar que:

- A) Son convenios prácticos, pragmáticos, instrumentales, cuya aspiración genérica y genuina es lograr la cooperación judicial internacional;
- B) Su contenido es catalogado de Derechos humanos porque buscan proteger el derecho del menor a convivir con sus progenitores (no a la inversa).

¹³<http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=783>(Consulta:12/05/2017. Hora: 22:15).

¹⁴TAPIA RAMIREZ, Javier, Derecho Familiar, México, Editorial Porrúa, 2013, p. 394.

Así, este derecho configura el bien jurídico tutelado para los penalistas y el principio del interés superior del menor para civilistas el ius-internacional-privatistas.

C) Son convenios que manifiestamente determinan el principio de autonomía del proceso restitutorio respecto al proceso de determinación y asignación de los derechos tuitivos.

En este orden las ideas de la Ley Modelo (artículo 1º) prohíbe, como lo hace el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (artículos 16 y 19) y el Interamericano sobre restitución internacional de menores (artículo 15), la decisión sobre el fondo del asunto de la guarda, la que es materia privativa, de la Jurisdicción del Estado de residencia habitual del niño.¹⁵

Ahora bien, sabemos que la diferencia existente entre la restitución y el tráfico internacional de menores no está en el elemento subjetivo o personal, es decir, en quien comete el ilícito; ya que en ambos casos el ilícito puede ser cometido por los progenitores no marcando este factor la diferencia entre ambas figuras jurídicas, por el contrario, la diferencia se encuentra en el elemento volitivo, es decir, en la intención y el objetivo que se presenta con la retención del menor.

Continuando con las diferencias existentes la restitución puede originarse de dos formas, siendo trasladado lícitamente el menor pero retenido ilícitamente o bien trasladado ilícitamente y retenido, por lo tanto, ilícitamente; por su parte, el tráfico internacional del menor supone que la retención y el traslado del menor es ilícito.

¹⁵GONZÁLEZ MARTIN, Nuria, Temas de Actualidad Jurídica sobre la Niñez, México, Editorial Porrúa, 2012, pp. 99 y 100.

1.4. DIFERENCIA ENTRE SUSTRACCIÓN Y RESTITUCIÓN

La diferencia entre restitución y sustracción internacional de menores debe estudiarse desde 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 ha inducido a este error; sin embargo, entendemos que el termino 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) esperando tras la acción de sustraer al menor de edad.

Es así que la restitución significa volver a la situación inmediatamente anterior (status quo) sin necesidad de cuestionar en este momento procesal a quien corresponde el derecho de guarda, custodia, visita, contacto, convivencia o como se han determinado dichos derechos de familia.

1.5. LAS SUSTRACCIONES FOLLOWING A COURT ORDER Y LAS PRIOR TO THE COURT ORDER (LAS SUSTRACCIONES A RAÍZ DE UNA ORDEN JUDICIAL Y ANTES DE LA ORDEN JUDICIAL)

De acuerdo al artículo 3º del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, dispone que:

El traslado o la retención de un menor se consideran ilícitos:

- A) Cuando se haya 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;

- 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.

La idea de este artículo es 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 y 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).¹⁶

La diferencia anterior es importante desde que la sustracción se materializa cuando existe una orden judicial o administrativa como cuando solo existe un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado. Respecto al Convenio Interamericano contempla únicamente las sustracciones de menores que se han producido con posterioridad a una decisión judicial o administrativa (following a court order).

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 courtorder) como aquellas sustracciones realizadas con anterioridad a que se emita una resolución.

¹⁶ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, La Sustracción Internacional de Menores por sus propios padres, su destipificación en México, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2012, p. 251.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1. CONVENIOS

Uno de los cambios importantes en las últimas décadas lo constituye el incremento de las migraciones hacia otros países, dada la facilidad de las comunicaciones, transportes, flexibilidad de las fronteras y sobre todo en la búsqueda de mejores condiciones de vida.

Las personas se establecen en otros países, trasladan su cultura y desarrollan sus actividades, conocimientos y tradiciones, y muchos de ellos se han casado o unido en pareja formando familias cuyos padres son de diferente nacionalidad, cuando por distintas razones se quebrantan estas relaciones, se genera un conflicto familiar que puede llevar a la disolución de la relación, y que en algunos casos ha dado lugar a que uno de los padres sustraiga al hijo o hijos y los traslade a su país de origen o en su defecto a otro país, igualmente la situación se presenta cuando siendo los padres de la misma nacionalidad, uno de ellos traslada al menor a otro Estado sin la autorización del otro padre o con esta, lo retiene originándose un caso de sustracción internacional.

Uno de los Derechos Humanos que aspiran los miembros de una familia es convivir bajo un mismo techo y un mismo hogar, en especial, a integrarse y estar reunidos. Esto constituye un derecho básico de toda persona, por lo que el menor debe permanecer con sus padres o tutores y si por alguna circunstancia es separado de ellos, pueda regresar al núcleo familiar.

Al lado del elemento afectivo también se procura proteger su seguridad, de ahí la necesidad de que el menor permanezca al lado de sus padres o tutores.

Sin embargo, estos derechos y aspiraciones no siempre se ven reflejados en la realidad, donde hay familias cuyos miembros se encuentran diseminados en dos o más países.

La variedad de situaciones de esta naturaleza es muy amplia, de ahí que sea necesario apelar al principio de integración familiar no solo como un derecho

fundamental de los individuos, sino como un medio indispensable para satisfacer las necesidades afectivas del menor y de esa manera atender su interés superior.

Por lo tanto el derecho de un niño a permanecer con su familia o con quien legalmente ejerce el derecho de custodia se ve afectado cuando se le impide ese derecho, ya sea por desplazamiento o retención ilícitos. Esto ocurre cuando se quebranta el derecho de visita o el de custodia, como en los casos en que no se cumple con el límite temporal que impone el derecho de visita o cuando el menor es desplazado sin el consentimiento de quien ejerce la custodia permanente.

Debido a la sustracción de menores esta tiene consecuencias emocionales determinantes para los hijos, quienes no son culpables de las situaciones de conflicto que pueden generarse entre sus padres.

Por lo que se refiere al ámbito internacional, en la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño a los infantes se les reconocen dos direcciones migratorias orientadas a la integración:

- A) El derecho a salir de su país para visitar o reunirse con su familia, y
- B) El derecho a entrar para reunirse con su familia. La finalidad para la que se establece ese derecho se orienta a la reunión de la familia o con uno de sus miembros.¹⁷

Ante la sustracción de los menores, y con el propósito de lograr su inmediata y segura restitución, por medio de mecanismos convenientes que garanticen sus derechos, hay dos instrumentos clave en el área geográfica de referencia a los que se puede recurrir y estos son:

- A) Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

¹⁷ PEREZNIETO CASTRO, Leonel, et al., Derecho Internacional Privado, parte especial, 2ª ed., México, Editorial Oxford, 2012, p. 298.

Fue adoptado el 25 de octubre de 1980, se limita a regular la acción directa de restitución como instrumentos para garantizar la tutela del interés del menor y el ejercicio efectivo del derecho de custodia. La aplicación del Convenio facilita el pronto retorno de los niños irregularmente sustraídos o retenidos fuera del país de su residencia habitual, constituye un apoyo fundamental de los principios y derechos de los menores de edad, incluyendo el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, tal como se reconoce en distintos instrumentos de Derechos Humanos, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño, la aplicación del Convenio sirve como instrumento para dar efectividad a dichos principios. El Convenio requiere para su operatividad de la cooperación interestatal entre jueces y entre las Autoridades Centrales a fin de lograr el entendimiento adecuado y la confianza necesaria para la aplicación y funcionamiento del Convenio sobre las medidas de prevención para evitar casos de sustracción.¹⁸

B) Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Este instrumento internacional tiene por objeto asegurar la pronta restitución del menor que tengan residencia habitual en uno de los Estado Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente, es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares¹⁹.

La característica de esta Convención, es que la instauración del proceso está limitada a quienes están en el ejercicio de derecho de custodia o de otro similar (padres, tutores, guardadores o cualquier institución), en este aspecto el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores tiene una cobertura más amplia de solicitantes al comprender a cualquier

¹⁸TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, et al., La Restitución Internacional de la Niñez, enfoque iberoamericano doctrinario y jurisprudencial, México, Editorial Porrúa, 2011, p.3.

¹⁹ Artículo 1º de La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

personas, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención.

C) Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de menores de 1994.

Esta Convención regula aspectos civiles y penales del traslado ilícito de menores de edad, y extiende su ámbito de aplicación a menos de 18 años en razón de la protección a los menores de edad que son víctimas de la comisión de delitos.

La Convención proporciona un conjunto de conceptos destinados a facilitar su aplicación; así establece que el tráfico internacional de menores significa la sustracción, el traslado o la retención o la tentativa de sustracción, traslado o retención de un menor con propósitos²⁰ o medios ilícitos.

Señala la necesidad de la cooperación entre Estados Partes a efectos de garantizar la prevención y sanción del tráfico internacional de menores.

D) La Convención sobre los Derechos del Niño.

El artículo 11º establece la obligación de los Estados de tomar medidas contra el traslado o la retención ilícita de los niños en el extranjero, para lo cual, los Estados Partes promoverán la aplicación de acuerdos bilaterales o multilaterales y/o la adhesión a acuerdos existentes.

2.1.1. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONVENIOS

Para una óptima aplicación de los Convenios que garanticen el cabal cumplimiento de sus objetivos, la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores dispone que los Estados contratantes adopten todas las medidas necesarias, debiendo recurrir a los

²⁰ Artículo 2º de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

procedimientos de urgencia de que dispongan.²¹ En igual sentido el artículo 11º prescribe que las autoridades judiciales y las administrativas actúen con celeridad, a fin de evitar daños físicos o psicológicos en el menor.

El proceso de restitución debe ser tramitado con celeridad, porque el padre que ha sustraído al menor tratara de dilatar las diligencias, buscando que la demora dificulte la ejecución del Convenio con la finalidad de que las autoridades del país donde se refugia expidan una resolución que ampare su pedido.

Con el propósito de coadyuvar a la celeridad del proceso el Convenio de La Haya restringe el ámbito de competencia, así los artículos 16º y 17º, señalan que luego de ser informadas de un traslado o retención ilícito, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado o este retenido el menor, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del Convenio o que transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se hubiere presentado una solicitud en virtud del Convenio. Lo dispuesto en el artículo 30º de la Convención también contribuye a la celeridad del proceso, al señalar que se admitirá, toda presentada ante las Autoridades Centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante conforme a los términos del Convenio, salvo lo dispuesto en el artículo 27º que señala que la Autoridad Central no estará obligada a aceptar la solicitud cuando manifiestamente incumple las condiciones requeridas en el presente Convenio.

Una vez que se requiera la restitución del menor deberá llevarse un proceso el cual tiene dos vertientes:

A) ETAPA ADMINISTRATIVA

Se inicia por la persona que sostenga que un menor ha sido objeto de sustracción, quien se presentara ante la Autoridad Central de la residencia habitual del menor para que se remita la solicitud de restitución a su similar del

²¹ Artículo 2º de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

país donde se encuentre el menor. El proceso administrativo está a cargo de la Autoridad Central, quien es designada por el Estado contratante y que velara por el cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio.²²

Una de las medidas que puede adoptar la Autoridad Central es la de garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable, de esta manera se evita que el caso sea judicial, de ahí surge la necesidad de que el personal administrativo se especialice en la aplicación del Convenio.

En el caso que resulten infructuosas las negociaciones ante la Autoridad Central y se tenga que recurrir a un proceso judicial, la Convención Interamericana en su artículo 9º indica que la autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos que señala dicho artículo y además la documentación no requerirá de legalización cuando se tramite por la vía diplomática, consular o por intermedio de la Autoridad Central.

En ambos Convenios, las Autoridades Centrales son designadas por los Estados contratantes, estas deben cooperar entre si y adoptaran las medidas apropiadas, entre ellas el localizar al menor y prevenir que sufra mayores daños, así mismo es responsable de adoptar todas las medidas apropiadas que faciliten evitar la iniciación de un procedimiento judicial o administrativo, ya sea directamente o a través de cualquier intermediario.

La Autoridad Central podrá actuar como autoridad requirente o requerida, dependiendo donde se encuentre el menor, asimismo adoptara o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

B) LA ETAPA JUDICIAL

Las solicitudes de restitución o derecho de visita originan un conflicto de intereses entre el sustractor y el padre afectado por la sustracción, situación que el

²² Artículo 6º de La Convención de La Haya de la sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

juez debe resolver, estos procesos deben ser tratados de manera urgente en razón a que el menor es el directamente afectado con este traslado ilícito.

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

En los casos de traslados o retenciones ilícitas de niñas, niños y adolescentes fuera del territorio nacional, la persona interesada podrá presentar la solicitud de restitución respectiva ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que ésta lleve a cabo las acciones correspondientes en el marco de sus atribuciones, de conformidad con lo dispuesto en los instrumentos internacionales y demás disposiciones aplicables.

Cuando las autoridades de las entidades federativas tengan conocimiento de casos de niñas, niños y adolescentes de nacionalidad mexicana trasladados o retenidos de manera ilícita en el extranjero, se coordinarán con las autoridades federales competentes, conforme a las demás disposiciones aplicables, para su localización y restitución.

En caso de que un menor sea trasladado o retenido ilícitamente en territorio nacional, o haya sido trasladado legalmente pero retenido ilícitamente, las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal hoy Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, estarán obligadas a coadyuvar en su localización, a través de los programas para la búsqueda, localización y recuperación, así como en la adopción de todas las medidas necesarias para prevenir que sufran mayores daños y en la sustanciación de los procedimientos de urgencia necesarios para garantizar su restitución inmediata, cuando la misma resulte procedente conforme a los tratados internacionales en materia de sustracción de menores.

Con relación a la Autoridad Central de acuerdo con el artículo 7° de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores. Deberán adoptar todas las medidas apropiadas que permitan:

- A) Localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita.
- B) Prevenir que el menor sufra de mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas.
- C) Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable.
- D) Intercambiar información relativa a la situación social del menor.
- E) Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación de la Convención.
- F) Iniciar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera afectiva el derecho de visita.
- G) Conceder o facilitar la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluyendo la participación de un abogado.
- H) Eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a su aplicación²³.

De esta manera la Autoridad Central provee de asistencia jurídica a la cual tendrán derecho los nacionales y los que tengan su residencia habitual en

²³PABLOS SAUCEDO, Gabriela, "Sustracción de menores: un problema internacional", en Revista El Mundo del Abogado, número 126, octubre, 2009, p. 10.

cualquiera de los Estados contratantes. En ambas Convenciones se prevé que se puede recurrir directamente a las autoridades judiciales, sin utilizar la vía administrativa, en este caso el padre agraviado con la sustracción podrá solicitar el asesoramiento del Defensor Público.

2.2. TRATADOS

Los tratados son los acuerdos entre dos o más Estados soberanos para crear, modificar o extinguir una relación jurídica entre ellos.

Sin embargo los tratados han recibido nombres muy diversos como convenciones, acuerdos, convenios, pactos, arreglos, compromisos, declaraciones, etcétera; pero ello no tiene significación jurídica. Por tal motivo Convenio, pacto y tratado son sólo distintas maneras de designar la misma cosa.

2.2.1. ELEMENTOS DE LOS TRATADOS

Tradicionalmente se sostiene que los tratados deben poseer ciertos elementos y tener presentes ciertas cualidades para que tengan la validez debida, los cuales son los siguientes:

- A) Capacidad: es otorgada a quienes sean considerados como sujetos de Derecho Internacional para la celebración de tratados internacionales.
- B) Consentimiento: este es expresado por órganos de representación competentes por parte del Estado.
- C) Objeto: es el fin último perseguido por las partes contratantes.

Es decir que sólo los Estados soberanos pueden concretar tratados.

2.3. DIFERENCIA ENTRE TRATADO Y CONVENIO

De conformidad con el artículo 89ºfracción X de la Constitución, los tratados internacionales se crean como acuerdos entre el Presidente de la República y los mandatarios competentes de otras naciones para resolver situaciones jurídicas que interesan a ambas naciones. Para que sea válido el tratado requiere la ratificación del Senado una vez formalizado adquiere carácter de norma constitucional.

Los convenios, en cambio, son solo convenciones suscritas de buena fe por representantes de dos o más Estados, carecen de forma legal, por lo que sólo se le imponen moralmente a quienes lo firman por lo que no se puede hacer uso de la fuerza para su ejecución.

Por tal motivo todo acuerdo o entendimiento entre Estados que gozan de su soberanía y se propone crear, modificar o suprimir una relación de Derecho que regirá entre ellos constituye un tratado o convención.

Sin embargo la libre voluntad que se considera justa base para la celebración de un convenio con frecuencia se ve mermada por el ejercicio de la fuerza. Dentro del Derecho Internacional Privado los Estados Parte negocian mediante individuos provistos de los que se llaman “plenos poderes”, y buscan alcanzar objetivos materialmente realizables pero también jurídicamente factibles.²⁴ Entramos dentro del terreno constitucional, pues a este fundamento jurídico del ordenamiento estatal corresponde determinar: la autoridad competente para celebrarlos; aquella que los confirmara, y fijara por supuesto los límites que ni una ni otra podrán exceder.

En cambio un tratado será plenamente válido hasta el momento en que se intercambien las ratificaciones, puesto que se trata de un acuerdo de voluntades, el acto jurídico se considerara finiquitado hasta ser legítimamente confirmado por

²⁴ CUEVAS CANCINO, Francisco, et al; Manual del Derecho Internacional Privado Mexicano, 2ª. ed., corregida y aumentada, México, Editorial Porrúa, 1998, p.312.

las partes. Y como ocurre para todo acto jurídico, terminara total o parcialmente conforme a la voluntad de las partes, la cual puede expresarse de antemano fijando términos o condiciones, o posteriormente, en cuyo caso corresponderá a cada una de las partes denunciarlo o proponer su abrogación, o la negociación de nuevos términos.

2.4. LEY MODELO

Ley Modelo es un fiel reflejo de la aparición de nuevos procesos de creación normativa, sin duda representa la idea de que los modos de creación de normas jurídicas no son cerrados, exclusivos o rígidos. En términos generales la Ley Modelo tiene una triple finalidad:

- A) Garantizar la restitución inmediata de los niños trasladados o retenidos de manera ilícita,
- B) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en un Estado se respeten en el Estado nacional y
- C) Garantizar el retorno seguro del menor al Estado que fungió de última residencia habitual²⁵.

Sin duda, la Ley Modelo viene a coadyuvar con lo dispuesto en los convenios internacionales en la búsqueda de cooperación judicial internacional en aras de dar celeridad a los procesos restitutorios. Su razón de ser es dar respuesta armónica a una realidad jurídica y sociológica compleja, en función de que los ordenamientos nacionales no pueden por si solos ponerse de acuerdo para solucionar de manera única e igualitaria los diversos problemas procesales que se originan en todo proceso restitutorio; es por ello que esa labor viene facilitada a través de la Ley Modelo.

²⁵ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, Temas de Actualidad Jurídica sobre la Niñez, México, Editorial Porrúa, 2012, pp. 88 y 89.

La sintonía y complementariedad que existe entre la Ley Modelo y los dos convenios de sustracción internacional de menores (Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores) son evidentes, manifiestas y precisas, por lo que solo podemos hablar de absoluta coadyuvancia entre los tres cuerpos normativos a la hora de alcanzar un proceso restitutorio.

2.5. RESTITUCIÓN DE MENORES

La Convención de La Haya sobre Sustracción de Menores señala con respecto al ejercicio del derecho de restitución de un menor:

- A) Retención. Que la persona en quien se confió la custodia provisional para que recibiera la visita de un menor exceda en el plazo máximo que le fue fijado, lo cual se traduce en el incumplimiento de la obligación de regresar al menor al lugar de su residencia habitual y con la persona que ejerce la custodia permanente.

- B) Sustracción o desplazamiento. Que el menor sea desplazado fuera del lugar de su residencia habitual y sea sometido a una custodia de facto a cargo de quien carece de la custodia permanente e incluso temporal.

En términos más precisos el Convenio Interamericano sobre Tráfico Internacional de Menores (artículo 2º) la define indicando que significa la sustracción, el traslado o la retención o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos.

Por lo general, la persona que retiene o sustrae a un menor del lugar de su residencia habitual piensa que el foro donde retiene al menor le otorgara la custodia, lo que es falso, debido a que el estado de refugio no puede pronunciarse sobre el donde de la custodia, salvo que no se concreten los supuestos para la restitución del menor.

Las leyes internas mexicanas son omisas respecto a la retención y sustracción de menores. Algunos códigos se conforman con enunciar estas conductas como supuestos de la restitución y otro ni se preocupan por el tema, lo que no solo supone desprecio de estos legisladores por el Derecho Internacional, sino también rechazo a estas disoluciones en beneficio del menor.

Para definir el concepto de sustracción de un menor, según la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, es necesario tomar en cuenta diversos aspectos:

- A) En cuanto al menor sustraído o retenido, la protección solo alcanza a quienes tienen menos de 16 años de edad.
- B) Las personas que tienen derecho de custodia sobre el menor no solo son los padres; también pueden serlo los tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir la sustracción o retención.
- C) La relación entre el menor y las personas que tiene el derecho de custodia se determina de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.
- D) En contravención a este derecho de custodia permanente, otra persona (que puede ser un tercero) sustrae al menor o lo retiene.
- E) En la sustracción o retención internacional hay por lo menos dos países: el país de origen del menor, que es el de su residencia habitual, y el país al cual es llevado ese menor, conocido como país de destino.

Dicha Convención obliga a los Estados a luchar contra la retención y los traslados fronterizos ilícitos de niños.²⁶ Varios países han firmado diversos

²⁶Artículo 11 de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

tratados que les garanticen el retorno o restitución de los menores que hubieren sido sustraídos o retenidos en el extranjero. En México son dos los principales instrumentos que ratificó el Senado y constituyen derecho vigente:

A) La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, signada al amparo de la Conferencia de La Haya en 1980.

B) La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores asignada al amparo de la IV CIDIP en Uruguay, en 1989.

La Convención Interamericana sobre Restitución tiene escasa cobertura pues solo cuenta con 16 países que la han ratificado; en cambio la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores incluye a 71, entre ellos los tradicionalmente considerados países de destino, como Estados Unidos de América, México y España.

Finalmente el principio primordial que tienen las diferentes convenciones es la protección del interés superior del menor, debido a que este puede manifestarse en sentido positivo (restituyendo al menor al Estado de su última residencia habitual) o de forma negativa (no restituyéndolo por las causales cerradas). La pieza más importante prevista en estos instrumentos son las Autoridades Centrales cuya presencia se reitera tanto en los convenios como en la Ley Modelo.

2.6. FINALIDAD DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES REFERIDOS A LA SUSTRACCIÓN DE MENORES

La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores pretende garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante. Por su parte, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores procura asegurar la pronta restitución de menores que

tengan residencia habitual en uno de los Estados parte, o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente.

Relacionado a esto el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores protege en el plano internacional a la niña, niño o adolescente, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o retención ilícita, para lo cual busca:

- A) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; y
- B) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes. En el caso de que se produzca demora en el retorno del menor, el padre sustractor estará en una posición ventajosa en relación al otro progenitor, dado que será el quien haya elegido la jurisdicción que va a juzgar el caso, una jurisdicción que, el considera el más favorable para sus pretensiones.

Es decir, se trata de convenios que establecen mecanismos internacionales de acción inmediata.

La protección de menores es actualmente una preocupación mundial, pues los casos de abusos contra los niños, el maltrato por quienes los tienen bajo su guarda y custodia, su traslado ilegal a un lugar distinto a aquel en el que residen, y el tráfico de toda clase de personas menores de edad ha ido en aumento.

Por tal motivo la comunidad internacional se ha visto en la necesidad de realizar la celebración de convenciones y tratados internacionales con el objetivo de evitar estas irregularidades, y resolver los problemas que se generan en perjuicio de los niños.

Por esta razón los organismos sociales responden precisamente para apoyar a aquellas personas que se encuentran en situación de indefensión y necesitan protección para salir adelante, como es el caso en los menores que son víctimas

de la sustracción internacional, pues al estar desprotegidos se siente vulnerable ante esta situación de debilidad.

CAPÍTULO III

DERECHOS EN LA RESTITUCIÓN DE MENORES

3.1. TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Cuando un Estado celebra un tratado sobre Derechos Humanos con varios Estados o más, lo hace con el fin de hacer que cada uno de los Estados Parte de dichos tratados incurran en las obligaciones respectivas, con el fin de que se respeten los Derechos Humanos de todas y cada una de las personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado en cuestión, independientemente de la nacionalidad de dichas personas individuales.

Para hacer referencia a la jurisdicción es importante señalar que esta proviene del latín *iurisdictio, onis*, que significa poder o autoridad que tiene uno para gobernar o poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio.²⁷

Es decir que la jurisdicción en base a su competencia es la parte del derecho procesal que como función del Estado tiene por objeto regular y organizar la administración de justicia y seguridad jurídica a través de los órganos especializados y competente para resolver de forma imparcial las controversias y planteamientos jurídicos, en base a las reglas de procedimiento establecidas para cada proceso.

Los tratados de Derechos Humanos han establecido los principios de atribución de responsabilidad internacional del Estado, en los cuales contraen la obligación internacional de respetar y garantizar los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de los que son parte, por lo que el menoscabo de dichos derechos, cuando es imputable al Estado en términos del Derecho Internacional, por alguna omisión o acción atribuible al poder público, constituye un acto del Estado y acarrea su responsabilidad internacional.

²⁷Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 20ª. ed., Madrid, Espasa Calpe, 1984, t. II, p.805.

La obligación de respetar implica un deber general del Estado de no vulnerar los derechos, por lo tanto para garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos se puede subdividir en las siguientes obligaciones:

- A) Prevenir las violaciones a los Derechos Humanos: El Estado debe de activar todo su aparato institucional para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos; pero el Estado debe comprobar que hizo todo lo que estaba su alcance para evitar la vulneración del derecho para no incurrir en responsabilidad internacional.

- B) Investigar las violaciones ocurridas: Debe de ser realizada con diligencia, con seriedad y no como una mera cuestión de trámite, así mismo deberá tener sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de aportación privada de elementos probatorios sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.

- C) Sancionar a los responsables: En los casos de violación de Derechos Humanos que impliquen perseguir y castigar penal, civil o administrativamente a los responsables, el Estado deberá de hacerlo aplicando las sanciones correspondientes.

- D) Reparar las consecuencias de la violación: Significa eliminar todas las consecuencias del hecho ilícito. La reparación del daño ocasionado por una infracción a una obligación internacional consiste en la plena restitución. Por lo tanto, la reparación incluye la indemnización como forma restitutiva de reparación que incluye tanto el daño moral como al material.

Las anteriores obligaciones resultan relevantes para comprender los efectos de cada uno de los tratados tiene, pues cuando un Estado celebra un tratado sobre Derechos Humanos con varios Estados más, lo hace con el fin de hacer que cada

uno de los Estados Parte de dichos tratados incurran en las obligaciones respectivas, con el fin de que se respeten los Derechos Humanos de todas y cada una de las personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado en cuestión, independientemente de la nacionalidad de dichas personas individuales.

3.2. DERECHOS DE LOS PADRES

El artículo 33 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, garantiza el derecho de guarda y custodia que tienen los padres, excepto, cuando se ha perdido conforme a lo previsto en la legislación interna de su Estado de residencia. El que ejerce la patria potestad tiene derecho a decidir el lugar de residencia del menor, ello no lo exenta de cumplir con las obligaciones que establezca la ley de su país.

El padre que tenga el derecho de visita podrá solicitar a la autoridad competente del Estado donde resida el menor, para que la misma le faculte a ejercer su derecho, esto sucede cuando no le permitan visitar al menor. El procedimiento a seguir es el previsto en los artículos 6º y 8º de la convención en análisis y dado su importancia se realiza la siguiente transcripción:

- Artículo 6. Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención.

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

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

En relación a este artículo podemos definir que cada Estado Parte, respecto a la sustracción internacional, será competente para realizar el procedimiento de restitución de menores, es decir que este podrá ser el Estado en el que se encontrara el menor antes de su sustracción o en donde se tiene la posibilidad de que el menor se encuentre en dicho territorio.

- Artículo 8. Los titulares del procedimiento de restitución podrán ejercitarlo conforme a lo dispuesto en el Artículo 6, de la siguiente forma:
 - a. A través de exhorto o carta rogatoria; o
 - b. Mediante solicitud a la autoridad central, o
 - c. Directamente, o por la vía diplomática o consular.

De acuerdo a este precepto jurídico se entiende que cada Estado Parte podrá solicitar a la Autoridad Central de otro Estado la restitución de menores a través de dichas vías.

Con esto se entiende que aunque el menor se encuentre en otro Estado, el padre que no se encuentre viviendo con él tiene el derecho de convivir con el menor siempre y cuando se tenga una autorización, en caso de que no se tenga el permiso y salga del país con él, este estaría incurriendo en una sustracción de menores.

Respecto al derecho de convivir se debe entender que este no se refiere a un derecho específico del padre, sino que la convivencia es un derecho fundamental de los niños y niñas, que de la interpretación de la Declaración Universal de los Derechos de los Niños así como de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se está privilegiando el interés superior del menor en beneficio del mismo.

3.2.1. DERECHOS DE GUARDA Y CUSTODIA INTERNACIONAL

Sin duda, cuando hablamos de los derechos de guarda y custodia nos referimos a otro de los conceptos importantes a la hora de hablar de la materialización de la sustracción de menores por sus propios padres. Lo anterior debido a 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, ya que se puede saber cuándo estamos ante la sustracción de un menor de edad por sus propios padres al ser violentados los derechos protegidos.

La primera afirmación es que los derechos de guarda, custodia y los de visita, contacto y convivencia deben otorgarse teniendo como prioridad en interés superior del menor, dejando a un lado la idea de que es un derecho exclusivo y prioritario de los padres a mantener contacto sus hijos.

Derivado del derecho a tener una familia nace el correlativo de convivencia de los hijos con sus padres y familiares privilegiando el mejor desarrollo integral de los menores.

Es fundamental que se entienda que la convivencia del niño, niña y adolescente con sus padres es su derecho pero también será un deber de los progenitores para con ellos.

En casos de excepción, los términos de la convivencia puede variar, por ejemplo cuando los hijos pueden vivir separados de uno o ambos padres, siendo este un caso de excepción, en caso de juicios del orden civil o familiar siempre que así lo determinen las autoridades judiciales considerando que sea lo que más convenga a niños, niñas o adolescentes.

De acuerdo al artículo 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño tienen derecho a vivir con sus padres:

“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”.²⁸

En este último caso y a través de un procedimiento jurisdiccional, se establecerá la forma en que la convivencia con ambos padres se desarrollará, siempre que ello no fuera perjudicial para el bienestar de niños, niñas y adolescentes, pues es primordial salvaguardar el interés superior del menor; para eso se atenderá, conforme a la legislación civil o familiar, al régimen de guarda, custodia y visitas.

El derecho de custodia se reconoce en la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que lo define como el derecho relativo al cuidado del menor en especial, el de decidir su lugar de residencia. En realidad, esta Convención no regula la custodia ni indica el derecho aplicable a la misma, ni quien es la autoridad competente para constituir la. Solo supone o da por hecho la existencia de la custodia, estableciendo mecanismos de cooperación internacional.

La Convención de La Haya sobre Sustracción de Menores tiene un concepto propio sobre la custodia, que no es ni debe ser el mismo que el establecido en cada legislación nacional. De ahí que, por encima de lo que puedan preceptuar los códigos de cada entidad federativa mexicana, deba tomarse en primer lugar la Convención de La Haya.

Una resolución reciente de nuestros tribunales, sin tomar en consideración lo dispuesto por dicha convención apoyándose únicamente en el derecho interno, ha indicado que el progenitor que tiene la guarda y custodia sobre el menor no puede

²⁸ Artículo 9º numeral 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

cambiar unilateralmente el domicilio de este, ya que la titularidad de esos derechos no implica un poder absoluto y exclusivo para determinar el lugar donde vivirá el infante, porque en esa decisión 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.

El derecho de custodia no implica que el o los padres (o las personas que lo ejerzan) puedan realizar cualquier acto de poder sobre los menores. De ahí que México está obligado, según acuerdos internacionales, a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.²⁹

Como hemos señalado, la custodia de un menor se establece en la ley o leyes con el fin de satisfacer de mejor manera el interés del mismo y no para satisfacer los intereses de los padres o de quienes tienen la custodia.

3.2.2. DERECHO DE VISITA Y CONVIVENCIA INTERNACIONAL

Con la asignación del derecho de visita, contacto y convivencia, 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, 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.³⁰

²⁹ Artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

³⁰ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3139/8.pdf>(Consulta:12/05/2017. Hora: 22:53).

De esta forma es necesario también reconocer el derecho de uno de los progenitores a relacionarse, convivir, educar, y tener el cariño y afecto del menor, aun cuando residan en países diferentes y distantes geográficamente.

Aunado a esto, detrás de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, está la idea de que los padres deben mantener comunicación con sus hijos. De esta manera, la ausencia de uno de los padres puede dar lugar al derecho del hijo a comunicarse con su padre o madre ausente, por cualquier medio o visitándolo.

De tal modo el derecho de visita del hijo se establece como norma internacional, especialmente en la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Acorde con esta, el derecho de visita corresponde al derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente de aquel en que tiene su residencia habitual. Según nuestros tribunales, todo menor tiene el derecho de visita, mientras al visitado no se le haya privado del derecho de patria protestad respuesta que no es acogida en otros países, pues el hecho de castigar al padre privándolo de la patria protestad no debe implicar la pérdida del derecho del menor para visitar a su padre o madre, de tal manera que los lazos de afecto no se pierdan.

En el ámbito normativo interno no hay reglas que permitan el desplazamiento internacional de un menor para que sobre él se ejerza el derecho de custodia provisional.³¹ No obstante, esa regulación si se encuentra en el ámbito convencional internacional. La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional precisa que su objeto es velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

Para alcanzar la cooperación, según la Convención citada, las Autoridades Centrales de cada Estado Parte podrán intercambiar información relativa a la

³¹PEREZNIETO CASTRO, Leonel, et al., op. cit., Nota 17, p.302.

situación del menor e incluso localizarlo, y realizar, a la vez, los actos necesarios para que se regule o ejerza de manera efectiva el derecho de visita. Estas Autoridades Centrales adoptaran las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

3.3. DERECHOS DEL MENOR

Los derechos del niño se encuentran reglamentados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención de los Derechos del Niño de 1989. La Declaración señala que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, y a que se le respeten sus derechos. Los niños son sujetos plenos de derechos a los que se debe proteger de manera especial, por lo tanto los derechos del niño son primordiales por sobre cualquier acto que pueda afectarlos, pues se les debe garantizar un vida digna.

Los derechos del niño son el conjunto de normas jurídicas de Derecho Internacional que resguardan a personas hasta la mayoría de edad. Cada uno de estos derechos está adaptado a las especificidades, necesidades y fragilidad de la edad de los niños. Así mismo estos son irrenunciables e inalienables y ninguna persona puede dejarlos sin validez, desconocerlos o vulnerarlos. Es decir, están garantizados por normas de alcance mundial y respaldado por acuerdos internacionales.

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, concede derechos al infante que se encuentra en la situación prevista en la presente convención, todo ello, con el fin de garantizar la integridad física y emocional del niño, por ser responsable de la guarda y custodia del menor hasta que sea entregado a su padre o tutor.

Los derechos fundamentales del niño sustraído son:

- A) El principio del interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos, es el conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizarles un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.
- B) El menor sustraído o retenido ilegalmente tiene derecho de voz, es decir, tiene el derecho de declarar si desea o no regresar a su residencia habitual. La Autoridad Central exhortada debe respetar el derecho de voz, comprobar su edad y madurez, antes de decidir la restitución del menor.

3.3.1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA SUSTRACCIÓN

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 tenemos que en la actualidad todo gira en interés del menor, hasta el punto que nuestro siglo ha sido llamado el siglo de la infancia.

Estas son afirmaciones que sin duda reflejan la posición privilegiada del menor en cualquier relación familiar. Así, el interés superior del menor se vincula directamente con el principio de dignidad, separando definitivamente al niño de la esfera de inmunidad paterna.³²

Por lo tanto los parámetros que se ofrecen para resguardar dicho interés son:

- A) Dignidad del ser humano, en las características propias de los niños, y en las necesidades de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

³²<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3139/8.pdf> (Consulta: 12/05/2017. Hora: 22:57).

B) La Convención sobre los Derechos del niño establece que este requiere cuidados especiales, y el artículo 19º de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores señala que debe recibir medidas especiales de protección. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados provienen de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

Con esto se entiende que lo primordial que se busca con los ordenamientos jurídicos internacionales e internos es que sea protegido el desarrollo y la infancia de los menores, siempre cuidando su entorno.

3.4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

El 12 de octubre de 2011 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación una reforma al artículo 4º constitucional, por virtud de la cual se instauro el principio del interés superior del menor, de esta forma la ley suprema será la guía para el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas en materia de niñez. Por lo tanto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en su artículo 4º, párrafo noveno, lo siguiente:

“En todas las decisiones y actuaciones el Estado se velara y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.³³

³³ Artículo 4º, párrafo noveno de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Conforme al contenido de esto, se tiene por entendido los derechos de los cuales deberán gozar los niños y niñas, así también quedan como obligaciones a otorgar dichas necesidades a aquellas personas que tenga a su cargo a un menor; dichos derechos que consigna la constitución deberán ser tutelados, en primer término, por los ascendientes, como pueden ser los padres, a falta de estos, los abuelos o en su caso los tíos, los tutores o bien los custodios.³⁴

Esto es con la finalidad de no dejar en ningún momento desprotegidos a los niños, niñas y en su caso adolescentes, como se hace mención en la Ley para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, publicada el 29 de mayo de 2000, cuya última reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 19 de agosto de 2010, la cual en su artículo 2º menciona que a los niños, niñas y adolescentes deberá asegurárseles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad.

En el ámbito internacional México ha sido parte de tratados internacionales que establecen los derechos de niños, niñas y adolescentes, los cuales forman parte del derecho interno mexicano, como lo es la Convención de los Derechos del Niño, que fue ratificado el 21 de septiembre de 1990, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 25 de enero de 1991, en el cual el Estado Mexicano se compromete a cumplir cada una de los derechos y obligaciones enunciados en dicha convención y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a jurisdicción mexicana, sin distinción alguna, sin importar raza, color, sexo, idioma, religión o cualquier opinión política de otra índole.

³⁴ OLIVOS CAMPOS, José René, Los Derechos Humanos y sus Garantías, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 2011, p.263.

3.4.1. LOS DERECHOS DE LOS MENORES Y SU RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN CONFORME

La interpretación conforme es una figura jurídica con reglas y métodos que permite la materialización efectiva y expansiva de los derechos fundamentales, además de la armonización entre las normas de Derechos Humanos con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad, atendiendo siempre el principio en bienestar de la persona.

A partir de su entrada en vigor en el artículo 1° Constitucional en su párrafo segundo que a la letra dice:

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.³⁵

En las Reformas de 2011, su uso se vuelve una obligación constitucional convencional de oficio para todos los intérpretes jurisdiccionales del Estado mexicano.

El principio de interpretación conforme se convierte, en el sistema jurídico de México, en la esencial técnica de análisis para los juzgadores, a raíz de las reformas constitucionales a los Derechos Humanos; es una obligación constitucional que tienen el deber de adoptar y de aplicar oficiosamente todos los órganos jurisdiccionales, sin excepción alguna, en aquellos juicios sometidos en el ejercicio de sus competencias.

La finalidad de lograr una interpretación y aplicación uniforme por la jurisdicción supranacional y la local de los Derechos Humanos aludidos en un documento internacional no es una tarea simple. Es muy probable que distintas comunidades y distintos tribunales nacionales interpreten a su modo las cláusulas de un convenio internacional enunciativas de Derechos Humanos, dando lugar a interpretaciones diversas.

³⁵ Artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Cuando un tribunal nacional juzga sobre un Derecho Humano cualquiera, lo está haciendo a la vista del derecho local y, en particular, a la de su Constitución.

En cambio, un organismo jurisdiccional supranacional va a estudiar ese derecho fundamentalmente a través del convenio o pacto internacional del que emerge, y no del derecho interno.

En definitiva, la interpretación de los Derechos Humanos de fuente internacional practicada por órganos judiciales nacionales e internacionales exige asumir que:

“Hay problemas interpretativos generales necesariamente polémicos y sobre los cuales no hay doctrina uniforme; existen ya plasmadas algunas reglas interpretativas específicas en materia de Derechos Humanos; y es necesario repensar seriamente las bases y el sistema de compatibilización de la interpretación de los derechos que realicen los órganos de ambas jurisdicciones”.³⁶

Con esto podemos entender que la interpretación conforme, puede variar singularmente, pues en cada Estado se tienen diferentes opiniones respecto de esta ya que los juzgadores serán los que interpreten las normas y las apliquen, como es en el caso de la sustracción de menores, sin embargo en dichas situaciones estas siempre deberá procurar el interés superior del menor.

3.5. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

La jurisprudencia es fundamental para el Derecho porque crea cierta seguridad al hacer predecible la administración de justicia dado que las autoridades encargadas de impartirla tendrán que aplicar la jurisprudencia que resulta obligatoria conforme a la ley.

³⁶ Sagües, N. P., La Interpretación Judicial de la Constitución, Buenos Aires, Argentina, Editorial LexisNexis-Abeledo Perrot, 2006, p. 228.

El vocablo jurisprudencia proviene del latín *iuris* que significa derecho y *prudencia* que significa sensatez y buen juicio.

El Doctor Leonel Pereznieto dice que “entendemos por jurisprudencia en sentido estricto la forma de manifestación del Derecho que se realiza a través del ejercicio de la jurisdicción, en virtud de una sucesión armónica de decisiones de los tribunales”.³⁷

Con esto podemos decir que la jurisprudencia es la interpretación de la ley, de observancia obligatoria, la cual emana de las ejecutorias que pronuncia la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando el Pleno o en Salas, y por los Tribunales Colegiados de circuito.

3.5.1. INTEGRACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Gramaticalmente, la jurisprudencia es la ciencia del Derecho, y además, el criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias consecutivas. Siendo una fuente del Derecho, la labor jurisprudencial es una interpretación normativa.

Es válido afirmar que la jurisprudencia descansa sobre el concepto de criterio, siendo este, pues, su génesis. Este criterio, será aquel que hubiere sido adoptado por el juzgados a través de argumentaciones lógico jurídicas para justificar su decisión en una controversia. La Ley de Amparo reconoce tres formas de integración jurisprudencial:

- A) Por reiteración de criterios. Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación constituyen jurisprudencia, siempre y cuando lo resuelto en ellas se sustente de manera reiterada o seriada en cinco sentencias ejecutorias, no interrumpidas por una que sostenga un criterio distinto. Además de esta condición, es necesario que la jurisprudencia sea aprobada,

³⁷PEREZNIETO CASTRO, Leonel, Introducción al Estudio del Derecho, 3ª ed., México, Editorial Harla, 1992, p.137.

por lo menos, por ocho Ministros, si se tratara de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro Ministros, en los casos de jurisprudencia de las Salas. Para la integración de este tipo de jurisprudencia, no se toman en cuenta las tesis aprobadas en los asuntos resueltos conforme a lo dispuesto en las disposiciones vigentes con anterioridad a la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

B) Por contradicción de tesis. Se forma jurisprudencia cuando el Pleno, las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación llevan a cabo un procedimiento de unificación de criterios (contradicción de tesis), al decidir el que debe prevalecer en el caso de que existan dos o más tesis o criterios contradictorias. En este caso, el Pleno, las Salas pueden, incluso, adoptar una nueva tesis, que habrá de prevalecer sobre las que contendieran. Para resolver una contradicción de tesis, basta la aprobación de la mayoría de los Ministros que integran el Pleno o las Salas. Las resoluciones adoptadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al solucionar las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, también forman jurisprudencia, siempre que sean aprobadas por un mínimo de ocho Ministros.

C) Por sustitución. La jurisprudencia que por reiteración o contradicción establezcan el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los Plenos de Circuito, podrá ser sustituida a petición de algún magistrado, en el caso de la jurisprudencia por contradicción establecida por los Plenos de Circuito, o a través de los Pleno, a petición de un magistrado aprobada por la mayoría de sus integrantes. En todos los casos deberá ser con motivo de caso concreto una vez resuelto, expresando las razones por las cuales la jurisprudencia debe sustituirse.³⁸

³⁸ Artículo 230 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De acuerdo con esto podemos comprender que la jurisprudencia es importante para la solución de casos en concreto, ya que ayuda al juzgador a dar una resolución adecuada, procurando en el tema de sustracción de menores el interés superior del menor en todo momento, por tal razón se transcribe la siguiente tesis del tema a tratar.

Época: Décima Época

Registro: 2013135

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a. CCLIII/2016 (10a.)

Página: 893

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. NO SUPRIME EL DERECHO DE CONVIVENCIA ENTRE EL MENOR Y EL PROGENITOR SUSTRADOR O RETENEDOR.

La finalidad de la citada Convención, adoptada el 25 de octubre de 1980, en La Haya, Países Bajos, es que el menor sustraído sea devuelto inmediatamente al Estado Parte del cual fue sustraído, sin que ello conlleve la permisión de que el menor y el progenitor que lo sustrajo o retuvo ilegalmente sean separados indefinidamente, suprimiendo sus derechos a la convivencia pues, por el contrario, considerando que el menor tiene derecho a convivir con ambos progenitores, cuando se ordena la restitución de un menor, éste generalmente se reintegra con el padre del cual fue separado; y si bien la restitución necesariamente trae como consecuencia que sea separado del progenitor que lo sustrajo o retuvo ilegalmente, a fin de que sea devuelto al Estado que lo reclama, lo cierto es que esa separación no es definitiva, ya que los progenitores tienen derecho de comparecer

ante las autoridades competentes en ese Estado, a fin de que se decida en definitiva quién de ellos debe ejercer la guarda y custodia, así como quién debe, en su caso, sujetarse a un régimen de visitas o convivencias, máxime que el artículo 19 de la Convención en comento es terminante en señalar que la decisión adoptada en virtud de ella sobre la restitución del menor, no afectará la decisión de fondo del derecho de custodia; además, en términos de los artículos 1, inciso a) y 5, inciso b), de la propia Convención, los Estados Parte están obligados a velar por que los derechos de custodia y visita se respeten, considerando que el derecho de visita comprende el de llevar al menor por un tiempo limitado a otro lugar diferente de aquel en que tiene su residencia habitual; en consecuencia, la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores no suprime el derecho de convivencia entre el menor y el progenitor sustractor o retenedor.

Amparo directo en revisión 5669/2015. 13 de abril de 2016. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.³⁹

La presente jurisprudencia nos hace referencia al derecho que tiene el menor que haya sido parte de una sustracción internacional, pues ésta busca primordialmente resguardar el interés superior del menor referente a las convivencias, que este deberá tener con sus padres no importando el responsable de la sustracción, pues estos tienen también el derecho de convivir con su menor hijo en todo momento sin importar quien ejerza la guarda y custodia.

Por tal importancia se transcribe la siguiente tesis jurisprudencial sobre el interés superior de menor.

³⁹Tesis: 1a. CCLIII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Decima Época,t.II, noviembre de 2016, p.893. Reg.IUS. 2, 013,135.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

PRIMERA SALA

TESIS JURISPRUDENCIAL44/2014 (10ª).

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS.

Resulta ya un lugar común señalar que la configuración del interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, dificulta notablemente su aplicación. Así, a juicio de esta Primera Sala, es necesario encontrar criterios para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es posible señalar que todo concepto indeterminado cabe estructurarlo en varias zonas. Una primera zona de certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima. Una segunda zona de certeza negativa, a partir de la cual nos hallamos fuera del concepto indeterminado. En tercer y último lugar la denominada zona intermedia, más amplia por su ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones. En la zona intermedia, para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor, es necesario precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven. En esta zona podemos observar cómo el interés del menor no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, pues éste varía en función de las circunstancias personales y familiares. Además, dicha zona se amplía cuando pasamos -en la indeterminación del concepto- del plano jurídico al cultural. Por lo anterior, es claro que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado. Son los tribunales quienes han de determinarlo moviéndose en esa "zona intermedia", haciendo uso de valores o criterios racionales. En este sentido, es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro. Así mismo, es necesario advertir que para valorar el interés

del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, principio consagrado en el artículo 4o. constitucional.⁴⁰

Amparo directo en revisión 348/2012. 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 2554/2012. 16 de enero de 2013. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 583/2013. 11 de septiembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo en revisión 310/2013. 4 de diciembre de 2013. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien reservó su derecho a formular voto concurrente y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 2252/2013. 4 de diciembre de 2013. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga

⁴⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis relevantes emitidas en el primer periodo de sesiones por la Primera Sala para su difusión en el primer periodo de receso de la SCJN.

Sánchez Cordero de García Villegas, quien reservó su derecho a formular voto concurrente y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Respecto a dicha jurisprudencia, podemos delimitar que el interés superior del menor siempre será resguardado por las autoridades correspondientes en cada Estado, en el caso de una sustracción de menores, pues su objetivo principal es que el menor se encuentre lo mejor posible en cualquier ámbito, tanto físico, económico y emocional, pues esto es primordial para un mejor desarrollo social; no obstante estas pueden variar de acuerdo a cada situación particular, sin embargo el Estado deberá ser quien garantice se cumplan los derechos de los niños, niñas y adolescentes considerando siempre su opinión respecto a la situación, siempre y cuando este sea capaz de acuerdo a su edad y madurez, por lo que el juez competente deberá atender conforme a derecho, y a su vez tomar en consideración cada una de las necesidades de los menores, pues este, deberá optar por una resolución que sea conveniente para que los menores puedan tener un mejor futuro.

CAPÍTULO IV

PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN

4.1. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y CONVENCIÓN DE LA HAYA. COMPETENCIA INTERNACIONAL PARA CONOCER Y DECIDIR SOBRE LA RESTITUCIÓN

Los tratados internacionales a los que se hacen referencia, facultan para conocer sobre la restitución de menores sustraídos o retenidos a las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tenía su residencia habitual.

En casos de urgencia, la solicitud de restitución puede ser presentada en el Estado donde se encuentra o se supone que está el menor; o bien, en el Estado donde se produjo el hecho ilícito de la sustracción.

Además de esos Estados, también se le reconoce competencia a otro órgano auxiliar y de colaboración, como la Autoridad Central de cualquiera de los Estados Parte. La Autoridad Central de donde se cree que se halla el menor está facultada para realizar los actos necesarios tendientes a la localización del menor, así como a su restitución, y para efectuar los arreglos que faciliten su rápido regreso. La Autoridad Central está obligada además a auxiliar a los interesados para que obtengan los documentos requeridos en los procedimientos de restitución.⁴¹

Debe tomarse en cuenta que la competencia internacional no se enfoca en darle un foro a la persona que retuvo o sustrajo a un menor para que ahí se le otorgue la custodia, sino únicamente el foro internacional aceptado solo está referido a que el menor sea restituido, de ahí que se habla del lugar de la residencia del menor.

Cabe mencionar que la Autoridad Central es aquella que se encarga de llevar a cabo la restitución del menor a su país de residencia habitual en el que se debería encontrar con el tutor respectivo.

⁴¹PEREZNIETO CASTRO, Leonel, et al., op. cit., Nota 17, p.315.

4.1.1. OBLIGACIONES DE LAS AUTORIDADES

Las Autoridades Centrales y las autoridades competentes de los Estados Parte tienen una serie de obligaciones que cumplir conforme a lo previsto en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, esto independientemente de las obligaciones que imponga la legislación interna del Estado en particular.

Las autoridades competentes deberán ordenar la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo, estas tendrán como obligación:

A) Autoridad Central Requirente:

1. Preparar y enviar la solicitud.
2. Obtener información sobre los procedimientos del estado requerido.
3. Verificar que la solicitud sea completa y bajo una forma aceptable para el estado requerido.
4. Verificar que la solicitud responde a las condiciones exigidas por el convenio.
5. Aportar información relativa a la legislación relevante.
6. Garantizar que todos los documentos esenciales en apoyo de la solicitud sean aportados.
7. Aportar una traducción de la solicitud y de todos los documentos esenciales.
8. Asegurar que la solicitud sea enviada a la dirección de correo, fax o correo electrónico correctos de la autoridad central requerida.

9. Enviar la solicitud inicial por correo prioritario y enviar una copia de la solicitud con antelación por fax o por correo electrónico. Si la solicitud es urgente, explicar los motivos de la urgencia.
10. Aportar su ayuda si la Autoridad Central requerida solicita información adicional, asegurarse de que se aporta dicha información sin demora.
11. Informar a la Autoridad Central requerida en caso de dificultades para respetar los plazos.
12. Ser razonable en la solicitud de información de seguimiento del expediente.
13. Seguir la evolución de la solicitud.

B) La Autoridad Central Requerida:

1. Recibir y acusar recibo de las solicitudes.
2. Respetar los plazos internos y externos.
3. Las solicitudes pueden recibirse por correo, por fax o por correo electrónico.
4. Registrar la recepción de la solicitud en un registro interno.
5. Acusar recibo de la recepción de la solicitud.
6. Verificar que la solicitud cumple con las condiciones exigidas por el convenio.

7. Si se necesita información o documentos adicionales, informar de ello a la Autoridad Central requirente en la carta o correo electrónico que acusa recibo de la solicitud.
8. Si la solicitud es muy urgente, o si el plazo de 12 meses para el retorno del menor está a punto de acabar, realizar todas las actuaciones tendentes a tratar aún más rápidamente la solicitud.
9. Informar al tribunal de la limitación del artículo 16 sobre audiencias relativas a la custodia.
10. Si la solicitud no ha sido aceptada, informar sobre las razones a la Autoridad Central requirente.

4.1.2. COMPETENCIA

Los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) podrán evaluar la posibilidad de generar una competencia especial, o concentrar la existente, dentro de sus respectivas leyes orgánicas de sus poderes judiciales, a fin de dotarla de la especialización necesaria para abordar esta materia.

Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención. El padre o tutor tienen derecho a elegir en qué país inicia el procedimiento, bien sea, en el país de residencia del menor o en el Estado donde se encuentra o sospecha que se encuentra.

El artículo 34^o de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores dispone que cada Estado designa a la Autoridad Central, la cual se encargará del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente convención.

En México, la Autoridad Central es la Secretaría de Relaciones Exteriores. Además, de la Autoridad Central, cada Estado tiene autoridades judiciales y administrativas, las cuales se harán cargo de seguir el proceso de restitución del menor sustraído o retenido ilegalmente.

El foro de la residencia habitual del niño es donde se llevará el juicio para definir la custodia del menor, con la finalidad de no afectar al progenitor que tenía la guarda o custodia del niño sustraído.

Para hacer efectivo lo dicho el Instituto Interamericano del Niño, tendrá las siguientes facultades:

- A) Coordinar las actividades de las Autoridades Centrales.
- B) Recibir y evaluar información proporcionada por los Estados Parte derivada de la aplicación de la convención.
- C) Cooperar con otros organismos internacionales competentes en la materia.

Los convenios específicos sobre restitución internacional de menores, no contienen normas que reglamentan el modo de resolver controversias entre Estados, debido a que las mismas surjan por discrepancias en la interpretación o aplicación de sus disposiciones, es decir que cada Estado resolverá conforme a su normas pues estas pueden variar de acuerdo a cada cultura y forma de vida que se tenga en cada Estado, sin embargo todos los Estados Parte deberán tener como principio la protección del interés superior del menor.

4.2. PROCEDIMIENTO TENDIENTE A LA RESTITUCIÓN

A través de la cooperación internacional las solicitudes de restitución podrán transmitirse mediante exhorto o carta rogatoria, a través de la vía diplomática o consular, o de la Autoridad Central, que es la vía más expedita y recomendable según la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción

Internacional de Menores; mediante esta última autoridad se concreta el mecanismo internacional de acción inmediata.

Posteriormente para poder llevar a cabo la restitución del menor se comenzara con una demanda de restitución, con la que se inicia el procedimiento la cual debe contener:

A) Antecedentes de hechos relativos a la retención o sustracción. En este rubro se incluirá la información suficiente respecto a:

1. El solicitante,
2. El menor sustraído o retenido,
3. La persona que lo traslado o retuvo, si fuere posible.

B) Información relativa a la presunta ubicación del menor, así como las circunstancias en que se realizó el traslado o la retención.

C) Los fundamentos jurídicos para la petición.

A la demanda de retención se le agregara:

A) Copia de la resolución que motive la demanda y comprobación de la situación fáctica.

B) Documentación que acredite la legitimación procesal.

C) Certificación oficial de la Autoridad Central o cualquier otra autoridad competente respecto del derecho vigente en la materia en el Estado donde se hace la solicitud.

D) Traducciones necesarias.

- E) Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.
- F) La autoridad competente podrá prescindir de algunos de estos requisitos, si a su juicio se justificara la restitución.

Conforme a la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en la demanda de restitución debe incluirse el Certificado de traslado ilícito del menor o el certificado de retención ilícita del menor. Se trata del documento en el que se hace constar o certificar que se ha producido el traslado ilícito de un menor. Cualquiera de ambas certificaciones se expide por las autoridades del lugar donde se encontraba la residencia habitual del menor y se apoya en el derecho de ese Estado. El certificado se dirige a las autoridades del Estado adonde el menor fue trasladado o está retenido.⁴²

Esta demanda o solicitud podrá transmitirse mediante la Autoridad Central del país de origen, a la Autoridad Central del país donde se encuentra retenido el menor. Esta última autoridad realizara los actos necesarios para lograr la restitución. La rapidez y la acción inmediata se oponen para reconocer las resoluciones extranjeras y para ejecutarlas.

La autoridad que vaya a emitir la orden de restitución podrá pedir, antes de su emisión, una certificación que acredite que el traslado o la retención del menor se hicieron en forma ilícita. En caso de que el menor se encuentre retenido en México, la Autoridad Central mexicana estará obligada a realizar los actos que establece la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

4.3. PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN

En el procedimiento de restitución, las autoridades judiciales deben declarar si procede o no la devolución inmediata del menor, sin considerar las cuestiones de

⁴²PEREZNIETO CASTRO, Leonel, et al., op. cit., Nota 17, p.316.

fondo relativas a la patria potestad o tutela del infante. Debido a que solamente es de su competencia la restitución del menor, con la finalidad de proteger el interés superior del menor.

Los requisitos que debe cumplir la demanda de restitución del menor son los siguientes:

A) La solicitud o demanda debe contener:

1. Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención;
2. La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor.
3. Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.

B) La solicitud o demanda deberá acompañarse de:

1. Copia íntegra de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable.
2. Documentación que acredite la legitimación procesal del solicitante.
3. Certificación o información expedida por la Autoridad Central del Estado de residencia habitual del menor.

- C) Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos.
- D) Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.
- E) La autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio, se justificare la restitución.
- F) Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañaren no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la Autoridad Central.

Dentro del procedimiento especial a seguir para llevar a cabo la restitución internacional del menor, se establece en el artículo 8º de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que cualquier sujeto o institución que tenga conocimiento del traslado o retención ilícita podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro estado contratante, para garantizar la restitución del menor,⁴³ así mismo, este artículo prevé los elementos que debe incluir la solicitud de restitución.

Por otro lado, el artículo 12º establece que será procedente la restitución si el proceso se inició antes de un año (a partir del traslado del menor) en este caso, la autoridad competente podrá ordenar la restitución inmediata del menor, pero si transcurrió un lapso mayor se ordenará la restitución, salvo que se demuestre, que el menor se ha integrado en todo su entorno, como es el aspecto escolar, social, desarrollo físico y emocional en su nuevo medio.

⁴³<http://www.eumed.net/rev/cccss/23/restitucion-internacional-menores.html>
(Consulta: 12/05/2017. Hora: 23:06).

4.3.1. PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN EN MÉXICO

El procedimiento de restitución en nuestro país se llevara a cabo siempre y cuando se tengan los siguientes requisitos:

- A) Las personas que tienen el derecho de custodia o guarda pueden iniciar el procedimiento de restitución.
- B) Las autoridades judiciales o administrativas del Estado de residencia habitual del menor antes de la sustracción son competentes para conocer sobre la solicitud de restitución.
- C) La Dirección General de Protección y Asuntos Consulares, Oficina de Derecho de Familia de la Secretaría de Relaciones Exteriores es la Autoridad Central, está obligada a colaborar con las autoridades competentes de los respectivos Estados, para la localización y restitución del menor.
- D) Las solicitudes deben ser remitidas a la Autoridad Central Federal en la Secretaria de Relaciones Exteriores (SRE), la cual preparará las solicitudes tanto para la justicia mexicana como para la Autoridad Central extranjera.
- E) La Autoridad Central se comunica directamente o por medio de la vía diplomática con la Autoridad Central del Estado dónde presumiblemente se encuentre el menor.
- F) La Procuraduría General de la República (PGR) solicitará que un juez en lo penal expida una orden de arresto contra el padre que ha efectuado la sustracción. Esta orden permite a INTERPOL buscar al menor y el autor de la sustracción y extraditarlo a México.

- G) Si se desconoce el paradero del menor, la Procuraduría General de la República (PGR) enviará la solicitud a la entidad donde se cree que se encuentra el menor.
- H) Una copia de la solicitud y del pedido formal de restitución son enviados al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) del Estado donde se encuentra el menor. El abogado del Desarrollo Integral de la Familia será responsable del bienestar del niño sustraído y un representante del DIF asistirá a la audiencia en el tribunal.
- I) La Autoridad Central deberán tomar las medidas necesarias para la restitución del menor.
- J) La Autoridad Central y demás autoridades competentes mexicanas tiene el deber de proteger al menor sustraído o retenido ilegalmente, por tanto, deberán actuar responsablemente y de manera pronta y expedita, con la finalidad de salvaguardar los derechos fundamentales del niño y de respetar los derechos al titular del derecho de guarda o custodia del menor.⁴⁴

4.3.2. PROCEDIMIENTO DE LA ACEPTACIÓN DE LA SOLICITUD DE RESTITUCIÓN

Los trámites para la devolución del menor los establece la legislación interna del Estado en particular. Las autoridades competentes del país dónde se presume se encuentra el menor sustraído, una vez que la Autoridad Central o la autoridad competente tengan conocimiento de la solicitud o demanda de restitución, deberá encargarse de la restitución del menor.

⁴⁴<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2723/7.pdf>(Consulta: 12/05/2017. Hora: 23:15).

Para localizar al menor sustraído la autoridad deberá:

- A) Considerar la posibilidad de un retorno voluntario.
- B) Orientar al solicitante sobre la representación legal.
- C) Proteger la seguridad e integridad del menor.
- D) Iniciar los procedimientos judiciales.
- E) Informar a la Autoridad Central requirente de la decisión del tribunal.
- F) Cerciorarse que la Autoridad Central requirente o el solicitante tengan conocimiento de sus derechos.
- G) Seguir el progreso de la solicitud.

Si no se localiza al menor, la Autoridad Central requerida deberá retornar la solicitud; si el menor ha sido desplazado a otro territorio, reenviar la solicitud ha dicho estado, de forma adecuada.⁴⁵

Las Convenciones deberán aplicarse de conformidad con los principios de Derecho Internacional, relacionados con la protección internacional de los derechos fundamentales del niño. Razón por la cual, las autoridades deben proteger la integridad del menor, por ese motivo, en el momento en que el niño quede al cuidado de las autoridades, son ellas las responsables de su guarda y custodia, hasta el momento en que el menor sea restituido. El menor sólo puede ser entregado a la persona que acredite ser el titular de la guarda y custodia del menor. No obstante, la autoridad que tiene la custodia del niño sustraído o retenido ilícitamente, deberá analizar las pruebas que presenten ambos padres y decidir si se restituye o no el niño, al padre que tenía la guarda y custodia, al momento de la sustracción.

La autoridad responsable de llevar el proceso de restitución del menor, debe respetar el interés superior del niño, por tanto, tiene el deber de valorar sí la

⁴⁵<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2723/7.pdf>(Consulta: 12/05/2017. Hora: 23:20).

pérdida del vínculo del niño con el padre no sustractor, se puede subsanar, de no ser eso posible, el niño deberá continuar con su nueva vida.

El problema de la tardanza del proceso de restitución se encuentra en la normativa interna del país requerido. Por ese motivo, la autoridad competente está obligada a proceder con diligencia, para evitar que se consoliden sustracciones indebidas, ya que ello ocasiona que se castigue al padre inocente y se premie al sustractor. Es decir que mientras el procedimiento no sea general para todos los países se corre el riesgo de que el juzgador cometa un error al dictar sentencia, debido a que esto varía de acuerdo a cada Estado Parte, pues no todos tienen el mismo procedimiento, dando así la posibilidad de que al momento de dar una resolución ésta sea benéfica para el sustractor debido a que el menor ya se puede encontrar adaptado a su nuevo entorno social.

Conforme a lo previsto en los ordenamientos internacionales la autoridad queda exenta de restituir al menor en los siguientes casos:

- 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.

- B) Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico.

La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar. Las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundar la negativa, la función del interés superior del menor es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta sobre con quien deberá quedarse el menor.

En México, los Tribunales Colegiados de Circuito han dictado sentencias estableciendo que cuando el responsable del menor no ejerce debidamente el

derecho de custodia, no se le restituirá el niño, siempre y cuando, el padre que sustrajo al menor conserve la patria potestad de su hijo, en caso contrario procede la restitución inmediata del niño. Con ello se sienta el precedente de que, aunque el padre que lo sustrajo le dé una vida de calidad, no podrá conservar a su hijo.

A partir del momento en que se ordena la restitución del menor, los solicitantes tienen 45 días naturales para hacer los trámites necesarios, sino la orden queda sin efecto, aunque posteriormente, podrá reclamar su derecho.

Los Estados deben actuar con responsabilidad, ya que pueden ser demandados cuando no apliquen las medidas correctas, porque afectan las relaciones paternas filiales.

La autoridad responsable del proceso penal y administrativo debe conocer el derecho aplicable y 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, de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados parte.

Los gastos corren por cuenta del solicitante, en el supuesto de que carezca de recursos económicos, el Estado de origen del menor deberá encargarse de los mismos, luego podrá demandar el pago de los daños y perjuicios al responsable del desplazamiento o retención ilegal. El padre que reclame el derecho sobre el menor deberá seguir el juicio en el país donde resida el menor, hasta que el juez o tribunal conceda o niegue la restitución.

4.3.3. LOCALIZACIÓN DE MENORES

Los Estados Parte prestarán especial atención a la labor de localización de los niños sustraídos internacionalmente, facilitando los recursos necesarios para que el niño regrese a su país de origen a la brevedad posible.

Las autoridades del Estado del lugar de residencia del menor tienen derecho a solicitar a las autoridades competentes del Estado en donde se presume que se encuentra el menor, que investigue el paradero del niño. El Estado que solicita la restitución de un menor debe presentar la mayor información posible del menor y de la persona (s) que lo sustrajo de su lugar de residencia.

Es importante que el padre o tutor que solicite la restitución del menor, proporcione la ayuda que le requiera la autoridad de su Estado y del Estado donde presumiblemente se encuentre el menor.

Las autoridades de un Estado Parte que tengan conocimiento de que un menor extranjero ha sido sustraído o es retenido ilegalmente de su hogar, deberá dar aviso al Estado de origen del menor y en caso de desconocer la nacionalidad del niño, pues a través de las agencias internacionales buscar a los padres o tutores del menor.

4.3.4. RECHAZO A LA RESTITUCIÓN DEL MENOR

Acorde con el derecho convencional internacional, las autoridades del Estado donde se encuentre el menor podrán rechazar la restitución de este cuando:

- A) Las personas que reclaman la restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención o hubieren consentido al traslado.

- B) Exista un riesgo grave si con motivo de la restitución se expusiera al menor a un peligro físico o psiquiátrico. Este motivo ha sido explotado ampliamente por los jueces mexicanos para negarse a otorgar la restitución si el menor es un niño pequeño y quien lo retiene ilícitamente es la madre, y como no encuentran un procedimiento idóneo por desconocer la aplicación directa de la Convención lo encauzan por un procedimiento de custodia y

así se constituye un juicio largo y costoso para la parte que reclama la restitución.

- C) El menor se opongá a esa restitución, caso en el cual el juez decidirá con base en la edad y madurez del menor. Desafortunadamente cuando ya ha pasado tiempo con la retención del menor, este suele no recordar la vida que tuvo al lado de quien lo reclama y, por tanto, su capacidad de decisión se reduce sensiblemente, sobre todo por el hecho de que quien lo retiene lo alecciona para las respuestas que deba dar al juez, de ahí que ese momento es vital en el proceso y el juez debe estar solo con el menor para un adecuado interrogatorio.

Las hipótesis de rechazo a la restitución son excepcionales, tomando en cuenta que el menor sustraído lo ha sido porque quien lo sustrajo quebrantó su obligación de respetar la custodia que sobre el menor se ejercía o bien, violó el periodo de visita a qué quedó obligado.⁴⁶ El no retorno del menor significa, en gran medida, legalizar lo que fue ilegal, pues como por lo regular ocurre, el que lo “robo” lo hizo por diversas razones (malos tratos a su persona o al menor, el encontrarse en un país extraño, etc.).

La decisión de no restituir deberá estar fundada y motivada, por la autoridad, considerando en todo momento el interés superior del menor y la adaptación al medio actual donde se desenvuelva. Un argumento sería que de restituirse al menor se pondría en peligro su personalidad e integridad física y emocional debido a que este se encuentra adaptado en su totalidad a su entorno, lo cual implicaría un atentado a su libre y sano desarrollo.

Motivo por el cual es importante tomar en consideración el marco jurídico mexicano aplicable al tema de restitución internacional, pues de éste depende como serían resueltos los casos de sustracción de menores, razón por la que se deberá considerar en todo momento el interés superior del menor.

⁴⁶PEREZNIETO CASTRO, Leonel, et al., op. cit., Nota 17, p.318.

CAPÍTULO V

MARCO JURÍDICO NACIONAL SOBRE LA RESTITUCIÓN

5.1. DERECHO APLICABLE

En México, el derecho aplicable es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Convención Interamericana sobre la restitución de menores, convenios y convenciones, así como el Código Penal Federal (CPF) y la ley de la materia de la entidad federativa.

El artículo 366 del Código Penal Federal, fracción III sanciona a toda persona que traslade a un menor de dieciséis años fuera del país, para obtener un lucro indebido o entregar al menor a un tercero.

El artículo 366 TER del Código Penal Federal, dispone que comete el delito de tráfico de menores, quien traslade a un menor de dieciséis años de edad o lo entregue a un tercero, de manera ilícita, fuera del territorio nacional, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega del menor. Establece el mencionado ordenamiento que cometen el mismo delito los que ejercen la patria potestad sobre el menor, bien porque sean ellos los que trasladen al extranjero al menor o autoricen para que ello se realice.

Las personas a que se refiere el párrafo anterior actúan de manera ilícita:

- A) Cuando quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor no han otorgado su consentimiento expreso para el traslado o la entrega,
- B) Cuando quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor obtengan un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega.
- C) La persona o personas que reciban al menor.

Se observa que, el Código Penal Federal, prevé todas las situaciones por medio de las cuales, una persona saca del país a un menor de dieciséis años, con la intención de causarle un daño al menor o a un tercero. Lo cual es muy común que sean los padres del menor el que lo sustrae o retiene, esto puede ser a causa de no contar con la guarda y custodia del menor.

En los casos que el juez competente autorice la custodia o derecho de visita de acuerdo a lo establecido por el Código Civil para el Distrito Federal o su equivalente en los Estados, dependiendo el caso, se debe hacer llegar la sentencia a la autoridad del lugar donde se encuentre el menor, ello, con la finalidad de que se siga el procedimiento previsto en las presentes convenciones.

México ha tratado de solucionar el problema de la sustracción internacional de menores, situación por la cual, ha firmado y ratificado instrumentos internacionales, para garantizar la restitución del menor, así mismo, ha promulgado legislaciones a nivel federal. De igual forma, en materia de competencia judicial, la legislación mexicana establece que los órganos jurisdiccionales en materia de restitución de menores deben actuar conforme a lo previsto en el marco jurídico internacional en materia de restitución de menores.

5.2. MARCO JURÍDICO MEXICANO EN MATERIA DE RESTITUCIÓN DE MENORES

Para la solución de casos en materia de sustracción de menores es importante que se consideren los marcos jurídicos nacionales e internacionales.

En el ámbito universal las Convenciones de Naciones Unidas, son el ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, promuevan mediante la enseñanza y la educación, el respeto a los derechos y libertades, y aseguren, a través de medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción; en este orden de ideas destacan los siguientes instrumentos internacionales aplicables a la materia de restitución internacional:

1. Declaración de los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1959. El niño es reconocido universalmente como un ser humano que debe

ser capaz de desarrollarse física, mental, social, moral y espiritualmente con libertad y dignidad.

2. Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), aprobada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por México el 21 de septiembre de 1990. El niño debe crecer en el seno de la familia y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; teniendo presente, además, que necesita protección y cuidados especiales, incluso los legales, se comprometen los Estados Partes a proteger a los niños contra toda discriminación, procurando sobre todo su bienestar, adoptando en consecuencia las medidas administrativas y legislativas que harán efectivos los derechos que establece la Convención.
3. Observaciones finales emitidas por el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas respecto al III Informe de México sobre Niñez, en sus sesiones 1140a y 1141a, celebradas el 23 de mayo de 2006, el Comité examinó el tercer informe periódico de México, y en la 1157a sesión, celebrada el 2 de junio de 2006, aprobó las siguientes observaciones finales. Informe que señala las recomendaciones específicas que realiza el Comité de Derechos del Niño al estado mexicano con referencia al tercer informe que realiza sobre los avances logrados en la aplicación de la Convención de Derechos del Niño en el país. Las observaciones se realizan siguiendo el orden de los artículos de la Convención de Derechos del Niño, y en todos los aspectos a los que la misma se refiere.
4. Convenciones de la Conferencia de La Haya. El resultado de estas conferencias son varios convenios en los que prevalece el recurso a la ley nacional como conexión en materia de familia.
5. Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores del 25 de octubre de 1980. Dicha convención en

su artículo primero establece como una de sus finalidades garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita, como de velar por el respeto de los derechos de custodia y vista en cada uno de los Estados contratantes. Después de definir cuándo se consideran ilícitos el traslado o retención de un menor, la Convención compromete a cada uno de los Estados Parte a designar una Autoridad Central; serán ellas las encargadas de asegurar la cooperación internacional en cuanto a la protección de los menores, tomando las medidas que especifica el artículo séptimo, el cual detalla las modalidades de la restitución del menor, el derecho de visita de las Autoridades Centrales, así como las disposiciones que aceptadas por las partes evitaran obstáculos puramente administrativos.

Así mismo la Convención ha encontrado una fórmula de conciliación por el cual la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligado a ordenar el retorno del niño si la persona, institución u otro organismo que se opone al retorno establece que la persona, institución u organismo que tenía a su cuidado al niño o ejercía efectivamente el derecho de guarda al tiempo del desplazamiento o retorno, había consentido o dado consentimiento posteriormente al desplazamiento o retención, o existe un riesgo grave de que el retorno del niño lo exponga a daño físico o psíquico, o de cualquier otro modo conduzca al niño a una situación intolerable.

Es decir en la apreciación de las circunstancias contempladas en las autoridades administrativas o judiciales deberán tomar en cuenta las informaciones proporcionadas por la autoridad central u otra autoridad competente del Estado de la residencia del niño, sobre su situación social.

Emanados de la Organización de Estados Americanos (OEA) dentro del marco jurídico regional destacan las siguientes Convenciones Interamericanas, mismas que hacen referencia a que toda persona tiene derecho a recibir alimentos, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación:

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José Costa Rica), aprobada el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por México el 18 de diciembre de 1980. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada el 15 de julio de 1989 en Montevideo, Republica Oriental de Uruguay. Se trata de una convención detallada y extensa, cuyos capítulos nos mencionan el ámbito de aplicación, autoridad central, procedimiento para la restitución, localización de menores, derecho de visita, además de disposiciones generales y finales pues señalan el considerable esfuerzo de las repúblicas americanas por combatir eficazmente la sustracción de menores, mismo que fue explicado en el capítulo.
3. Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de menores, ratificada en México el día 18 de marzo de 1994. Su principal objetivo es la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo.

Dentro de la legislación aplicable en marco jurídico nacional se encuentra:

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. De acuerdo en su artículo 4º se establece que deberá siempre prevalecer el bienestar y desarrollo de la familia, por lo que obliga al Estado a que legisle para preservarla como tal, es decir a toda la unidad familiar como son hijos y padres, lo cual debe estar enfocado en el mejoramiento moral, social, humano, emocional, físico e intelectual de cada uno de sus miembros, que constituye la base de la sociedad.
2. Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Tiene por objeto garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, así como un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad.
3. Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, en materia común y para toda la República en materia federal. Tiene por objeto reglamentar la función del Estado en la protección de los derechos de los menores, así como en la adaptación social de aquéllos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal y tendrá aplicación en el Distrito Federal en materia común, y en toda la República en materia federal. Esta Ley deberá garantizar el irrestricto respeto a los derechos consagrados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales.
4. Código Penal del Distrito Federal. Nos hace mención a la retención y sustracción de menores o incapaces en sus artículos 171, 172 y 173 que a la letra dice: “Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a

quinientos días multa, al ascendiente, descendiente, cónyuge, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que sustraiga, retenga u oculte a un menor o incapaz y que sobre éste no ejerza la patria potestad, la tutela o mediante resolución judicial no ejerza la guarda y custodia...”.

5. Código Penal del Estado de México. Dicha ley nos hace mención en su artículo 263 que a la letra dice: “Al padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad o familiares que participen en el apoderamiento, respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, se le impondrán de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días.

Los códigos penales de ambas entidades nos hacen referencia a que en caso de que se cometa el delito de sustracción de menores tendrá una consecuencia jurídica del tipo penal, sin embargo en ambos supuestos el delito se persigue por querrela.

Siguiendo este orden de ideas se tienen en las entidades federativas diferentes legislaciones aplicables en materia de infancia y adolescencia:

A) Distrito Federal

- Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal
- Ley de las y los Jóvenes del Distrito Federal
- Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal
- Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal
- Ley que establece el Derecho a un Paquete de Útiles Escolares por

Ciclo Escolar a todos los Alumnos Residentes del Distrito Federal, inscritos en Escuelas Públicas del Distrito Federal, en los Niveles de Preescolar, Primaria y Secundaria.

B) Estado de México

- Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en el Estado de México
- Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de México

El Comité de los Derechos del Niño ha recomendado a México que adopte todas las medidas necesarias para concordar las leyes federales y locales, de acuerdo al compromiso aceptado al ratificar la Convención.

El Décimo Tribunal Colegiado de Circuito resolvió, si la legislación local, como en la especie, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, aún no se ajusta al tratado en mención, los órganos jurisdiccionales deberán dar a conocer a las partes todas y cada una de las etapas que conformarán el procedimiento de restitución de menores y su duración, sin que ese término pueda exceder de seis semanas, salvo que existan razones que justifiquen la demora.

De acuerdo al Tomo CXC, Boletín Judicial No. 18 de fecha 26 de enero de 2011 en el acuerdo 69-01/2011⁴⁷, se hace del conocimiento que a partir del 1º de febrero de 2011, surtan efectos a algunos cambios de adscripción de Jueces en materia Familiar; así mismo, se hace del conocimiento la designación de los jueces que conocerán de la materia de adopción internacional y corresponderán a los juzgados del primero al quinto familiar, y aquellos que conocerán de la materia de restitución internacional de menores serán los juzgados del sexto al décimo

⁴⁷ <http://www.cjdf.gob.mx:93/transparencia/articulo17/b/acuerdos/2011/Acuerdos2011/05-%2069-01-2011.pdf>(Consulta: 15/04/2017. Hora: 20:18).

familiar, en el entendido de que los citados juzgados continuaran conociendo de los demás asuntos en materia familiar que les sean turnados.

Es decir que únicamente estos juzgados serán los encargados de resolver los asuntos en materia de adopción internacional y restitución de menores, debido a que estos contaron con la capacitación derivado de la participación del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez, cuya finalidad será proporcionar una mayor y justa eficacia en la resolución a cada caso.

A partir de la reforma de 2011 a la fecha en los juzgados familiares especializados en materia de restitución de menores de la Ciudad de México se han ingresado a la fecha aproximadamente 304 casos.

5.3. CONVENIOS DE COORDINACIÓN INTERNA

La restitución de menores compete, dentro de México, a cada una de sus entidades federativas. Al igual que en el caso de adopciones internacionales, en 1994 la SRE y cada una de las entidades federativas celebraron convenios de coordinación que permiten hacer frente a verdaderos problemas de tráfico jurídico internacional. Estos convenios han sido asignados, en lo que respecta a las entidades federativas, por los gobernadores, los Sistemas de Desarrollo Integral de la Familia estatales (DIF) y las procuradurías de justicia.⁴⁸

El mismo convenio entre entidades federativas y Federación, que relaciona la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, establece internamente que será el DIF local el que reciba del extranjero las peticiones que garanticen el retorno de los menores trasladados o retenidos ilícitamente, así como la institución que asegure el derecho de visita a los menores.

⁴⁸PEREZNIETO CASTRO, Leonel, et al., op. cit., Nota 17, p.322.

De igual manera, el DIF de cada entidad federativa podrá solicitar a la Autoridad Central extranjera su intervención para lograr la restitución de menores que hubiesen sido sustraídos o retenidos ilícitamente. Así mismo, pedirá que se asegure el derecho de visita prescrito en la ley.

Por otra parte, la rapidez con que se pueda desalojar al menor de territorio nacional una vez otorgada la restitución evita que mediante un recurso de amparo, el retenedor pueda evitar la salida de dicho menor, máxime si consigue que el juez de amparo le otorgue la suspensión del acto reclamado que, en nuestro caso, sería la decisión mediante la cual el juez otorgo la restitución.

De igual forma, es aconsejable solicitar que un oficial de la Autoridad Central se encuentre al lado del padre o la madre que consiguió la restitución cuando su salida de territorio nacional se lleve a cabo en un aeropuerto internacional ubicado en México, ya que le ayudara a aclarar las condiciones en las cuales el menor va a ser trasladado fuera de territorio nacional, como podría ser el caso de que en el pasaporte mexicano de este no contase el permiso de ambos padres para tal afecto.

Aunque pareciera que este tipo de procedimientos son inusuales, actualmente la Dirección General de Protección y Asuntos Consulares le da seguimiento a 500 casos de restitución de menores, bajo la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en toda la República Mexicana, y que tan solo en el 2004 y 2005 hasta la fecha se han recibido 268 casos.⁴⁹

De acuerdo con la Secretaría de Relaciones Exteriores, en México se tienen registrados hasta el 15 de octubre de 2015 un total de 398 casos activos en donde se encuentran involucrados 608 menores.

⁴⁹ CANALES PEREZ, Adriana, Magistrada de la 3ª Sala Familiar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Conferencia para el Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005.

Al respecto y sobre la estadística de dichos años se presenta la siguiente tabla donde se aprecian los países con los cuales México ha tenido que llevar a cabo dicho proceso de restitución.

El 95% de los casos que se manejan son con los Estados Unidos de América, a saber:

ASUNTOS	ESTADO REQUERENTE
330 casos (60% aprox.)	México – Estados Unidos de América
180 casos (40% aprox.)	Estados Unidos de América – México
7 casos	España
4 casos	Venezuela
3 casos	Italia
3 casos	Inglaterra
2 casos	Canadá
2 casos	Argentina
2 casos	Colombia
1 caso	Noruega
1 caso	Chile
1 caso	Alemania

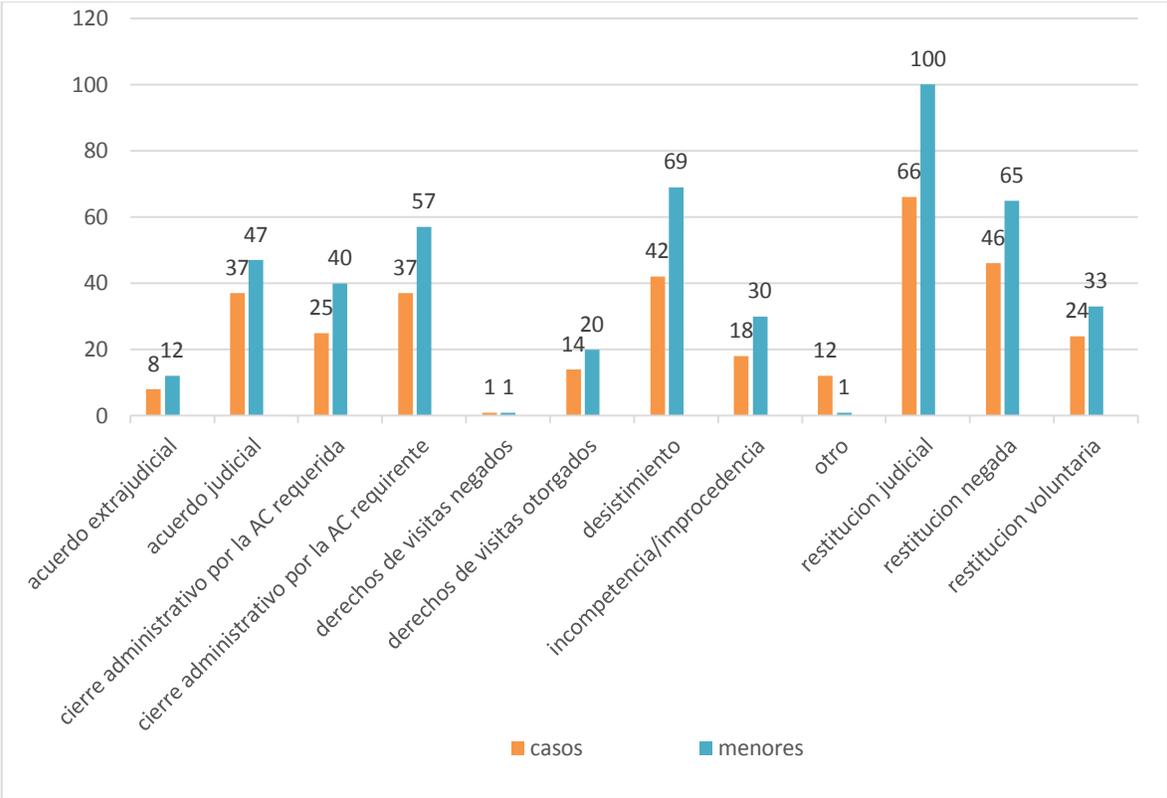
De acuerdo a esta información se aprecia que el procedimiento de restitución de menores es más común de lo que pensamos, pues aparentemente al estar definidas la guarda y custodia, y régimen de visitas respecto de cada menor la

sustracción de menores se encuentra en ascenso, sin embargo, el Estado mexicano se encuentra en la postura de ayudar a las víctimas de esta acción ilícita, procurando a su vez proteger el interés superior del menor.

A finales del año 2015 en nuestro país se tenían un total de 418 casos activos, 330 casos cerrados y 314 casos recibidos.

En México son cerrados los casos de sustracción de menores de diferente forma, sin embargo siempre son resueltos con la finalidad de proteger en todo momento el interés superior del menor, pues se busca que este no sea afectado en ningún ámbito, como físico, psicológico y/o emocional, logrando así que tenga un sano desarrollo.

A continuación se muestra una gráfica en donde se representan las formas en que regularmente el Estado mexicano cierra los casos:



Como se puede observar en la gráfica anterior y a pesar de que en México, no se cuenta con un cuerpo normativo interno que dé solución a la figura de la restitución de menores, pese a ello con motivo a la preocupación que el Estado mexicano ha tenido para resolver conflictos de familia y sobre todo para la protección de los menores este tiene la tarea de dar solución a los casos de acuerdo a cada situación que se suscite, siempre procurando el interés superior del menor.

Con esto, se da por concluido el presente tema, pues cabe aclarar que la sustracción de niñas, niños y adolescentes puede ocurrir tanto en el territorio nacional o en el extranjero, pues es un fenómeno que día a día se acrecienta en nuestro país, por lo tanto en algunos casos, para garantizar el ejercicio efectivo de la guarda y custodia, las autoridades jurisdiccionales y administrativas facultadas para ello, procurarán atendiendo al interés superior de la niñez y adolescencia su restitución con la persona que legalmente ejerce su guarda y custodia.

Además de las cuestiones civiles previstas en la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, los Códigos Penales de las entidades federativas y demás normas aplicables.

CONCLUSIONES

Se denomina sustracción, retención u ocultamiento ilícito a la separación unilateral e injustificada de una niña, niño o adolescente de la persona que legalmente detenta su guarda y custodia, ocultándolo o trasladándolo lejos de su lugar de residencia habitual.

Esas conductas atentan contra su equilibrio vital, pues alteran sus condiciones afectivas, sociales y culturales; por lo tanto, constituyen un atentado contra los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes a vivir en familia, convivir con ambos padres, vivir en condiciones de bienestar, a tener un sano desarrollo integral y una vida libre de violencia, los cuales están reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales de los que, México es parte.

La figura de la restitución internacional de menores, es un fenómeno creciente debido a los nuevos estilos de vida, los rápidos y novedosos medios de transporte que facilitan la movilidad fronteriza. El hecho es que sea un fenómeno creciente no significa que sea novedoso o de reciente aparición; así, la vulneración de los derechos de guarda, custodia y/o visita son figuras conocidas.

La Convención de La Haya aporta benéficamente a la prevención y combate de esta figura jurídica. De esta forma es un aporte benéfico, pues México tiene cumplida su tarea en relación normativa convencional.

El principal objetivo del derecho internacional privado es regular y controlar las relaciones internacionales que se pueden dar entre privados, ya sea entre individuos o entidades (siempre y cuando estas no pertenezcan al ámbito de lo público).

Muchas veces, el choque que suponen las legislaciones de diferentes países hace que no sea fácil determinar cuál es la posible resolución de cada caso, sin embargo gracias a los diferentes Tratados y Convenios, que busca unificar las

normas conflictuales, se puede dar un seguimiento adecuado a aquellas situaciones internacionales.

El interés que mueve a los Estados para la celebración de tratados sobre Derechos Humanos, no es el cumplimiento de las obligaciones incurridas por las contrapartes, sino simplemente, el respeto de la dignidad de los seres humanos que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado de que se trate. No se pretende obtener algún beneficio específico de los demás Estados Parte, sino simplemente, lograr un objetivo universal para la humanidad, el cual consista en que este más enfocado en el bienestar de las personas y no en el propio interés de cada Estado.

Todo acuerdo o entendimiento entre Estados que gozan de su soberanía y se proponen crear, modificar o suprimir una relación de Derecho que regirá entre ellos constituye un Tratado o Convención, sin embargo la libre voluntad que se considera justa base para la celebración de un convenio con frecuencia se ve mermada por el ejercicio de la fuerza.

Dentro del Derecho Internacional Privado los Estados Parte negocian mediante individuos provistos de lo que se llaman plenos poderes, y buscan alcanzar objetivos materialmente realizables, pero también jurídicamente factibles. Entramos al terreno de lo constitucional, pues a este fundamento jurídico del ordenamiento estatal corresponde determinar la autoridad competente para celebrarlos; aquella que los confirmara, y fijara por supuesto los límites que ni una ni otra podrá exceder.

En cambio un tratado será plenamente válido hasta el momento en que se intercambien las ratificaciones puesto que se trata de un acuerdo de voluntades, el acto jurídico se considerara finiquitado hasta ser legítimamente confirmado por las Partes. Y como sucede para todo acto jurídico, terminara total o parcialmente conforme a la voluntad de las Partes, la cual puede expresarse de antemano fijando términos o condiciones, o posteriormente, en cuyo caso corresponderá a cada una de las Partes denunciarlo o proponer a su abrogación, o la negociación de nuevos términos.

Estos Convenios o Tratados serán los que principalmente ayudaran a la autoridad competente en cada Estado, para poder resolver asuntos relacionados a la sustracción de menores, como es en el caso de México, pues al no contar con una norma interna específica el C. Juez de lo Familiar deberá resolver el caso, tomando en consideración lo establecido en los Tratados, en este caso la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de las Sustracción Internacional de Menores; así mismo procurando en todo momento proteger el interés superior del menor.

Con frecuencia en los casos de sustracción los menores de edad sufren un daño psicológico por el traslado inesperado, la separación de uno de sus padres, el cambio de su rutina, el alejamiento de sus familiares, amigos y de todo lo que conocía, aunado al hecho de que el padre muchas de las veces le priva de asistir al colegio, de atención médica, le enseña a desconfiar de las autoridades, llegando a alterarle la identidad con el propósito de no ser ubicado y obligándolo muchas veces a vivir de una manera inadecuada, estos hechos repercuten en el niño perjudicándolo.

En la aplicación de los Convenios, debemos interpretar el principio del Interés Superior del Niño como la pronta restitución del menor a su residencia habitual para que sea el juez de dicho Estado quien dicte las medidas más adecuadas, teniendo en consideración dicho principio, en concordancia con lo señalado en la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de las Sustracción Internacional de Menores, no obstante, se reconoce excepciones a la obligación de garantizar la restitución del menor, por lo que debe interpretarse en cada caso el principio del Interés Superior del Niño así como la opinión del mismo según su grado de madurez y desarrollo.

Sin embargo, en ocasiones no se puede proteger en toda su extensión a los menores pues es sobre quienes se está ejerciendo el procedimiento y por lógica son parte de lo que acontece al ser restituidos a su país de origen. Existe la excepción que para que sea menos complicado para el menor el juez que conozca del caso resuelva a su favor, para no afectar la estabilidad emocional, por esa

razón las autoridades deben actuar con prontitud y sancionar al padre sustractor que lo lleve de un país a otro de manera legal para prolongar la estancia con el hijo o hija.

Con relación a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores se tiene por entendido que es un instrumento internacional que cumple su objetivo principal, restituir a los menores que hayan sido sustraídos o son retenidos ilegalmente fuera de su lugar de residencia.

Conforme a la finalidad de los Convenios, estos deben garantizar el retorno inmediato del menor al lugar de su residencia habitual, situación que no siempre se logra, advirtiéndose entre otros problemas, la carencia de un proceso especial, lentitud en la tramitación de las solicitudes, desconocimiento de los Convenios, falta de garantías para una migración segura, etc.

En conclusión sobre Tratados y Convenios, constituyen sin lugar a dudas la base de la diplomacia mundial, puesto que permiten que las sociedades puedan vivir en un orden Internacional jurídicamente establecido, es propicio indicar que este orden jurídico internacional al que hacemos alusión se mantiene en una lucha constante por el mantenimiento de la paz, el orden público y la resolución de conflictos internacionales.

En los casos de sustracción se debe garantizar el acceso a la justicia sin limitación alguna a efecto de que el padre que denuncie la sustracción pueda iniciar con rapidez el proceso y obtener las medidas necesarias que garanticen la pronta restitución del menor, en este sentido las solicitudes sobre los casos de sustracción, requieren de un proceso especial que recoja los principios de celeridad y mínimo formalismo para dar una respuesta oportuna, conforme lo prescribe el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de las Sustracción Internacional de Menores.

Una manera para prevenir que esto siga aconteciendo en los diferentes países es previniéndolos capacitando a su personal de aduanas y migración, para que no

permitan que ningún niño salga del país sin el consentimiento de ambos padres, en caso de duda respecto a la autenticidad de los documentos, de los padres o del estado emocional del niño deberán impedir la salida del menor.

Para que la restitución se lleve adecuadamente los Estados se comprometen a salvaguardar la integridad de los menores sustraídos o retenidos. Para ello, debe nombrar a la autoridad central y a las autoridades competentes para que conozca de los casos que se lleguen a presentar. Así mismo deberán establecer las normas jurídicas necesarias para que el proceso de restitución se lleve a efecto, garantizando y respetando los derechos de las partes afectadas, quedando de esta forma protegidos los derechos de guarda, custodia y de visita del padre que ejerce la patria potestad, quedando obligado el padre o tutor a probar que es el titular de ese derecho, conforme a lo previsto en la legislación del estado de su residencia.

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

En caso de sustracción internacional, se busca que el menor no sea desarraigado de su entorno social y familiar por la conducta de uno de los padres derivada de una crisis de pareja, así también la solución de esta tiene como objetivo que el interés superior del menor no se vea mermado en mayor magnitud si no se trata de crear la convivencia con ambos progenitores de manera natural y fluida.

Junto con una mayor atención a la cultura de la educación y de la difusión, se debe otorgar un correcto conocimiento y aplicación por parte de las autoridades al brindar información adecuada que puede ayudar considerablemente a reducir los

casos de sustracción; ahora bien, para ello necesitamos que estos procesos en los que se decide si un menor puede o no ser trasladado lícitamente por el progenitor que tiene el derecho de guarda y custodia, sean conducidos a través de procesos sencillos, rápidos y transparentes donde los parámetros que se van a seguir para llegar a una solución sean conocidos y caminen en una misma dirección, de tal manera que se llegue a un resultado considerable para el bienestar del menor.

De lo contrario, el no contar con un mínimo de seguridad jurídica, ni contar con el conocimiento y eficiencia necesaria en esta etapa, el no contar con una campaña de difusión de esta figura y de sus implicaciones y su función preventiva, no existirá un incentivo para iniciar un proceso para solicitar el traslado lícito del menor a otro Estado.

En México, para los casos en que la sustracción o retención ilícita de una niña, niño o adolescente se consume con su traslado al extranjero, resulta aplicable el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, cuyos objetivos son: la restitución de los menores de edad trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y, velar porque los derechos de custodia o visita vigentes en cada uno de ellos se respeten en todos los demás Estados.

En nuestro país el progenitor(a) titular de la guarda y custodia de una niña, niño o adolescente que fue sustraído deberá acudir a la Secretaría de Relaciones Exteriores, y cumplir con algunos requisitos documentales para formular una solicitud de restitución.

Cuando un país firmante del Convenio recibe una solicitud de restitución de una niña, niño o adolescente, está obligado a:

A) Adoptar medidas para su localización.

- B) Prevenir que sufra mayores daños y evitar perjudicar a las partes interesadas.
- C) Garantizar la restitución voluntaria del menor de edad.
- D) Iniciar o facilitar la apertura de un juicio o procedimiento jurisdiccional o administrativo para que se decrete un régimen de visitas con el progenitor(a) del que fue separado.
- E) Garantizar, administrativamente, la restitución de la niña, el niño o el adolescente, sin riesgo para éste.

El mecanismo de restitución de niñas, niños y adolescentes previsto en el Convenio de la Haya, no incidirá en la determinación (provisional o definitiva) que el juez competente adopte sobre su guarda y custodia, sólo procurará salvaguardar su integridad y asegurar su permanencia en su lugar de residencia habitual, hasta en tanto exista una resolución definitiva.

Resulta muy importante que la solicitud de restitución se presente lo más pronto posible, ya que el Convenio prevé casos de excepción en su aplicación, como es que la niña, niño o adolescente tenga un año o más viviendo en el extranjero y se encuentre adaptado a su entorno; que haya cumplido 16 años de edad, o que con la restitución se le exponga a un peligro grave.

De esta forma se debe entender que el procedimiento de restitución internacional de menores en México es de gran relevancia , pues al no contar con las normas internas aplicables al tema se sustracción de menores se puede atentar en algún momento si no actual de forma adecuada contra el interés superior del menor, no obstante la autoridad encargada de solucionar dicho conflicto deberá resguardar en todo momento tal derecho, debido a que tendrá como finalidad el que la niña, niño o adolescente puedan tener un libre desarrollo, tanto psicológico, físico y emocional.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal para el Distrito Federal

Código Penal del Estado de México

Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convenciones y Tratados Internacionales

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

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989

Doctrina

ARELLANO GARCÍA, Carlos, Derecho Internacional Privado, 14ª edición, México, Editorial Porrúa, 2001.

ARELLANO GARCÍA, Carlos. Primer curso de Derecho Internacional Público, 5ª edición, México, Editorial Porrúa, 2002.

BOGGIANO, Antonio, Curso de Derecho Internacional Privado, Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales, 4ª edición, ampliada y actualizada, Buenos Aires, Argentina, Editorial Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2004.

CUEVAS CANCINO, Francisco, et al., Manual de Derecho Internacional Privado Mexicano, 2ª edición, corregido y aumentado, México, Editorial Porrúa, 1998.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, Lecciones de Derecho Internacional Privado Mexicano, parte especial/ Derecho Civil Internacional, México, Editorial Porrúa, 2008.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, Temas de Actualidad Jurídica sobre la Niñez, México, Editorial Porrúa, 2012.

OLIVOS CAMPOS, José René, Los Derechos Humanos y sus Garantías, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 2011.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, et al., Derecho Internacional Privado, parte especial, 2ª edición, México, Editorial Oxford, 2012.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, Introducción al Estudio del Derecho, 3ª edición, México, Editorial Harla, 1992.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, La sustracción internacional de menores por sus propios padres, su destipificación en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Editorial UNAM, 2012.

SAGÜES, N. P., La Interpretación Judicial de la Constitución, Buenos Aires, Argentina, Editorial Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2006.

SEPÚLVEDA, Cesar, Derecho Internacional, 24ª edición, México, Editorial Porrúa, 2004.

TAPIARAMÍREZ, Javier, Derecho Familiar, México, Editorial Porrúa, 2013.

TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, et al., La Restitución Internacional de la Niñez, enfoque Iberoamericano Doctrinario y Jurisprudencial, México, Editorial Porrúa, 2011.

Publicaciones, periódicos, revistas y otros

CANALES PEREZ, Adriana, Magistrada de la 3ª Sala Familiar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Conferencia para el Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005.

LEÓN ORDOÑEZ, Patricia, “Aspectos civiles de la sustracción”, en Revista Sacris Lex, número 68, 2009.

PABLOS SAUCEDO, Gabriela, “Sustracción de menores: un problema internacional”, en Revista El Mundo del Abogado, número 126, octubre, 2009.

PÉREZ-VERA, Elisa, Informe Explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, La Haya: HCCH publicaciones, 1982.

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 20ª edición, tomo 2, Madrid, Espasa Calpe, 1984.

TORRES REGNIER, Jorge Antonio “Sustracción internacional de menores”, en Revista Sociedad y Justicia, número 6, agosto, 2008.

Fuentes electrónicas

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2723/7.pdf>

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3139/8.pdf>

<http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=783>

http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp

<http://www.eumed.net/rev/cccss/23/restitucion-internacional-menores.html>

http://www.proz.com/kudoz/english_to_spanish/law_general/3976751-asportation.html

<http://www.cjdf.gob.mx:93/transparencia/articulo17/b/acuerdos/2011/Acuerdos2011/05-%2069-01-2011.pdf>